

Éléments de droit
romain, à l'usage des
étudiants des Facultés
de droit : contenant
l'histoire du droit
romain, les [...]

May, Gaston (1849-1940). Éléments de droit romain, à l'usage des étudiants des Facultés de droit : contenant l'histoire du droit romain, les personnes, les droits réels, les obligations, les successions, la procédure civile et les actions (7e édition) par Gaston May,..... 1901.

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.

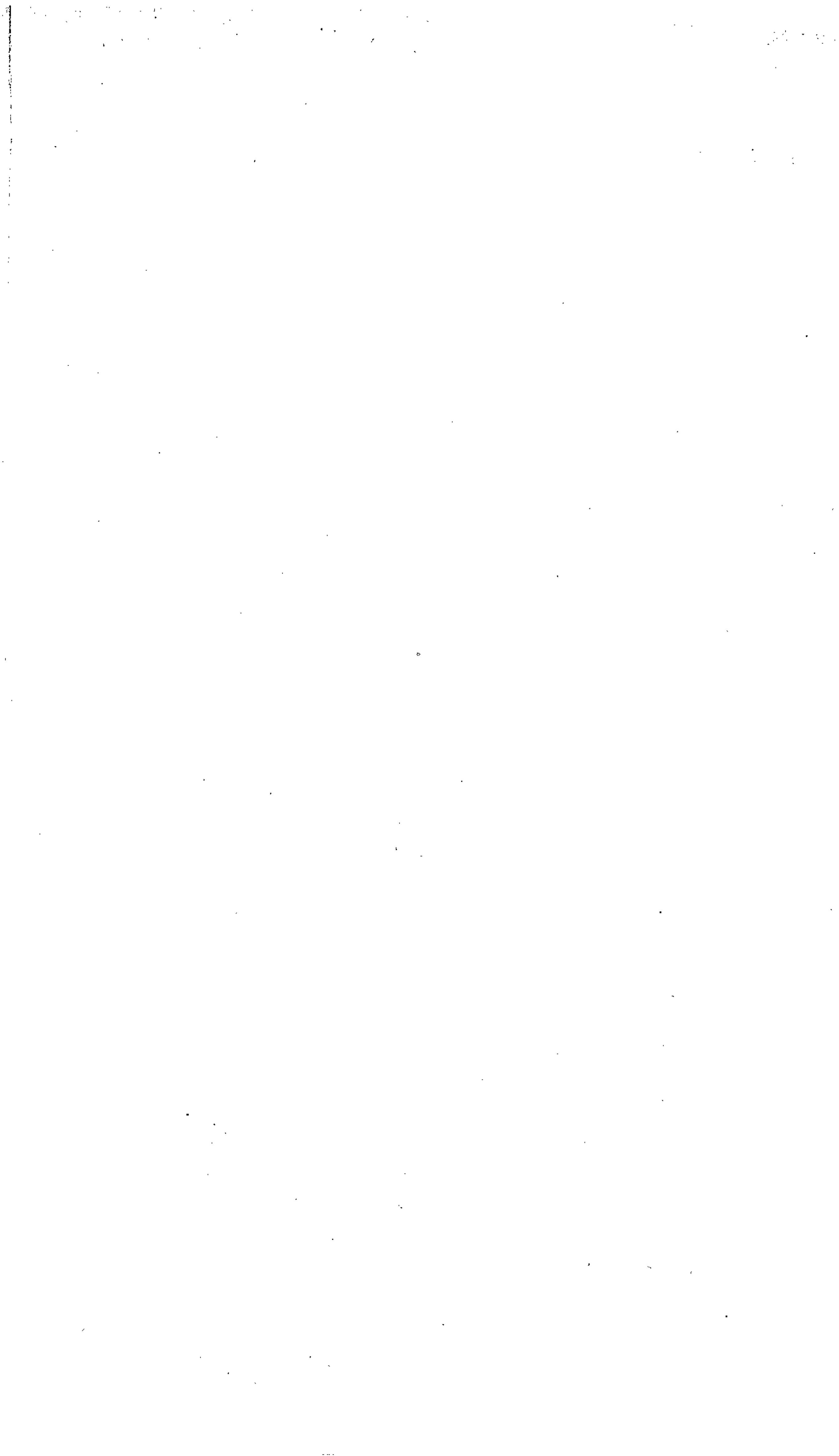
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions 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.



ÉLÉMENTS

DE

DROIT ROMAIN

8° F

12800

~~28/7~~

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC

ÉLÉMENTS
DE
DROIT ROMAIN

A L'USAGE

DES ÉTUDIANTS DES FACULTÉS DE DROIT

PAR

GASTON MAY

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN
A L'UNIVERSITÉ DE NANCY

SEPTIÈME ÉDITION

Contenant

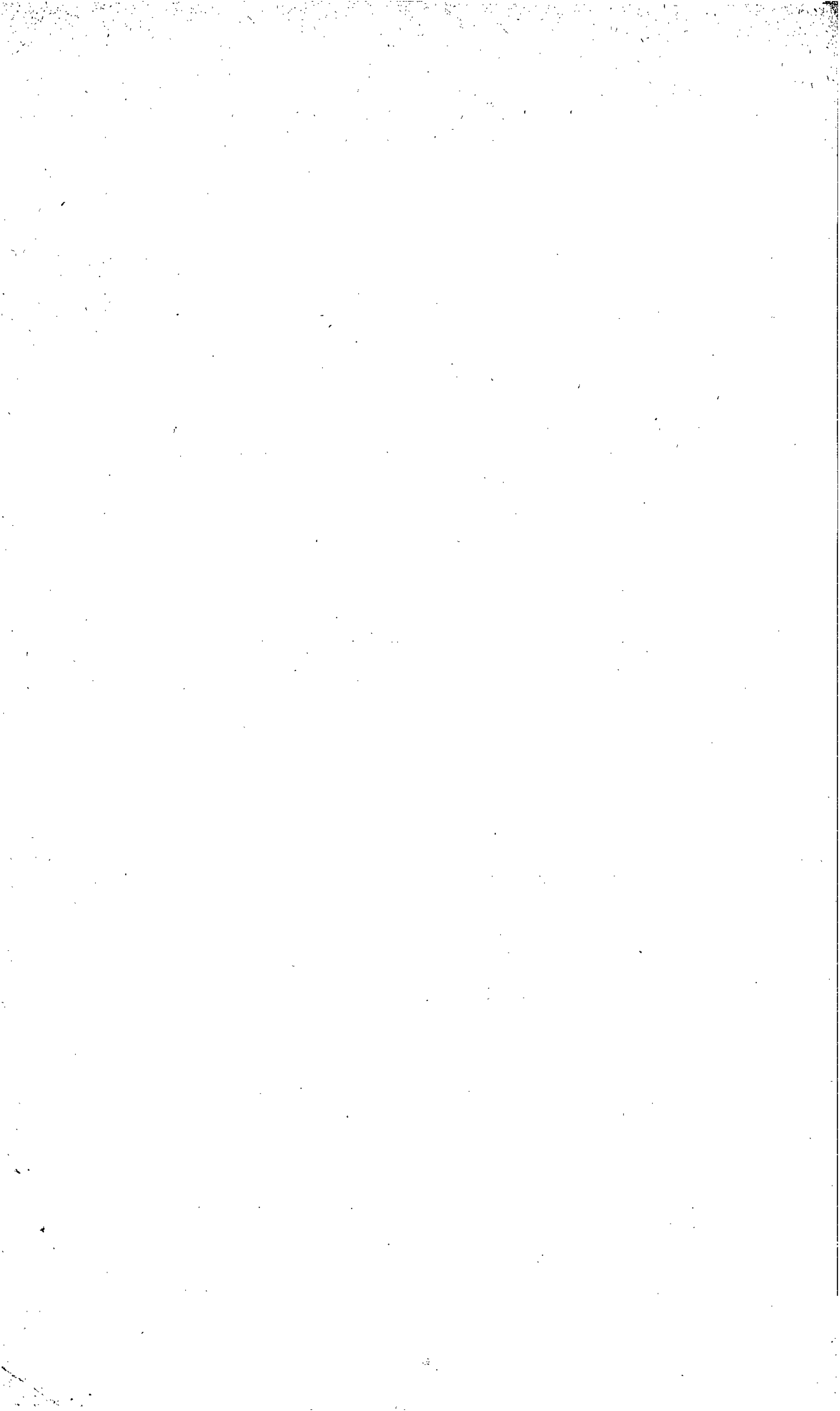
L'HISTOIRE DU DROIT ROMAIN, LES PERSONNES, LES DROITS RÉELS
LES OBLIGATIONS
LES SUCCESSIONS, LA PROCÉDURE CIVILE ET LES ACTIONS

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, rue Soufflot, 5^e arrond.

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1901



AVERTISSEMENT

POUR LA

SEPTIÈME ÉDITION

J'ai continué dans cette édition le travail de révision et de remaniement que j'annonçais en publiant la cinquième (1). Les changements au texte et aux notes sont fort nombreux (2). J'ai tenu pourtant à conserver à l'ouvrage ses dimensions moyennes, me souvenant que ceux pour qui j'écris veulent être instruits sans être rebutés.

Les transformations les plus notables sont destinées à donner à l'exposé des doctrines une allure plus franchement historique. J'ai tenu en effet à mettre en plus vive lumière les origines de certaines institutions de droit privé, à montrer comment elles sont issues des besoins de la pratique intelligemment compris par le magistrat, à accuser en un mot, avec plus

(1) La sixième édition a été une simple réimpression.

(2) Sans vouloir en donner une liste complète, je signale à l'attention de ceux que de pareilles comparaisons intéressent : les n^{os} 1, 6, 9, 13 dans l'introduction les sources ; les n^{os} 44, 46, 56 dans la théorie des personnes ; les n^{os} 67, 75, 84, 99 dans celle des choses ; dans les obligations, les n^{os} 147, 164, 165, 198, 201, 202, 207, 209, 212, 215 ; dans les successions, les n^{os} 227, 230, 241, 246, 260, 261.

de relief, le caractère procédural que présentent bon nombre d'entre elles, dans leurs débuts.

C'est dans cet esprit qu'ont été transformés les développements consacrés aux édits des magistrats (n° 10), à la tutelle et à la curatelle (n°s 61, 63, 64, 65), à la possession et à l'usufruct (n°s 77, 78, 92, 93, 94), aux divisions des obligations (n° 116), aux obligations résultant du commodat, dépôt, gage, mandat, gestion d'affaires (n°s 130, 155, 186), aux sûretés réelles (n°s 222, 223, 225). On comprendra dès lors pourquoi j'ai particulièrement remanié les parties concernant les problèmes si attachants et encore non complètement résolus que soulève soit l'origine, soit la mise en pratique des systèmes de procédure successivement admis à Rome : *judicis postulatio*, *condictio*, *manus injectio*, *pignoris capio* (n°s 272, 274, 275), caractères et origines du système formulaire (n° 276), caractères généraux de la formule (n° 277), auxquels on joindra les n°s 280, 281, 285, 293, 296, au n° 301 un essai de reconstitution de l'histoire des *judicia bonæ fidei*, et les n°s 304, 305, 307, pour le rôle des stipulations prétoriennes, des interdits, de la *restitutio in integrum*.

Nancy, avril 1901.

GASTON MAY

N.-B. — L'ouvrage de Sohm, *Institutionen*, est cité d'après la 8^e et 9^e éd. Leipzig, 1899. La 3^e éd. de Girard, *Manuel élémentaire*, a paru alors que la présente édition était déjà sous presse. Les citations qu'on trouvera dans les 112 premières pages se réfèrent à la 2^e édition de l'ouvrage.

PRÉFACE

DE LA PREMIÈRE ÉDITION

Ce livre, qui vient après tant d'autres traités de droit romain déjà publiés en France, est essentiellement destiné à l'usage des étudiants de licence de nos Facultés de droit. Il ressemble donc à ceux qui l'ont précédé par le but qu'il poursuit. Il s'en sépare quelque peu cependant par les procédés employés pour atteindre ce but. En le publiant, j'ai voulu faciliter aux élèves l'étude d'une matière du plus haut intérêt scientifique, qu'ils considèrent trop souvent comme rebutante et sans profit.

Obligé que j'étais de me conformer à l'ordre des programmes officiels, j'ai laissé de côté toute tentative de reconstitution systématique du droit privé, pour m'en tenir au plan adopté par Gaius dans ses *Commentaires*, reproduit par Justinien dans ses *Institutes*, et qui d'ailleurs offre, à mes yeux, le double avantage d'être conforme à la tradition romaine et de se prêter facilement à un exposé logique de la marche progressive et du contenu des institutions du droit privé. Je ne me suis pas interdit, toutefois, d'en modifier l'économie, particulièrement dans le détail, quand j'ai cru de pareils changements nécessaires à la clarté des explications.

On trouvera dans l'Introduction générale l'exposé des raisons qui, selon moi, justifient l'enseignement du droit romain dans nos Facultés et l'indication de la méthode que j'ai suivie comme étant la conséquence nécessaire du rôle qu'à l'heure actuelle on doit assigner à ce genre d'étude. C'est ici particulièrement que cet ouvrage se sépare de ceux qui l'ont devancé et qui, à tant d'autres égards, m'ont servi de guides et de modèles (1).

Il m'a paru nécessaire, en effet, de renoncer plus franchement qu'on ne l'a fait jusqu'alors au procédé exégétique qui rompt l'unité de l'exposé et lui enlève toute couleur et tout mouvement. Aussi, ne me suis-je point préoccupé de reproduire dans leur entier les textes invoqués par moi et qu'on retrouvera dans les recueils de sources, encore moins de les traduire ou d'en analyser avec minutie le contenu. Tout le premier, je reconnais les services qu'une telle méthode a rendus autrefois et ceux qu'elle peut rendre encore, à la condition d'être pratiquée comme il convient (2). Dans un livre comme celui-ci, elle n'était point à sa place.

Je n'ai pas cherché non plus à être complet et à épuiser chacun des sujets que j'avais à aborder. Sans grande peine, je me suis résigné à laisser dans l'ombre certaines questions qui m'ont paru secondaires et à supprimer tout à fait nombre de détails qui m'ont semblé de peu d'importance. On jugera peut-être que j'ai été trop loin dans cette voie. Quant à moi je regrette de

(1) Je citerai tout particulièrement : *L'Histoire de la législation romaine* et *l'Explication des Institutes* d'Ortolan avec les notes de M. Labbé, et le *Précis de droit romain*, de M. Accarias.

(2) Il est bien clair que l'explication des textes ne doit pas être restreinte au texte des *Institutes* de Justinien. Un choix doit être fait parmi les sources appartenant à toutes les époques, de façon à initier l'élève aux difficultés de l'interprétation et à graver dans son esprit les principes fondamentaux. Tout cela ne peut venir que comme auxiliaire de l'exposé historique et dogmatique des institutions.

n'avoir pu m'y engager plus hardiment. Mais il m'a fallu, dans un livre destiné avant tout aux étudiants, tenir compte d'habitudes reçues depuis longtemps et de traditions d'école dont on n'a pas encore partout secoué le joug. J'ai donc dû ne pas négliger tout à fait certaines questions qu'on voit figurer dans tous les ouvrages élémentaires et que, pour ma part, j'eusse volontiers bannies de celui-ci. Au moins, leur ai-je assigné leur véritable place en les reléguant le plus souvent dans les notes.

Si à cet égard j'ai été plus bref qu'on ne l'est en général, même dans les livres les plus résumés, par contre, je n'ai pas craint d'entrer dans plus de détails que de coutume, au sujet de l'évolution historique de chacune des grandes institutions du droit privé. Particulièrement préoccupé de ne pas négliger ce point de vue que je considère comme essentiel, j'ai dû plus d'une fois remonter au delà des époques pour lesquelles nous possédons des documents positifs, et où, par conséquent la certitude historique est complète.

Décisives en effet pour l'avenir du droit ont été ces périodes premières, où la conscience juridique des Romains, déjà pleinement maîtresse d'elle-même, se montre véritablement créatrice et féconde. Alors se dégagent dans toute leur pureté les principes essentiels du droit national, non encore altérés par les influences venues du dehors. Ce n'est qu'en se reportant ainsi en arrière à ces états antérieurs du droit qu'on peut comprendre la raison de ses transformations ultérieures. Le caractère du présent ouvrage ne m'a pas permis de consacrer à ces questions de pure érudition les développements qu'elles comportent. Je ne pouvais cependant les omettre, sous peine de ne donner qu'une vue incomplète de l'histoire des idées juridiques. Aussi n'ai-je point à m'excuser d'avoir plus d'une fois fait appel à la

méthode conjecturale que la critique historique moderne met sans hésiter au service de la science des origines. J'ai seulement pris soin de bien séparer ce qui est du domaine de l'hypothèse de ce qui est rigoureusement démontré par le témoignage positif des sources.

Pour ce qui est de celles-ci, j'ai tenu à ne pas multiplier les citations et à choisir les textes que je considère comme les plus probants au point de vue des doctrines, les plus intéressants au point de vue de la marche historique des institutions. Il m'a paru également utile d'indiquer dans les notes, un certain nombre d'ouvrages à consulter par ceux qui voudront pousser plus avant leurs recherches, ou compléter par des lectures les explications souvent résumées auxquelles j'ai dû me tenir. Ces références ne constituent donc pas une bibliographie complète et raisonnée de chaque sujet, et ici encore j'ai cherché non à tout dire, mais à faire un choix dans ce qui doit être dit.

Ce souci de la brièveté a été au cours de cet ouvrage ma constante préoccupation. Ma conviction profonde est qu'abrégée, comme je l'ai dit, l'étude du droit romain ne peut rien perdre de sa haute allure scientifique. Il en est de ce merveilleux monument des doctrines juridiques du vieux monde comme de ces grandes œuvres de l'art, ou à s'égarer dans le fini du détail, on risque de ne plus voir se développer l'ordonnance des grandes lignes, et de ne point goûter pleinement l'harmonie de l'ensemble.

Nancy, le 28 juillet 1888.

GASTON MAY

PRÉFACE

DE LA DEUXIÈME ÉDITION

La nécessité où je me suis trouvé de publier une deuxième édition des *Éléments de droit romain* dans un délai aussi rapproché de l'apparition de la première, bien qu'elle ne fût pas pour me déplaire, n'a pas laissé toutefois de me causer un véritable souci.

Elle ne m'a pas donné, en effet, le temps de procéder comme je l'eusse voulu à une révision détaillée de l'ouvrage, ce qui eût été la meilleure manière de remercier le public pour l'accueil si bienveillant qu'il lui a fait.

C'est à peine si j'ai eu le loisir de consacrer de plus amples développements à l'histoire des sources, où, plus complètement qu'auparavant, j'ai cherché à dégager les caractères typiques du droit primitif, à mettre en lumière le rôle capital joué par l'Édit prétorien, à montrer la naissance et les progrès de la science du droit, à signaler enfin les tendances nouvelles du droit à l'époque du Bas-Empire (1).

(1) V. les nos 6, 10, 14, 15.

Pour le reste, j'ai dû me contenter d'abrégé mes explications sur certains points, de reléguer dans les notes les questions de moindre intérêt, de pratiquer enfin les retranchements que les exigences du nouveau programme d'études ont rendu nécessaires, réalisant ainsi, et cette fois en pleine indépendance les idées que par avance j'avais exprimées dans la préface de la première édition, et dans le succès desquelles je n'avais pas conçu grande espérance.

Ce travail de condensation est encore loin de répondre, je le sais, à ce qu'on est en droit d'exiger, à l'heure présente, d'un traité élémentaire de droit romain. Tel que je le donne, j'espère toutefois qu'il rendra aux étudiants la tâche plus facile, et je croirai avoir fait beaucoup, si mon livre leur permet de voir au-dessus des questions de détail les principes qui les commandent et s'il leur ménage l'accès vers ces hauteurs d'où l'on découvre de plus vastes ensembles et de plus clairs horizons.

Rien n'a donc été changé à la méthode adoptée antérieurement et que, plus que jamais, j'estime devoir être suivie, si l'on veut conserver à l'enseignement du droit romain la place qui lui revient dans un programme bien conçu de hautes études scientifiques.

Les formes que la pensée romaine a su donner aux conceptions juridiques ont été et demeureront fixées en d'inoubliables modèles. Longtemps encore elles resteront nôtres, longtemps elles seront comme le fond immuable sur lequel nous aurons à appuyer nos créations nouvelles dans le domaine du droit, si nous les voulons faire solides et durables.

En vain des esprits qui se croient pratiques essayent de nous isoler de ce passé qu'ils disent mort, qui revit cependant en

nous et auquel tant de liens invisibles nous rattachent. Les yeux obstinément fixés sur les choses du temps présent qui ne sont qu'un moment dans l'infinie durée, ils croient possible de négliger la longue succession de ce qui a été et s'imaginent pouvoir ainsi travailler à ce qui sera.

Les résultats auxquels les a conduits jusqu'à présent cette volontaire méconnaissance du traditionnel passé, nous sont une preuve convaincante qu'à persister dans cette voie, ils n'ajouteront plus rien à ce trésor d'expérience lentement accumulé dont les Romains nous ont transmis l'héritage.

Bussang, le 1^{er} septembre 1891.

GASTON MAY

AVERTISSEMENT

POUR LA

TROISIÈME ÉDITION

Cette troisième édition diffère quelque peu de la précédente. Rien n'a été changé ni à la méthode, ni au plan général. Toutefois l'exposé historique ou dogmatique a été réduit sur certains points, renforcé et confirmé sur d'autres par de plus amples développements. Comme additions importantes, je signalerai particulièrement : dans l'histoire des sources, les n^{os} 9 et 14 consacrés au rôle des prudents et à la constitution de la science juridique ; dans la matière des personnes, une étude plus complète des rapports de la *manus* et du mariage (V. n^{os} 37, 38, 39) et pour les obligations une esquisse du développement historique de la notion de contrat (V. n^o 124) et de la théorie des contrats *re* (V. n^o 130). De moindre importance ont été les modifications apportées à la théorie des droits réels, des successions et des actions. Là du moins, si le fond n'a pas été changé, j'ai visé à donner plus de concision et de relief à la forme. Il me paraît inutile de présenter une liste même incomplète de ces retouches de détail. Ceux de mes lecteurs, curieux de me comparer à moi-même, les découvriront aisément.

Nancy, le 22 septembre 1893.

GASTON MAY

AVERTISSEMENT

POUR LA

CINQUIÈME ÉDITION

Les nécessités d'une réimpression rapide m'ont empêché d'apporter de grands changements à la quatrième édition de cet ouvrage. J'ai eu plus de loisir pour le faire cette fois. Cette cinquième édition contient donc de notables additions. Elles continuent et tendent à compléter le travail de correction et de révision que je me suis imposé.

Sans rien déranger au plan primitif, j'ai cherché, pour un certain nombre d'institutions, à mieux marquer la lente succession des phases historiques. Laissant de côté les lointaines origines, j'ai insisté en effet sur cette période, antérieure aux temps dits classiques, où la lutte entre les systèmes et les tendances fut véritablement féconde.

Pour ce travail de reconstitution, j'ai mis à profit les œuvres d'érudition patiente et de critique informée, qui sont l'honneur de notre siècle finissant. Mais je [me suis abstenu autant que possible des opinions aventureuses et des conjectures person-

nelles. Je n'oublie pas pour qui j'écris. Il faut mettre en garde les débutants contre les explications dont la nouveauté est parfois le seul mérite. J'ai tenu à ne leur apporter que des résultats vérifiés et des conclusions dont la vraisemblance s'impose.

J'ai cherché aussi à faire un choix plus complet de textes typiques proclamant un principe ou définissant une institution dans cette langue latine, énergique et sobre, dont la brièveté impérative est bien faite pour exprimer la règle, pour formuler le droit.

La liste est trop longue des passages où l'on pourra retrouver les modifications que j'annonce. Je tiens à signaler pourtant : dans l'histoire des sources une étude plus complète du sénatusconsulte (n° 12); dans la théorie des personnes, des détails complémentaires sur la *manus* (n° 38) (1) et le divorce (n° 45); dans la matière des droits réels, l'indication des systèmes proposés pour expliquer la protection possessoire et les effets de la possession (nos 76, 77, 78), au sujet des obligations, la théorie de la cause (n° 121), des contrats *re* (n° 130), des contrats innommés (nos 160, 161); enfin dans la procédure, les développements relatifs à l'origine du système formulaire (n° 276) et aux questions qui se rattachent à ce fait capital, à savoir : théorie de la *litis contestatio* (nos 273, 283), distinction des *judicia* en *legitima* et *imperio continentia* (n° 285), notion générale de l'action (n° 294).

Nancy, le 19 novembre 1897.

GASTON MAY

(1) C'est par erreur qu'à la note 5 du n° 38 j'ai attribué à Servius un texte fort important qui est de Boéthius, et auquel je fais allusion dans la note 4.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Notion générale du droit.

	Nos.	Pages.
Origine et définition du droit.	1	1
Science du droit.	2	4
Division du droit en droit privé et public.	3	6
Utilité de l'étude du droit privé des Romains.	4	7

HISTOIRE DES SOURCES DU DROIT ROMAIN

Histoire des sources, sa division en deux grandes périodes : <i>Jus civile</i> , <i>Jus gentium</i>	5	11
--	---	----

Systeme du *Jus civile*.

Idées juridiques romaines primitives. Caractères du droit primitif.	6	12
Sources les plus anciennes du <i>Jus civile</i> : coutume et loi. Loi des XII Tables.	7	16
Droit coutumier de formation secondaire : <i>interpretatio</i> ou <i>responsa prudentium</i> , édits des magistrats.	8	19
<i>Interpretatio</i> ou <i>responsa prudentium</i>	9	20
Édits des magistrats. Édits du préteur. <i>Jus honorarium</i>	10	23

Systeme du *Jus gentium*.

Origines et développements du système du <i>Jus gentium</i>	11	29
--	----	----

Systeme du *Jus gentium* à l'époque du Haut-Empire.

Disparition et transformation des sources coutumières. Sénatus-consultes et constitutions impériales.	12	32
--	----	----

	N ^{os} .	Pages.
Édits des magistrats. Édit perpétuel de Salvius Julianus. <i>Res- ponsa prudentium</i>	13	36
Science du droit. Principaux jurisconsultes de cette période. Jurisconsultes classiques.....	14	38
Système du Jus gentium à l'époque du Bas-Empire.		
Caractères et tendances nouvelles du système du <i>Jus gentium</i> ...	15	41
La codification. Ses prodromes. La codification théodosienne....	16	43
La codification justinienne.....	17	46
Résultats du développement du droit romain.....	18	49

INSTITUTIONS DU DROIT PRIVÉ

Objet du droit privé. Plan de l'ouvrage.....	19	51
--	----	----

PREMIÈRE PARTIE

DES PERSONNES

Notion et divisions des personnes.....	20	52
--	----	----

PREMIÈRE DIVISION DES PERSONNES

Personnes libres ou esclaves.

Notion de l'esclavage.....	21	55
Comment on devient esclave.....	22	56
Condition des esclaves. Période du <i>Jus civile</i>	23	58
Condition des esclaves (Suite). Période du <i>Jus gentium</i> . Droit classique et Bas-Empire.....	24	60
Cessation de l'esclavage.....	25	62
Affranchissement dans le système du <i>Jus civile</i>	26	63
Affranchissement dans le système du <i>Jus gentium</i>	27	65
Affranchissement dans le dernier état du droit.....	28	68
Du colonat.....	29	68

DEUXIÈME DIVISION DES PERSONNES

Citoyens et non citoyens.

Notion générale.....	30	69
Des citoyens.....	31	72
Des non citoyens.....	32	73

TROISIÈME DIVISION DES PERSONNES.

Personnes *sui juris* et personnes *alieni juris*.

	N ^{os} .	Pages.
Notion générale. Évolution de la notion de famille.....	33	76
L'organisation familiale romaine. Personnes <i>sui juris</i> et personnes <i>alieni juris</i>	34	78

I. — PUISSANCE PATERNELLE.

1^o *Effets et caractères de la puissance paternelle.*

Période du <i>Jus civile</i>	35	80
Période du <i>Jus gentium</i> . Droit du Bas-Empire.....	36	83

2^o *Sources de la puissance paternelle.*

Première source : le mariage. Notion générale et historique.....	37	85
Du mariage avec <i>manus</i>	38	86
Du mariage sans <i>manus</i>	39	89
I. Conditions de validité du mariage.....	40	90
Conditions de validité du mariage (Suite).....	41	91
Conditions de validité du mariage (Suite).....	42	93
II. Effets du mariage.....	43	94
De l'agnation.....	44	96
III. Dissolution du mariage.....	45	100
Des unions autres que les <i>justæ nuptiæ</i>	46	102
Deuxième source de la puissance paternelle : Adoption.....	47	104
Formes de l'adoption.....	48	105
Effets de l'adoption.....	49	108
Conditions de validité de l'adoption.....	50	108
Troisième source de la puissance paternelle : Légitimation.....	51	110

3^o *Extinction de la puissance paternelle.*

Causes d'extinction.....	52	111
--------------------------	----	-----

II. — AUTRES FORMES DE LA PUISSANCE.

Puissance sous forme de <i>manus</i> et de <i>mancipium</i>	53	114
---	----	-----

QUATRIÈME DIVISION DES PERSONNES.

Personnes en tutelle ou en curatelle et personnes non soumises à la tutelle ou à la curatelle.

Notion de la tutelle et de la curatelle.....	54	115
--	----	-----

TUTELLE.

1° Tutelle des impubères des deux sexes.

	N ^{os} .	Pages.
Définition et caractère de la tutelle.....	55	116
I. Délation de la tutelle.....	56	118
II. Effets de la tutelle.....	57	121
Incapacité du pupille.....	58	122
Pouvoirs du tuteur.....	59	123
III. Cessation de la tutelle.....	60	125
IV. Garanties données au pupille contre le tuteur... ..	61	126

2° Tutelle des femmes pubères.

Notion générale.....	62	130
----------------------	----	-----

CURATELLE.

Personnes placées en curatelle.....	63	132
Effets de la curatelle.....	64	135
Fin de la curatelle et garanties données contre le curateur.....	65	137

CAPITIS DEMINUTIO.

Événements mettant fin à la personnalité juridique : <i>capitis deminutio</i> et ses effets.....	66	138
--	----	-----

DEUXIÈME PARTIE

DES CHOSES

Les droits sur les choses. Droits réels et droits personnels. Le patrimoine.....	67	141
--	----	-----

COMPOSITION DU PATRIMOINE

CHOSES QUI PEUVENT FIGURER DANS LE PATRIMOINE

Divisions des choses.....	68	143
---------------------------	----	-----

I. — Choses in patrimonio.

Première division : <i>Res corporales</i> et <i>incorporales</i>	69	144
Deuxième division : <i>Res Mancipi</i> et <i>res nec Mancipi</i>	70	145
Troisième division : Meubles et immeubles.....	71	147
Sous-division des immeubles en fonds italiques et fonds provinciaux.....	72	148

II. — Choses extra patrimonium.

	N ^{os} .	Pages.
Divisions des choses <i>extra patrimonium</i> : <i>Res divini juris, communes, publicæ</i>	73	151

DROITS RÉELS

Division des droits réels.....	74	152
--------------------------------	----	-----

DROITS RÉELS DU DROIT CIVIL

PROPRIÉTÉ.

Notion de la propriété.....	75	153
-----------------------------	----	-----

De la possession.

Notion de la possession.....	76	156
Fondement de la protection possessoire.....	77	157
Effets et éléments de la possession.....	78	160
Acquisition et perte de la possession.....	79	163
Compléments de la théorie de la possession.....	80	164

Modes d'acquisition de la propriété.

Division des modes d'acquisition.....	81	164
---------------------------------------	----	-----

I. — Mode originaire.

De l'occupation, <i>occupatio</i>	82	166
---	----	-----

II. — Modes dérivés conventionnels.

Modes dérivés conventionnels.....	83	167
1 ^o De la <i>mancipatio</i> . Formes.	84	168
Explication de ces formes et histoire de la <i>mancipatio</i>	85	169
Pactes adjoints à la <i>mancipatio</i>	86	171
2 ^o De l' <i>in jure cessio</i> . Formes et applications.....	87	172
3 ^o De la <i>traditio</i> . Notion de la tradition. Conditions pour qu'elle transfère la propriété.....	88	173
De la tradition dans le dernier état du droit.....	89	176

Modes dérivés non conventionnels.

1 ^o Usucapion et <i>præscriptio longi temporis</i> . Notions générales... De l'usucapion dans le droit civil ancien et dans le droit classique. Cas d'application.....	90	176
Conditions requises pour l'acquisition par usucapion.....	91	177
De la <i>præscriptio longi temporis</i>	92	178
Effets de la <i>præscriptio longi temporis</i>	93	182
	94	183

	N ^{os} .	Pages.
De l'usucapion à l'époque de Justinien. Disparition de la <i>præscriptio longi temporis</i> . Sa fusion avec l'usucapion.....	95	185
2 ^o De l' <i>adjudicatio</i>	96	186
Acquisition de la propriété en vertu de la loi, <i>lege</i> . Notion et énumération.....	97	188
Du droit d'accession.....	98	190

Perte du droit de propriété.

Cas où la propriété est perdue.....	99	191
-------------------------------------	----	-----

SERVITUDES.

Notion et divisions.....	100	192
Caractères généraux des servitudes.....	101	194

I. — Servitudes prédiales.

Caractères propres aux servitudes prédiales.....	102	195
Division des servitudes prédiales en servitudes rurales et urbaines.	103	197
Constitution des servitudes.....	104	199
Extinction des servitudes.....	105	200

II. — Servitudes personnelles.

Énumération des servitudes personnelles. Caractères qui leur sont propres.....	106	201
Notion de l'usufruit.....	107	202
Droits et charges résultant de l'usufruit.....	108	203
Constitution de l'usufruit.....	109	206
Extinction de l'usufruit.....	110	207

DROITS RÉELS DU DROIT PRÉTORIEN

Notion et divisions. Droits réels prétoriens semblables au <i>dominium</i>	111	209
Droits réels prétoriens semblables aux servitudes. Emphytéose et superficie.....	112	212

Capacité nécessaire pour aliéner ou acquérir.

Capacité d'aliéner ou d'acquérir.....	113	214
---------------------------------------	-----	-----

OBLIGATIONS

Notions générales.

Définition de l'obligation.....	114	216
Histoire sommaire du droit d'obligation.....	115	218
Principales divisions des obligations.....	116	221

I. — SOURCES DES OBLIGATIONS

	N ^{os} .	Pages.
Notions générales sur les sources des obligations.....	117	224

I. — DES CONTRATS

Définition du contrat. Développements de la théorie des obligations conventionnelles.....	118	226
De l'élément formel des contrats ou <i>causa</i> . Division des contrats en deux classes.....	119	229
De la convention et des conditions requises pour sa validité. Première condition : Du consentement. Absence de consentement et de cause. Influence de l'erreur, du dol, de la violence.....	120	233
Deuxième condition : De la capacité des parties. Diverses espèces d'incapacité.....	121	234
Troisième condition : De l'objet.....	122	239
Diverses espèces de contrats.....	123	241
	124	244

Des contrats se formant *re*.

Division en deux groupes des contrats se formant <i>re</i>	125	245
Premier groupe : Du <i>mutuum</i> . Notion et histoire.....	126	246
Éléments essentiels du contrat.....	127	248
Effets du <i>mutuum</i>	128	249
Variétés du <i>mutuum</i>	129	251
Deuxième groupe : Commodat, dépôt et gage. Histoire et caractères généraux de ces contrats.....	130	253
1 ^o Commodat. Conditions de formation du contrat. Effets.....	131	256
2 ^o Dépôt. Conditions de formation du contrat. Effets. Variétés..	132	257
3 ^o Gage. Conditions de formation du contrat. Effets.....	133	259

Du contrat se formant *verbis*.

Notion. Énumération. De la stipulation. Histoire de ce contrat...	134	260
Formes de la stipulation.....	135	261
Effets de la stipulation.....	136	264
Des diverses applications pratiques de la stipulation.....	137	266
Avantages et inconvénients de la forme verbale.....	138	267

Du contrat se formant *litteris*.

Origine et forme du contrat <i>litteris</i>	139	269
Applications pratiques du contrat <i>litteris</i>	140	270
Comparaison du contrat <i>litteris</i> avec la stipulation.....	141	272
Du contrat <i>litteris</i> dans le droit de l'époque classique et sous Justinien.....	142	273

Des contrats se formant *consensu*.

Caractères généraux de ces contrats et leur division en deux groupes.....	143	274
---	-----	-----

PREMIER GROUPE

1° De la vente.

	N ^{os} .	Pages.
Notion et histoire.....	144	276
Conditions de formation du contrat.....	145	279
Effets de la vente. Obligations du vendeur.....	146	280
Obligations du vendeur (Suite). Obligation de livrer.....	147	281
Obligations du vendeur (Suite). Obligation de garantie en cas d'éviction.....	148	283
Actions en garantie et exception de garantie.....	149	285
Obligation de garantie (Suite). Garantie des vices.....	150	288
Effets de la vente. Obligations de l'acheteur.....	151	290

2° Du louage.

Notion. Diverses variétés. Règles communes.....	152	291
Règles particulières à la <i>locatio conductio rerum</i>	153	292
Règles propres au louage d'industrie.....	154	295

DEUXIÈME GROUPE

1° Du mandat.

Notion du mandat. Conditions de validité.....	155	296
Effets du mandat. Causes de cessation du contrat.....	156	298

2° De la société.

Notion et caractères du contrat. Conditions de validité.....	157	299
Effets. Causes de dissolution.....	158	301
Diverses espèces de sociétés.....	159	303

II. — DES PACTES AUTRES QUE LES CONTRATS
SANCTIONNÉS PAR LE DROIT CIVIL

1° Des contrats innommés.

Éléments essentiels du contrat innommé.....	160	304
Origine et développements successifs de la théorie des contrats innommés.....	161	306
Applications les plus usuelles des contrats innommés.....	162	308

2° Des pactes adjoints à un contrat.

Efficacité <i>jure civili</i> des pactes adjoints à un contrat de bonne foi ou de droit strict.....	163	310
--	-----	-----

III. — DES PACTES SANCTIONNÉS PAR LE DROIT PRÉTORIEN

	N ^{os} .	Pages.
Notion générale des pactes prétoriens.....	164	313
1 ^o Pacte de constitut. Éléments essentiels à sa validité. Fonction pratique du constitut.....	165	314
2 ^o Pacte de serment. Notion. Effets du serment prêté en exécution de ce pacte.....	166	316

IV. — DES PACTES SANCTIONNÉS PAR LES CONSTITUTIONS IMPÉRIALES OU PACTES LÉGITIMES

I. — Des donations.

Caractères essentiels de la donation. Modes de réalisation. Variétés.....	167	317
1 ^o Donations entre-vifs. Notion. Restrictions à la liberté de faire des donations entre-vifs. Causes de révocation.....	168	319
2 ^o Donations à cause de mort. Notion et effets.....	169	323
3 ^o Donations entre époux.....	170	325

II. — De la dot.

Notion et histoire de la dot.....	171	327
De la constitution de dot.....	172	329
Sort de la dot et des autres biens de la femme pendant le mariage. Inaliénabilité du fonds dotal.....	173	329
Sort de la dot à la dissolution du mariage.....	174	333
Des actions en restitution de la dot dans le droit classique et sous Justinien.....	175	335
Donations <i>propter nuptias</i>	176	339

II. — DES DÉLITS

Notion de l'obligation <i>ex delicto</i> , origines historiques, caractères généraux. Division des obligations <i>ex delicto</i>	177	340
--	-----	-----

Délits contre les biens.

1 ^o Du <i>furtum</i> . Notion. Répression.....	178	344
Actions données en cas de <i>furtum</i>	179	347
2 ^o Du <i>damnum injuria datum</i>	180	349
Répression du délit de la loi <i>Aquilia</i> , <i>Actio legis Aquiliæ</i> et actions données par extension de cette dernière.....	181	351
3 ^o Délits analogues au <i>damnum</i> ou au <i>furtum</i>	182	354

Délits contre la personne.

De l' <i>injuria</i> . Notion. Divers modes de répression successivement admis.....	183	356
---	-----	-----

APPENDICE A LA THÉORIE DES DÉLITS.

	N ^{os} .	Pages.
Délits des esclaves et des enfants de famille, dommages causés par les animaux. Actions noxales et action <i>de pauperie</i>	184	358

III. — *DES VARIÆ CAUSARUM FIGURÆ*

<i>Variæ causarum figuræ</i> proprement dites et obligations se formant <i>quasi ex contractu</i>	185	361
Première catégorie d'obligations <i>quasi ex contractu</i>	186	362
Deuxième catégorie d'obligations <i>quasi ex contractu</i>	187	365

II. — EFFETS DES OBLIGATIONS

I. — Effets des obligations entre les parties.

Notions générales.....	188	369
Sanction de l'obligation. De l'action. Des obligations munies d'action et des obligations dépourvues d'action ou obligations naturelles.....	189	369
Causes d'inexécution : <i>Dolus, culpa, mora, casus</i> : 1 ^o <i>Dolus</i> ; 2 ^o <i>Culpa</i>	190	372
Causes d'inexécution (Suite). 3 ^o <i>Mora</i> ; 4 ^o <i>Casus</i>	191	376
Effets de l'inexécution imputable au débiteur.....	192	378

II. — Effets des obligations au regard des tiers.

Notion générale. Intransmissibilité des créances et des dettes. Principe de la non représentation. Exceptions.....	193	380
Représentation par les <i>alieni juris</i> à l'effet de devenir débiteur. Actions <i>adjectitiæ qualitatis</i>	194	383
Représentation <i>per liberam personam</i>	195	387

III. — EXTINCTION ET TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

I. — Extinction des obligations.

Notions générales et divisions des modes d'extinction.....	196	389
--	-----	-----

1^o *Modes d'extinction du droit civil.*

Énumération et divisions.....	197	392
1 ^o Du paiement.....	198	393
2 ^o De la novation. Novation dans le droit ante classique.....	199	394
Novation à l'époque classique et sous Justinien.....	200	397
3 ^o ; 4 ^o Acceptilation et <i>mutuus dissensus</i>	201	398
Acceptilation et stipulation aquilienne. <i>Mutuus dissensus</i>	202	400

2^o *Modes d'extinction du droit prétorien.*

	N ^{os} .	Pages.
Modes d'extinction volontaires et non volontaires.....	203	403

3^o *Modes d'extinction qui agissent tantôt ipso jure, tantôt exceptionis ope.*

<i>Litis contestatio</i> et compensation.....	204	405
Histoire de la compensation.....	205	407
Compensation à l'époque classique et sous Justinien.....	206	410

II. — **Transmission des obligations.**

Incessibilité des créances. Développement de la théorie de la cession des créances.....	207	412
---	-----	-----

IV. — **MODALITÉS ET VARIÉTÉS DES OBLIGATIONS**

Notions générales.....	208	416
------------------------	-----	-----

1^o **Modalités relatives à l'existence et à l'exécution.**

Terme et condition. Notion. Terme et condition suspensifs et résolutoires.....	209	417
Diverses applications de la condition résolutoire en cas de vente.....	210	423

2^o **Modalités relatives à l'objet.**

De l'alternative. Des obligations alternatives et facultatives.....	211	425
---	-----	-----

3^o **Modalités relatives aux sujets.**

Pluralité des sujets. Principe de l'indivisibilité des créances et des dettes. Exceptions. Corréalité.....	212	425
Sources et caractères de la corréalité active et passive.....	213	428
Effets de la corréalité active et passive. Rapports des corréaux entre eux.....	214	430
De la solidarité et des obligations solidaires.....	215	432

V. — **GARANTIES DESTINÉES A ASSURER L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION**

Notion générale et énumération.....	216	434
-------------------------------------	-----	-----

1^o **Convention destinée à faciliter la poursuite.**

De l' <i>adstipulatio</i>	217	434
---------------------------------	-----	-----

2^o **Garanties contre l'inexécution provenant de la négligence ou de la mauvaise foi du débiteur.**

Des arrhes et de la clause pénale ou <i>stipulatio pœnæ</i>	218	435
---	-----	-----

3 ^o Garanties contre l'insolvabilité du débiteur.		N ^{os} .	Pages.
1 ^o Sûretés personnelles. Notions générales. Cautionnement de droit strict, de bonne foi et du droit prétorien.....		219	437
Droits du créancier contre le fidéjusseur. Bénéfices accordés à ce dernier.....		220	440
Cautionnement de bonne foi ; <i>mandatum pecuniæ credendæ</i> . Cautionnement prétorien ; pacte de constitut.....		221	444
2 ^o Sûretés réelles. Notions générales. Utilité des sûretés réelles. Fiducie, gage, hypothèque.....		222	446
De l'hypothèque. Origine et développements.....		223	451
De l'hypothèque (Suite).....		224	454
De l'hypothèque (Suite). Effets de l'hypothèque.....		225	456

APPENDICE A LA THÉORIE DES SÛRETÉS.

Notion de l' <i>intercessio</i> . Personnes à qui l' <i>intercessio</i> est prohibée. Sénatusconsulte Velléien.....	226	461
---	-----	-----

TRANSMISSION DU PATRIMOINE

DES HÉRÉDITÉS OU SUCCESSIONS

Notion générale et divisions.....	227	463
-----------------------------------	-----	-----

Délation de l'hérédité.

Notions historiques.....	228	464
--------------------------	-----	-----

SUCCESSION TESTAMENTAIRE

Notions générales sur le testament.....	229	467
Formes du testament et capacité de tester.....	230	468
Institution d'héritier et capacité pour être institué.....	231	473
Modalités et variétés de l'institution d'héritier.....	232	474
Causes d'inefficacité des testaments en droit civil et en droit prétorien.....	233	478

SUCCESSION AB INTESTAT

Notion générale de la succession <i>ab intestat</i>	234	480
Premier système. Système du droit civil ancien ou des XII Tables.....	235	481
Deuxième système. Système du droit prétorien ou des <i>bonorum possessiones</i>	236	484
Divisions des <i>bonorum possessiones</i>	237	487
Des divers ordres de <i>bonorum possessores ab intestat</i>	238	488

	N ^{os} .	Pages.
Troisième système. Système de l'époque impériale. Sénatusconsulte et constitutions impériales.....	239	491
Quatrième système. Système des Nouvelles 118 et 127 de Justinien.....	240	492

RESTRICTIONS A LA LIBERTÉ DE TESTER

Théorie de la succession contraire au testament. Notions générales.....	241	495
Restrictions portant sur la forme des dispositions. De l'exhérédation et de l'omission des <i>heredes sui</i> en droit civil et en droit prétorien.....	242	496
Restrictions relatives au fond des dispositions. Idée générale. Notion de la <i>querela inofficiosi testamenti</i>	243	499
Conditions requises pour le succès de la <i>querela</i> . Effets.....	244	500
Dernier état de la législation relative à la liberté de tester.....	245	502

Acquisition de l'hérédité.

Acquisition de l' <i>hereditas</i> . Diverses classes d'héritiers.....	246	503
Effets de l'acquisition.....	247	505
Bénéfices accordés aux héritiers: <i>Jus abstinendi</i> , <i>bonorum separatio</i> , bénéfice d'inventaire.....	248	506
Acquisition de la <i>bonorum possessio</i> et ses effets. Fusion de la <i>bonorum possessio</i> et de l' <i>hereditas</i>	249	508
Théorie de la <i>collatio</i>	250	510

Défaut d'acquisition de l'hérédité.

Causes du défaut d'acquisition de l' <i>hereditas</i> et de la <i>bonorum possessio</i>	251	513
Effets du défaut d'acquisition.....	252	514

Acquisitions à titre particulier se rattachant à l'hérédité.

Notions générales.....	253	517
------------------------	-----	-----

I. — DES LEGS.

Notions générales. Divisions.....	254	518
Éléments du legs. 1 ^o Formes du legs.....	255	518
Éléments du legs (Suite). 2 ^o Contenu du legs.....	256	522
De l'acquisition du legs. Théorie du <i>dies cedens</i>	257	522
Du défaut d'acquisition du legs. Causes du défaut d'acquisition..	258	524
Effets du défaut d'acquisition du legs. Théorie de l'accroissement.	259	526

II. — DES FIDÉICOMMIS.

Notions générales.....	260	528
Règles générales applicables aux fidéicommiss d'hérédité et aux fidéicommiss particuliers.....	261	529

	N ^{os} .	Pages.
Règles spéciales aux fidéicommiss d'hérédité.....	262	531
Règles spéciales aux fidéicommiss particuliers.....	263	532

APPENDICE AUX SUCCESSIONS.

Des codicilles et de la législation spéciale aux militaires en matière successorale.....	264	533
--	-----	-----

AUTRES MODES D'ACQUISITION *PER UNIVERSITATEM*.

Modes d'acquisition <i>per universitatem</i> autres que l'hérédité....	265	536
--	-----	-----

TROISIÈME PARTIE

DES ACTIONS

Objet de cette troisième partie : organisation judiciaire, procédure civile, actions.....	266	537
---	-----	-----

I. — ORGANISATION JUDICIAIRE

Principe fondamental. Distinction du <i>jus</i> et du <i>judicium</i> , des magistrats et des juges.....	267	539
Des magistrats et des juges.....	268	540
Des parties, leurs représentants. Compétence. Temps et lieu où se rend la justice.....	269	543

II. — PROCÉDURE CIVILE

Notion générale des trois systèmes de procédure successivement admis en droit romain.	270	545
--	-----	-----

Premier système : Système des actions de la loi.

Caractères généraux de ce système.....	271	546
Procédure <i>in jure</i>	272	549
Procédure <i>in judicio</i>	273	553
Procédure d'exécution.....	274	554
Mérites et inconvénients du système des <i>legis actiones</i> . Causes de sa disparition.....	275	558

Deuxième système : Système formulaire.

Caractères essentiels de ce système. Ses origines. Histoire de son développement.....	276	559
I. Débat <i>in jure</i> dégagé de tout incident. De la formule en général.....	277	563
Parties principales de la formule. 1 ^o De l' <i>intentio</i>	278	566
Parties principales de la formule. 2 ^o De la <i>demonstratio</i>	279	570

	Nos.	Pages.
Parties principales de la formule. 3 ^o et 4 ^o De la <i>condemnatio</i> de l' <i>adjudicatio</i>	280	571
Parties accessoires de la formule. 1 ^o De l' <i>exceptio</i>	281	578
Parties accessoires de la formule. 2 ^o <i>Replicatio</i> et <i>duplicatio</i> , 3 ^o <i>Præscriptiones</i>	282	581
Issue normale du débat <i>in jure</i> . <i>Litis contestatio</i> . Ses caractères. Ses effets.....	283	583
II. Incidents de la procédure <i>in jure</i>	284	586
III. Procédure <i>in judicio</i>	285	592
De la <i>sententia</i> et de ses effets.....	286	596
IV. Cas et procédure de la <i>cognitio extraordinaria</i>	287	599
V. Voies de recours.....	288	600
VI. Voies d'exécution contre la personne et contre les biens.....	289	602
Procédure et effets de la <i>venditio bonorum</i>	290	603
Effets de la <i>venditio bonorum</i> à l'égard des tiers. Action paulienne	291	604
Autres voies d'exécution sur les biens.....	292	607

Troisième système : Système extraordinaire.

Origine de ce système. Ses différences avec le précédent.....	293	608
---	-----	-----

III. — DES ACTIONS EXCEPTIONS ET AUTRES VOIES DE DROIT

I. — Des actions.

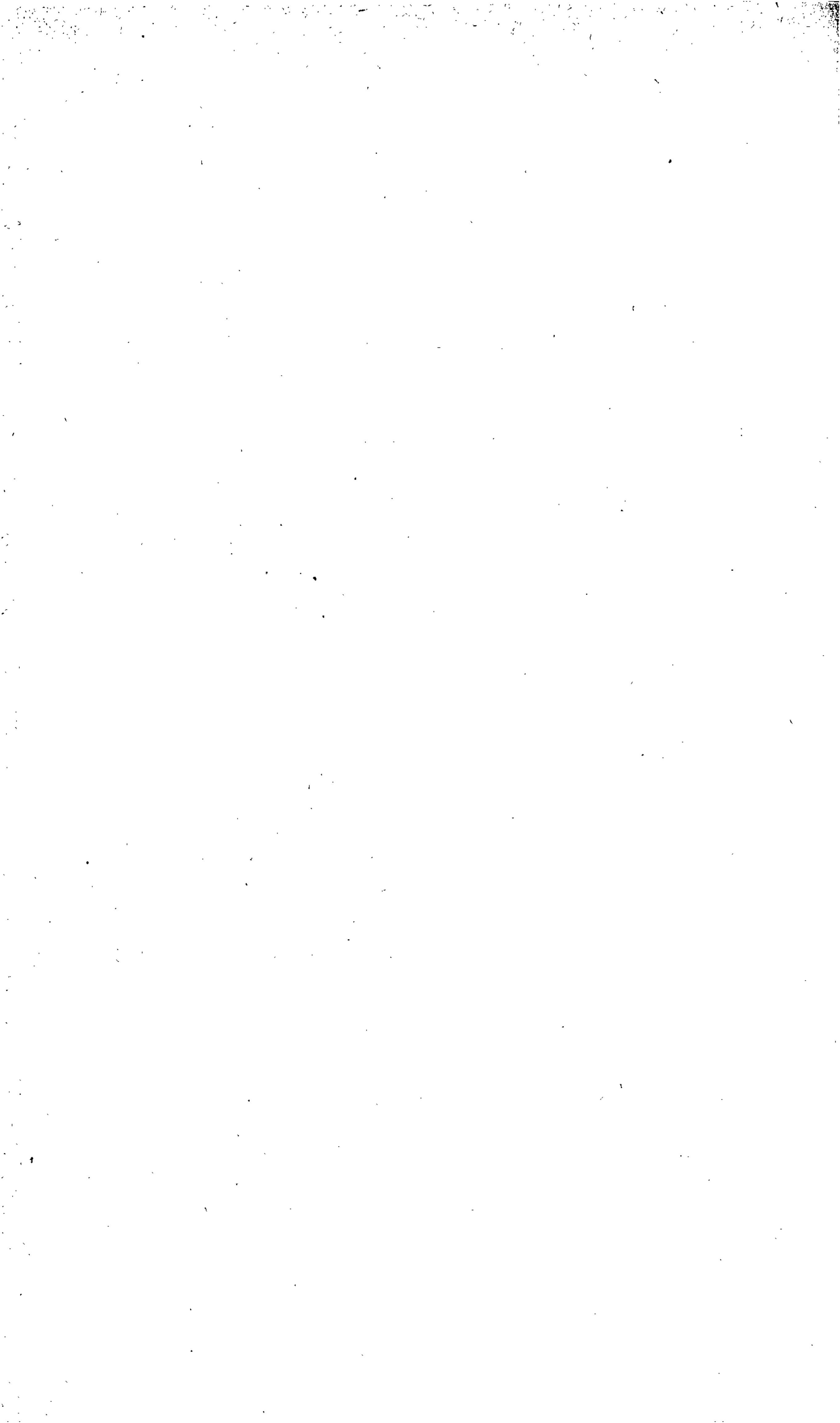
Notion de l'action.....	294	612
Divisions des actions.....	295	613
Actions <i>in rem</i> civiles. 1 ^o Action en revendication..	296	617
2 ^o Action en pétition d'hérédité.....	297	620
3 ^o et 4 ^o Action confessoire et action négatoire.....	298	622
Actions <i>in rem</i> prétorienes. Action publicienne.....	299	623
Actions <i>rei persecutoriæ</i> et <i>pœnæ persecutoriæ</i> ..	300	624
<i>Judicia</i> et <i>arbitria</i> , actions de droit strict et de bonne foi, actions arbitraires et non arbitraires.....	301	625
Actions au simple, au double, au triple, au quadruple.....	302	630

II. — Des exceptions.

Notion et divisions.....	303	631
--------------------------	-----	-----

III. — Des voies de droit autres que les actions.

Notions générales : 1 ^o Stipulations prétorienes.....	304	634
2 ^o Interdits. Notions générales. Histoire de la procédure d'interdit. Divisions des interdits.....	305	636
Des interdits possessoires.....	306	639
3 ^o <i>Restitutio in integrum</i>	307	642



INTRODUCTION

Notion générale du droit.

1. — *Origine et définition du droit.* — Conserver sa personne, développer librement ses facultés, vivre en un mot et persévérer dans la vie, tel est le but des efforts de l'homme. Tel il fut aux premiers jours de son apparition sur la terre, tel il est encore. Pour y parvenir, il s'est emparé des richesses naturelles qui s'offrent à lui; il les a fait et les fait chaque jour servir à la satisfaction de ses besoins, à l'amélioration de sa condition, de son bien-être physique ou moral. Or tout homme, puisqu'il est appelé à vivre, se trouve amené à poursuivre en même temps que les autres cette même fin par des moyens identiques. Ainsi naît la concurrence ou lutte pour la vie, loi naturelle à laquelle, pas plus que les autres espèces organisées, l'espèce humaine ne saurait se soustraire.

Pour mettre fin à cette lutte provoquée par le conflit des intérêts particuliers, l'humanité naissante n'a connu pendant longtemps d'autre moyen que la force (1). Mais, cet état de guerre de fait, qui a laissé dans les institutions ultérieures plus d'une trace encore visible, a disparu peu à peu, à mesure que se sont constituées et affermies les premières associations entre les hommes (2). Une série d'expériences prolongées a démontré à l'homme, vivant avec ses semblables, qu'une société ne peut se fonder, ni surtout durer, sans des restrictions à sa liberté d'action. Il a consenti à ne pas agir

1. — (1) Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), I, §§ 10-15; Declareuil, *La justice dans les coutumes primitives. Nouvelle Revue historique de droit*, 1889, p. 190; Montesquieu, *Esprit des lois*, I, ch. III : « Sitôt que les hommes sont en société ils perdent le sentiment de leur faiblesse, l'égalité qui était entre eux cesse et l'état de guerre commence »; Bossuet, *Cinquième avertissement aux protestants*, n° 49 : « Car, à regarder les hommes comme ils sont naturellement... on ne trouve que l'anarchie, c'est-à-dire... une liberté... où chacun peut tout prétendre et en même temps tout contester... où il n'y a ni propriété... ni à vrai dire aucun droit, si ce n'est celui du plus fort. »

(2) V. Declareuil, *op. cit.*, 1889, pp. 162, 163, et ce que nous disons du système de la vengeance privée et de la justice privée (V. nos 177, 266, 274).

dans certains cas, pour permettre l'action d'autrui. Ces limitations imposées à chacun constituent pour chacun et pour tous le Droit.

Le droit de l'individu est donc limité par essence. Il est pour lui la faculté d'agir jusqu'au point où son action générerait l'action d'autrui, de même que pour les autres, il est la faculté d'agir, jusqu'à la limite où peut s'exercer librement l'action individuelle. Le droit de l'individu s'arrête là où commence le droit des autres, sinon ce serait l'oppression d'un seul sur tous. Le droit des autres s'arrête là où commence le droit de l'individu, sinon ce serait l'oppression de tous sur chacun. C'est donc avec raison qu'on a pu définir le Droit : l'ensemble des conditions qui limitent les libertés pour rendre possible leur accord (3).

Pour chacun par conséquent, le droit a, à la fois, un sens permissif et un sens prohibitif. Il est la faculté d'agir jusqu'à la limite du droit rival ; il est la faculté d'empêcher l'action du droit rival quand elle veut outrepasser ses limites.

Ainsi envisagé, le Droit est la règle des relations de l'homme vivant avec l'homme en état de société. Sous quelles influences s'est dégagée cette conception d'une règle et de sa nécessité ? Sous l'influence successive et cumulée de deux idées : l'idée d'utilité et l'idée de justice. L'idée d'utilité semble bien avoir paru la première. L'homme a senti confusément et d'instinct l'avantage qu'il retirait du sacrifice partiel de son activité intégrale au profit de l'activité d'autrui. S'il a consenti à se plier à la règle, c'est par un motif égoïste d'intérêt bien entendu. Il a compris que cela lui était utile à lui, avant de comprendre que cela était bon à tous. Cette idée d'intérêt ou d'utilité a pu suffire plus ou moins longtemps, à fonder et à justifier le droit. Conception d'un ordre un peu étroit et bas, elle a pour elle la solidité, car elle repose sur les faits. Déjà, d'ailleurs, elle contient un principe plus relevé : elle implique en effet l'abdication volontaire de l'individu devant des nécessités d'ordre supérieur. L'homme se soumet librement à la règle et, celle-ci tire sa vraie force de la libre adhésion de chacun. Mais, avec les progrès de la civilisation, on devait s'élever à une conception plus haute encore, plus épurée, nous voulons parler de la notion de justice. L'homme a fini par s'apercevoir, non sans tâtonnements et sans efforts, que le droit de chacun trouve sa justification comme sa limite, dans le droit égal des autres, que l'idée de droit im-

(3) *Sic*, Kant. V. Fouillée, *Idée du droit*, p. 18 ; Herbert Spencer, *Principes de sociologie*, trad. Cazelles, III, ch. II, § 441.

plique celle de réciprocité, et qu'on ne peut exiger le respect de son droit qu'à la condition de respecter celui d'autrui. C'est la notion de l'égalité qui complète et fortifie celle de l'intérêt. Grâce à elle, l'idée d'humanité est entrée dans le droit.

Ces deux idées, source et justification du droit, malgré l'empire qu'elles peuvent avoir sur notre conduite, ne réussiraient pas à s'imposer pleinement à nous, sans une contrainte extérieure. Les suggestions de la passion, les calculs étroits de l'égoïsme ont trop facilement raison en nous des sentiments de justice. L'homme n'a pas non plus toujours une vision bien claire de son intérêt vrai. Il ignore trop souvent et ignorera longtemps encore qu'il n'y a de vraiment utile pour lui que ce qui ne dépasse pas les limites du juste, et que son intérêt véritable se confond toujours avec celui d'autrui. Le droit a donc besoin d'être défendu contre les entreprises des individus, et c'est là que réapparaît, mais sous un nouvel aspect, le rôle de la force.

Au lieu de laisser l'individu maître de poursuivre lui seul la réalisation de son droit, le groupe social dont il est membre intervient pour lui assurer aide et protection. A la force individuelle, nécessairement mal réglée, passionnée et par conséquent injuste, il substitue la force sociale, mise au service du plus faible comme du plus fort, impartiale et juste⁽⁴⁾. Il organise un système de voies de contrainte, de déchéances et de peines destiné à triompher des résistances intéressées et à commander à chacun le respect du droit de ses semblables. C'est en cela que consiste la sanction du droit.

Dans certaines législations antiques, particulièrement dans celles des peuples de l'Orient, c'est au nom de la Divinité que le pouvoir social édicte des sanctions aux préceptes de droit. Le droit revêt alors un caractère religieux qui imprime une direction toute particulière à ses destinées⁽⁵⁾. Mais dans d'autres sociétés, c'est l'autorité civile déjà distincte de l'autorité religieuse et affranchie de sa tutelle, qui assure le respect dû au droit, uniquement au nom de l'intérêt supérieur de l'État et en vue de la conservation sociale. Quelle que soit d'ailleurs la nature de la sanction, elle est, comme la règle de droit elle-même, librement consentie par tous les membres du corps

(4) Comme le dit Pascal, *Pensées*, édit. Havet, art. VI, fr. 8 : La justice sans la force est impuissante, la force sans la justice est tyrannique. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force et pour cela faire que ce qui est juste soit fort et que ce qui est fort soit juste.

(5) Herbert Spencer, *Principes de sociologie*, trad. Cazelles, III, ch. XIV, §§ 531-534; Sumner Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, ch. I et II; Ihering, *op. cit.*, I, § 21.

social, chacun se soumettant à l'emploi de la force contre lui-même afin de pouvoir à son tour en revendiquer le bénéfice contre les autres.

De tout ce qui précède, on conclura que le droit peut se définir : un ensemble de préceptes que tous les membres de la société reconnaissent comme règles de leurs rapports réciproques et dont le pouvoir social assure le maintien par voie de sanction.

2. — Science du droit. — Est-ce à dire que ces règles soient toujours et partout identiques? En aucune façon. L'utile et le juste, ces deux facteurs de l'idée de droit, n'ont rien de fixe ni d'immuable. Ces conceptions ont subi, subissent et subiront encore d'incessantes variations qui se répercutent nécessairement dans le domaine du droit. Le droit est donc différent selon les races; il varie chez les divers peuples d'une même race, et chez un même peuple, il est en voie de constante transformation. Mais ces changements ne se font jamais ni brusquement ni au hasard. Ils sont subordonnés à des lois d'évolution graduelle qui relient entre eux les phénomènes, expliquent leur succession et rendent compte des actions et des réactions réciproques qu'ils produisent. La connaissance de ces lois, c'est-à-dire de ces relations nécessaires entre les phénomènes juridiques, constitue la science du droit⁽¹⁾.

Cette science rentre dans la catégorie des sciences dites *morales*, où elle forme, avec d'autres sciences voisines, le groupe des sciences sociales⁽²⁾. On les nomme ainsi parce qu'étudiant dans l'homme l'être social, elles recherchent les lois du développement des sociétés. Or, les sociétés humaines sont de véritables organismes soumis à la loi générale de la vie⁽³⁾. Elles doivent être envisagées à un triple point de vue : dans leur état actuel, dans leur passé et dans leurs destinées futures. La science du droit comprend donc nécessairement l'étude des phénomènes juridiques examinés sous ces trois aspects différents.

2. — (1) Quand nous parlons de relations nécessaires, nous n'entendons pas dire que les lois de l'évolution juridique sont uniquement le produit fatal des circonstances matérielles extérieures à l'homme, telles que le climat, la race! La part de la liberté, de l'action spontanée ou réfléchie de l'homme n'y est pas nulle, comme est tenté de le penser un déterminisme trop étroit. Cette action de l'homme est, elle aussi, un facteur de l'évolution. L'imprévu, l'inexpliqué et la variété de ses manifestations n'est qu'un obstacle de plus à l'étude rationnelle des phénomènes. Elle empêche d'édifier les généralisations intégrales qui sont le propre d'une science bien faite. Elle les rend plus difficiles, elle ne les interdit pas tout à fait.

(2) V. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit français*, p. 11; Tarde, *Les transformations du droit*, pp. 1-13; 166-210.

(3) Herbert Spencer, *Principes de sociologie*, trad. Cazelles, II, 2^e partie.

1° En premier lieu, elle étudie le droit de chaque peuple, tel qu'il est formulé actuellement dans les lois ou les coutumes de ce peuple. C'est là ce qu'on nomme le *Droit positif*. Le rôle du jurisconsulte consiste ici à acquérir une connaissance précise des principes proclamés par le droit positif, à en posséder la lettre, à en pénétrer l'esprit, de façon à en faire une saine et judicieuse application aux difficultés que soulève la pratique.

2° Le droit doit en outre être envisagé dans ses origines. Il est impossible, en effet, si l'on veut se rendre compte des institutions juridiques d'un peuple, de les isoler du passé auquel elles doivent le plus souvent leur existence et leur forme actuelle. On devra donc remonter en arrière jusqu'au jour où ont paru leurs premières manifestations, les suivre dans leurs transformations, déterminer les influences sous l'empire desquelles elles se sont développées, ont subi un temps d'arrêt ou ont péri tout à fait. Tel est le but de l'*Histoire du droit*. Ces études, une des branches les plus vivantes et les plus nouvelles de la science juridique, ne doivent pas être bornées à une seule nation. Faites pour un certain nombre de peuples de même race ou de races différentes, elles agrandissent le champ de l'observation. Elles permettent dès lors, grâce à la multiplicité des faits constatés, de risquer des inductions, de retrouver l'enchaînement des phénomènes sociaux, de dégager les lois de la genèse des idées juridiques⁽⁴⁾.

3° Le jurisconsulte doit aussi se préoccuper de l'avenir. Le droit, une fois qu'il a trouvé son expression dans des préceptes positifs, cesse, au bout d'un temps plus ou moins long, de répondre aux besoins en vue desquels il avait été formulé. Il arrive un moment où ce désaccord entre le droit et les nécessités de la vie sollicite l'intervention du législateur. Celui-ci devra alors modifier la loi et la mettre en harmonie avec les besoins nouveaux. Or, il lui faut pour cela s'inspirer des recherches qui sont du domaine de la *législation*. C'est le jurisconsulte qui lui ouvre à cet égard la voie. Ici, il envisage le droit dans son devenir, il cherche à s'élever au-dessus des lois positives, transitoires et contingentes, pour les critiquer, signaler leurs imperfections, indiquer les réformes possibles, les progrès réalisables. Pour que cette recherche du mieux dans le domaine du Droit aboutisse à des résultats féconds, il importe qu'elle soit menée scientifiquement, sous le contrôle permanent de l'expérience. Dans ce but, on devra tenir compte des résultats de

(4) On peut voir dans les ouvrages de Sumner Maine tout le parti que la science a déjà tiré d'études de ce genre. V. notamment : *L'ancien droit*, *Les institutions primitives*, *L'ancien droit et la coutume primitive*.

l'interprétation judiciaire, des usages nouveaux introduits par la pratique, des solutions acceptées par les législations étrangères. On s'inquiétera également des phénomènes économiques et des rapports qui les unissent aux institutions juridiques. Ainsi on jugera si les innovations qu'on a en vue sont utiles.

Il faut également rechercher si elles sont justes. Le problème est alors plus délicat. Toute base de comparaison semble manquer. C'est ici qu'intervient la notion du droit idéal, improprement appelé droit naturel (5). Il faut se garder de voir dans le droit idéal un ensemble de principes immuables, proclamés de toute éternité par une autorité supérieure à l'homme, conformes à un idéal de raison que l'homme apporterait avec lui en naissant. Il n'y a pas de droit idéal inné. Il y a un droit idéal créé, conçu par l'esprit humain, voulu par lui, comme lui en voie de perpétuel progrès. Il est l'idée de plus en plus épurée que nous nous faisons du droit, ce que devrait être, selon nous, le droit positif s'il était parfait. On comprend dès lors que le droit idéal ne soit pas toujours identique à lui-même, dans tous les temps et dans tous les pays. Chaque individu, chaque école philosophique, chaque peuple le conçoit à sa façon. Il est la somme de leurs tendances vers le juste, c'est-à-dire vers un idéal de justice toujours changeant, jamais atteint. Mais, ce qui ne change pas, et c'est là l'honneur de l'esprit humain, c'est l'aspiration continue vers ce juste parfait, entrevu à toutes les époques, plus clairement aperçu aux belles heures de la civilisation. C'est cette pure idée qui doit guider le jurisconsulte, c'est elle qui consciemment ou non lui inspire les réformes, c'est elle qui finit par imprimer à l'évolution juridique sa direction maîtresse (6). La science du droit a donc pour couronnement l'étude des variations par lesquelles a passé la notion du droit idéal et des influences qu'elles ont exercées sur la législation positive (7).

3. — Division du droit en droit privé et public. — Si maintenant on considère le droit eu égard aux divers rapports sociaux qu'il est destiné à régir, on peut diviser la science juridique en deux branches principales : le droit privé et le droit public.

(5) V. Sumner Maine, *L'ancien droit*, ch. iv, et introduction par M. Courcelle-Seneuil, p. xix et suiv.

(6) Le droit idéal est comme le beau idéal qui inspire l'esprit et guide la main de l'artiste; *nec vero ille... quum faceret Jovis formam... contemplabatur aliquem... sed ipsius in mente insidebat species pulchritudinis eximia quam intuens... ad illius similitudinem artem et manum dirigebat* (Cicéron, *Brut.* 2).

(7) V. pour les divergences fondamentales qui séparent à cet égard les écoles française, anglaise et allemande, l'ouvrage de M. Fouillée : *L'idée moderne du droit*.

1° Le droit privé est ainsi nommé parce que dans le sens le plus large, il embrasse tous les rapports des particuliers. Or, ces relations dérivent de deux causes : leur existence en tant qu'êtres humains, et les conventions qu'ils forment librement entre eux. A la première source se rattachent les droits qui ont pour objet la sécurité de la personne physique et le respect de la personnalité morale, le droit de travailler et de s'approprier d'une façon exclusive les produits de son travail, c'est-à-dire le droit de propriété, enfin le droit général de défense qui garantit à chacun le maintien des droits que nous venons d'indiquer. Dans la seconde catégorie rentrent tous les droits qui dérivent de la libre promesse, c'est-à-dire des engagements pris envers nous directement ou indirectement par autrui, ce qu'on appelle droits conventionnels d'obligation et droits de famille, enfin le droit d'exiger l'accomplissement de ces engagements.

2° Le droit public règle les rapports de l'individu avec l'association politique dont il fait partie. La société doit, en effet, pour assurer à chacun le libre exercice de ses droits, les définir et les reconnaître, en même temps qu'elle doit organiser la force sociale à laquelle on aura recours pour le cas où ils seraient contestés. De là la création des pouvoirs législatif et exécutif⁽¹⁾. Le droit public régleme la constitution et les attributions respectives de ces pouvoirs, en même temps que les rapports des particuliers avec chacun d'eux. Il comprend le droit constitutionnel, le droit administratif, l'organisation judiciaire.

Les Romains avaient parfaitement aperçu cette division fondamentale⁽²⁾. Toutefois leur droit public, quelle que soit son importance, pour l'historien et même pour le juriste, n'a eu qu'une influence minime sur le sort des législations modernes. Il n'en est pas de même du droit privé, l'œuvre la plus originale et la plus durable du génie romain, celle aussi qui a été la plus féconde en résultats utiles. C'est à cette partie du droit de Rome qu'est consacré le présent ouvrage.

4. — *Utilité de l'étude du droit privé des Romains.* — L'utilité de l'étude du droit privé romain est trop souvent niée ou mise

3. — (1) Le pouvoir judiciaire n'est pas distinct en théorie du pouvoir exécutif. Des considérations d'utilité pratique ont amené les modernes à en faire un troisième pouvoir, séparé des deux autres.

(2) L'opposition est nettement marquée dans Liv. III, 34, qui appelle la loi des XII Tables : *fons omnis publici privatique juris*; dans Cicéron, *Part. orat.*, 37, au sujet du droit écrit : *scriptorum privatum aliud est, publicum aliud*; dans les textes juridiques, 1, § 2. Dig., *De just. et jur.*, I, 1, Ulp.

en question pour qu'on ne cherche pas tout d'abord à la justifier. Avec les adversaires les plus résolus de cet enseignement, on peut reconnaître sans hésiter que ce n'est plus là un objet d'études pratiques, que le droit romain n'est plus destiné à fournir aux magistrats et aux jurisconsultes des éléments de décision pour la solution des procès (1). Les législations modernes, la nôtre particulièrement, se suffisent à elles-mêmes. Ni les principes fixes posés par la loi, ni les déductions qu'en a tirées une jurisprudence déjà presque séculaire, ne font défaut aux praticiens. Aussi n'invoque-t-on qu'un argument : l'inutilité de l'étude d'une législation morte. A cette objection qu'on juge irrésistible, il est facile de répondre. Dictée par un esprit d'utilitarisme à courte vue, elle tend à réduire l'étude du droit à la constatation des résultats acquis, et par suite méconnaît la science dans son principe même, la recherche des causes.

Dire que le droit de Rome est une législation morte c'est à la fois énoncer un fait historique incontesté et oublier cet autre fait historique, à savoir que les États modernes, la France surtout, ont hérité de Rome, qu'elles en ont vécu et en vivent encore. Le droit privé fait partie de cet héritage intellectuel. Il est la moelle, il forme la substance de nos lois, il est la source toujours vive du droit européen moderne et particulièrement du droit privé français. Le droit romain, en effet, n'a jamais cessé, même après l'invasion barbare, d'être appliqué dans les pays autrefois soumis à Rome. Son cercle d'action a fini par s'étendre au delà des limites de la domination romaine. Durant tout le moyen âge, il a joui d'un crédit universel, il a donné la solution de tous les problèmes juridiques. Aux yeux des jurisconsultes, il incarnait un idéal de justice et de raison que le législateur devait s'efforcer d'atteindre ; il était pour eux la révélation d'un art accompli et d'une science parfaite (2).

4. — (1) Est-ce à dire que les praticiens eux-mêmes n'aient aucun profit à attendre d'une connaissance approfondie des procédés et des méthodes des jurisconsultes romains ? Loin de là. Il est certain que ces jurisconsultes ont déployé dans l'interprétation des lois un art réellement supérieur. Ils ont ainsi laissé des modèles de discussion juridique. L'esprit ne peut que gagner dans la fréquentation de pareils maîtres. Soumis à leur discipline, il en retirera des qualités de précision, de clarté et de force qui lui rendront facile l'étude de toutes les législations modernes. Néanmoins, sans vouloir rabaisser la valeur esthétique du droit romain comme modèle d'analyse pénétrante et de logique, on peut affirmer que l'étude d'une législation moderne développerait tout aussi bien les qualités scientifiques nécessaires au jurisconsulte. La vérité est que le contenu du droit et non sa forme, les résultats plus que les procédés de mise en œuvre, c'est cela qui donne au droit romain toute sa valeur comme objet d'étude.

(2) Ce sont les Romains en effet qui ont fait du droit une science au sens propre du mot, ont distribué les rapports juridiques en catégories, les ont ramenés à des principes constants, et ont su tirer de ces principes les conséquences logiques qu'ils comportent (V. n° 14).

Aussi ses maximes ont-elles prévalu partout; il a épargné à la science moderne un temps précieux en lui fournissant des résultats incontestés, en lui évitant de recommencer, au prix d'efforts sans nombre, peut-être avec moins de succès, des expériences déjà faites. C'est surtout en France que ces emprunts ont été les plus importants. Nos théories fondamentales en matière de propriété, de servitudes, d'obligations sont inspirées directement des doctrines romaines. Remonter à ces doctrines, rechercher leurs origines, suivre la marche de leur développement, tel est donc le préliminaire indispensable de toute étude sérieuse et approfondie de notre droit national (3).

Le droit romain a donc sa place marquée dans les études d'histoire du droit. Mais l'histoire n'est pas la simple constatation de la succession des faits. Elle cherche la loi de leur enchaînement. Cette loi se dégage aussi si l'on envisage un droit dans son entier développement historique. Or le droit romain se prête merveilleusement à des investigations de cet ordre. De toutes les législations de l'antiquité, aucune ne nous est connue aussi complètement que celle des Romains. Les monuments qui en ont été conservés permettent de suivre les variations du droit à Rome depuis ses origines les plus lointaines jusqu'aux époques modernes, et rarement la suite des transformations nous échappe. Chaque institution de droit privé peut être ainsi reconstituée dans son ensemble, et l'on peut constater sûrement ses modifications successives, assister à ses progrès ou à sa décadence. Or, de pareilles recherches donnent à l'esprit une ouverture et une largeur de conception qu'il ne saurait acquérir dans l'étude du droit positif. Mis en présence des mutations incessantes d'un droit dont il peut suivre les vicissitudes à travers douze siècles, le jurisconsulte s'accoutume à l'idée que le droit n'est pas un ensemble de principes immuablement identiques à eux-mêmes, mais qu'il est dans un état de perpétuel devenir (4). On pénètre de cette façon le secret des évolutions du

(3) L'étude du droit romain n'est pas moins utile aux historiens et aux littérateurs. Le droit privé, en effet, est l'une des formes les plus saisissantes sous lesquelles se manifeste la vie d'une nation. C'est là qu'il faut aller souvent chercher l'explication des événements historiques, des tendances et des transformations politiques d'un peuple. Ajoutons qu'à Rome le rôle du droit a été plus important que chez tout autre peuple de l'antiquité. Dans le domaine de presque toutes les productions intellectuelles, Rome a vécu d'emprunts faits à la Grèce. Le droit seul fait exception. Il constitue une création originale du génie de la nation, un produit spontané et pur de la race. L'esprit romain est juriste par excellence et la langue reflète cette tendance caractéristique du génie romain, au point qu'il est impossible de la posséder entièrement si l'on n'a point une notion très précise du droit. V. May et Becker, *Précis des institutions du droit privé de Rome*.

(4) Déjà Justinien a eu conscience de cette loi d'évolution : *Divinæ quidem res*

droit, et on s'initie aux efforts de l'esprit humain, poursuivant le mieux dans la sphère de l'utile et du juste. C'est ainsi qu'on arrive à dégager certaines lois générales de formation des idées juridiques, et à s'élever au-dessus des réalités transitoires du droit positif jusqu'à une conception philosophique du droit appuyée sur des bases solides et vraiment scientifiques (5). Ainsi comprise, l'étude du droit romain s'impose à tout esprit soucieux d'une culture juridique supérieure (6).

Ces considérations dictent la méthode qui va être suivie dans tout le cours de cet ouvrage. On ne peut plus, comme on le faisait encore au début de ce siècle, se borner à étudier le droit romain de la dernière époque, tel qu'il fut résumé dans les *Institutes* de Justinien. Les exigences d'un enseignement essentiellement historique sont en contradiction avec cette méthode désormais vieillie. Sans renoncer à l'appui fourni par les textes, il est nécessaire d'abandonner le procédé aride et sec du commentaire pour adopter une marche plus en harmonie avec le but que se propose aujourd'hui la science. On doit chercher à retracer l'histoire de chacune des institutions de droit privé, à lui restituer sa physionomie aux diverses phases de son développement, à la faire revivre de la vie qui l'animait autrefois, et à la suivre à travers toutes ses vicissitudes jusqu'au seuil de l'époque moderne.

On arrivera ainsi à bien mettre en relief les maximes fondamentales du droit romain, à pénétrer l'esprit qui l'a inspiré dans ses principales créations, et à s'initier aux grands mouvements d'idées qui ont surgi dans le domaine juridique depuis l'époque encore à demi-rudimentaire des XII Tables jusqu'aux jours de la décadence byzantine.

perfectissimæ sunt, humani juris vero conditio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea quod stari perpetuo possit, multas enim formas edere novas natura deproperat (§ 18, Cod. Just., *De vet. jur. enucl.*, I, 17).

(5) Ajoutons que, depuis un certain nombre d'années, des investigations ont été tentées en vue de reconstituer le passé juridique des peuples issus, comme le peuple romain, de la grande souche indo-européenne. Le droit romain, surtout celui des premières époques, a été largement mis à contribution dans ces essais de constitution d'une science nouvelle qui a donné déjà naissance à des ouvrages d'une haute valeur. V. notamment Sumner Maine : *L'ancien droit, Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, avec préface du traducteur, *Études sur l'histoire des institutions primitives*, avec préface par M. Durieu de Leyritz et introduction par M. d'Arbois de Jubainville. Adde : l'œuvre capitale de M. Fustel de Coulanges, *La cité antique*; Rod. Dareste, *Études d'histoire du droit*.

(6) Aussi voyons-nous le droit romain étudié non seulement chez les peuples de race latine, comme la France, l'Italie, l'Espagne, mais donnant lieu à un mouvement scientifique intense chez les nations comme l'Allemagne et même l'Angleterre, où cependant il n'a contribué que dans une mesure bien plus faible à la formation du droit moderne.

HISTOIRE

DES

SOURCES DU DROIT ROMAIN

5. — *Histoire des sources, sa division en deux grandes périodes : Jus civile, Jus gentium.* — L'étude de l'évolution historique du droit chez un peuple comprend deux objets bien différents : les *sources du droit* et les *institutions*. Par sources du droit, on désigne les divers modes de formation du droit. Quels sont ces modes, par quelles transformations ont-ils passé, voilà les questions auxquelles répond l'histoire des sources. Il ne s'agit donc pas ici du fond du droit mais de la façon dont il naît, il n'est pas question des préceptes juridiques mais de l'autorité qui propose ces préceptes et les fait respecter. Par institutions, on entend un groupe organique de préceptes de droit tendant vers une fin principale. Ainsi l'institution du mariage est l'ensemble des règles destinées à réaliser l'idée que les Romains se faisaient de l'union de l'homme et de la femme. Ici on envisage les règles de droit en elles-mêmes, dans leur contenu. On constate leur état actuel et leurs variations historiques. Il est impossible de séparer ces deux questions. Ce sont là les deux faces d'un même problème. L'observation prouve en effet que dans une législation, dans celle des Romains plus que dans toute autre, il y a des rapports permanents de cause à effet entre les modes de production de l'activité juridique et les résultats de cette activité, entre la forme et le fond du droit (1).

L'histoire des sources du droit romain peut se diviser en deux grandes périodes. Chacune a eu sa conception particulière du droit, son système juridique propre auquel se rattachent naturellement

5. — (1) Dans les ouvrages élémentaires les juriconsultes parlent des sources avant les institutions. Ainsi l'a fait Gaius, dans ses *Institutiones* (G. I, 2-8), Pomponius, dans son *Enchiridium* (2, § 1-12 Dig., *De orig. jur.*, l. 2).

toutes les institutions du droit privé. La première période s'étend jusqu'aux derniers temps de la République. Le droit conserve pendant cette durée un caractère exclusivement romain, étroit et formaliste. Aussi, les Romains le désignent-ils eux-mêmes sous le nom caractéristique de *Jus civile*, *Jus proprium civium romanorum*. Avec la deuxième période qui correspond à l'époque de l'Empire, le droit cesse d'être moins exclusivement national, pour devenir plus humain, plus large, moins formaliste. C'est qu'alors se manifeste d'une façon de plus en plus prédominante l'influence du *Jus gentium*, c'est-à-dire des principes de droit empruntés aux nations étrangères que Rome avait successivement conquises. C'est donc avec raison que les interprètes modernes désignent le droit de cette seconde période sous le nom de *Jus gentium* (2).

Ces deux systèmes se sont succédé chronologiquement, reflétant ainsi dans le domaine du droit les profondes transformations qui s'accomplissaient dans l'ordre moral et politique. Toutefois, on doit faire observer que ces deux périodes ne sont pas dans la réalité, aussi nettement distinctes. Seules, les nécessités d'une exposition méthodique justifient cette division. En fait, les premiers linéaments du second système de droit se dessinent déjà alors que le premier n'a pas encore atteint tout son développement; et plus tard, dans la période du *Jus gentium*, le système du *Jus civile* subsiste encore dans ses grandes lignes et dans ses principales créations.

Systeme du Jus civile.

6. — *Idées juridiques romaines primitives. — Caractères du droit primitif.* — Indiquons tout d'abord en quelques traits les idées juridiques originaires des Romains. Ces conceptions premières, point de départ de leur droit, ont contribué à imprimer au système du *Jus civile* ses caractères originaux et ont grandement influé sur sa destinée ultérieure. Elles ne sont d'ailleurs que le reflet fidèle des tendances dominantes de l'esprit romain. L'âme

(2) Cette antithèse entre le système du *jus civile* et celui du *jus gentium*, n'a point échappé à l'esprit assez averti du jurisconsulte Gaius (G. I, 1). Elle devait servir de thème à ses *Institutes*. Toutefois, il paraît, au cours de son ouvrage, s'être peu à peu écarté de son premier dessein. Aussi cette division n'a-t-elle pas revêtu chez ce juriste un caractère systématique aussi prononcé que celui que nous lui attribuons, d'accord en cela avec les interprètes les plus récents : Ihering, *Esprit du droit romain*, t. I, § 6; Baron, *Institutionen*, § 4; Sohm, *Institutionen*, §§ 10, 14; Muirhead (trad. Bourcart), sect. 42, p. 306, sect. 55, p. 379 et suiv.; Czyhlarz, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*, § 15.

romaine tout entière se retrouve dans chacun des caractères qu'on va essayer de mettre en relief.

1° Avant tout, le Romain est homme de gouvernement. L'ordre, la discipline doivent régner dans la cité. Il ne saurait concevoir un état social où l'individu se rend justice à lui-même. La justice privée, ses moyens d'action violents et arbitraires doivent céder le pas devant la justice sociale. C'est la société, c'est l'État seul, qui assure à chacun le respect de son droit méconnu. S'il reste encore quelques vestiges du régime antérieur de la justice privée, pratiqué par les populations italiotes, ancêtres ethniques des Romains, ils sont rares et bien vite auront disparu (V. n^{os} 1, note 2; 274).

2° Or, le pouvoir de commander, et, par conséquent, d'imposer aux individus des règles de conduite sociale n'est point aux yeux des Romains d'institution supra-terrestre. Leur génie éminemment pratique apportait au monde une idée féconde en résultats : pour eux, le droit n'est pas, comme dans d'autres législations primitives, confondu avec la religion et la morale dans une sphère d'action commune. Ce sont là autant de domaines distincts. Il y a un droit religieux, c'est le *fas*; et il y a un droit profane indépendant du *fas*, c'est le *jus* (1). Fait par les hommes, le *jus* n'est pas l'œuvre d'une volonté supérieure à l'homme, infaillible et immuable. Produit des nécessités sociales, il va sans cesse se modelant sur elles. Il est variable mais il est aussi perfectible (2).

3° Si quelqu'un, par conséquent, commande aux volontés individuelles, c'est l'État. Plus le Romain primitif se sent affranchi de la tutelle religieuse, plus il subordonne son action aux ordres de la puissance publique. C'est l'État qui est le vrai Dieu du Romain. C'est devant lui qu'il s'abaisse et abdique. Aussi, le droit privé n'est-il pas encore pleinement indépendant de la constitution politique et du droit public. En principe, les individus n'ont de droits que comme membres de certains groupes sociaux, *gentes* et familles, dont la réunion forme la cité. De là, le caractère étroit du droit privé primitif, qui n'est que l'ensemble des avantages juridiques assurés aux membres de l'association politique des *gentes* (V. n^o 30).

4° Cette dépendance du droit privé à l'égard du droit public lui

6. — (1) L'antithèse entre le *fas* et le *jus* est marquée dans Virgile (*Georg.* I, 269) : *fas et jura sinunt*, Salluste (*Catilina*, 15) : *Catilina multa... fecerat contra jus fasque*. V. pour l'origine des mots *jus* et *fas*, Bréal, *Nouvelle Revue historique de droit*, 1883, pp. 603-612. Pour les diverses acceptions du mot *jus*, V. Cuq, *Darembert et Saglio, Dict. des antiq. grecques et rom.*, v^o *Jus*.

(2) Ihering, *Esprit du droit romain*, t. I, § 21; Declareuil, *La justice dans les coutumes primitives. Nouvelle Revue historique de droit*, 1889, pp. 193, 197.

communiqué nécessairement un caractère d'exclusivisme qui, d'ailleurs, n'est pas spécial au droit romain. On le retrouve dans toutes les législations de l'antiquité. Le droit privé y est toujours étroitement municipal. Fait pour les seuls membres de la cité, il est inapplicable aux autres hommes, aux étrangers. C'est le droit propre aux seuls citoyens, *jus civile, jus proprium civium romanorum* (3). Par une conséquence logique, ce droit se passera facilement de modèle. Il vit sur son fonds propre, et quand plus tard il se résigne à des emprunts aux législations étrangères, il sait leur faire une place dans son corps de doctrines sans en déranger l'ordonnance, sans en altérer l'esprit.

5° Si essentiellement et exclusivement romain, il est naturel que le droit privé reflète les qualités caractéristiques de l'esprit romain. Or, le Romain est un égoïste et un utilitaire. S'il admet une règle, ce n'est pas qu'il s'incline devant la haute portée morale du précepte, c'est parce qu'en homme avisé il en perçoit l'avantage immédiat. L'utilité, telle est pour lui la source et la justification du droit (4). Mais, l'esprit romain est en même temps un esprit de discipline. La règle reconnue utile, il lui obéira en toute circonstance quelque dur et tyrannique qu'en soit le joug; une fois acceptée, il la voudra conserver pour toujours. De là trois traits du *jus civile* : il est éminemment strict, conservateur, formaliste.

Le droit est strict en ce sens qu'il admet et impose toutes les conséquences des principes qu'il proclame, si gênantes, si rigoureuses qu'elles paraissent. Aussi est-il inaccessible aux considérations tirées des personnes. Dès lors, le droit est égal pour tous, ce qui est un mérite (5). Mais il ne tient compte ni des circonstances ni des intentions. Ni moyens termes, ni demi-mesures, telle est bien

(3) Cicéron, *Top.* 2, est très net en ce sens : *Jus civile est æquitas constituta iis qui ejusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas.* Gaius (I. 1) dira plus tard : *quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est vocaturque jus civile.* Adde : I, 55, 108, 119.

(4) Cette idée se trouve exprimée chez l'un des poètes latins, les plus fortement imbus de notions juridiques : *utilitas justis prope mater et æqui*, a dit Horace, *Sat.* I, 3, 100, et plus loin revenant sur la même idée : *nec natura potest justo secernere iniquum...*, *adsit regula peccatis quæ poenas irroget æquas*, *Sat.* I, 3, 115, 119, 120. On la retrouve même dans Cicéron, bien plus porté vers les conceptions idéalistes : *initium (juris) ab natura ductum videtur; quaedam autem ex utilitatis ratione... in consuetudinem venisse; post autem, approbata quædam... utilia visa, legibus esse firmata* (*De invent.*, II, 22).

(5) L'idée d'égalité qui est le fond même de toute loi est nettement exprimée par Cicéron (*De off.*, II, 12) : *leges sunt inventæ quæ cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur.* La loi des XII Tables n'eut tant de succès que parce qu'elle fut une loi d'égalité : *summîs infimisque jura æquasse* (Liv. III, 34). *Æquitas* au sens premier du mot signifie égalité et n'est point opposé à l'idée de droit.

la devise qui convient à ce droit de la première époque aussi rude et intraitable que les Romains eux-mêmes⁽⁶⁾.

Mais ce n'est pas assez pour l'esprit romain de respecter servilement la règle au point d'en subir toutes les conséquences. Il la veut maintenir et conserver pour l'avenir, car ce n'est pas vouloir pleinement que de ne pas continuer à vouloir⁽⁷⁾. Le droit est donc essentiellement conservateur, respectueux des institutions traditionnelles, osant à peine y toucher, n'accueillant qu'avec une timidité extrême les innovations. Les Romains, quand ils sentirent la nécessité de transformer leur droit, eurent plus d'une fois à lutter contre cet esprit de conservation, qui s'il l'emporte chez un peuple sur le besoin de changement et l'aptitude à varier, est un obstacle insurmontable à tous les progrès. C'est dans ce conflit d'aspirations opposées qu'il faut aller chercher l'explication de ces biais subtils, de ces détours ingénieux qui ont permis au peuple romain de réformer son droit par voie d'évolution lente et sans rien changer aux grandes lignes de l'édifice.

Reste enfin le caractère formaliste du droit. On le retrouve, il est vrai, dans toutes les législations primitives, mais il apparaît ici avec un degré de persistance et de raideur tout à fait remarquable⁽⁸⁾. C'est là encore une conséquence de l'invincible attachement des Romains à la règle, car c'est la forme qui la met en lumière et lui donne pour ainsi dire la vie. Ce formalisme consiste dans l'obligation imposée aux parties qui font un acte d'employer certaines cérémonies destinées à exprimer d'une façon matérielle et indéniable l'adhésion qu'elles donnent à cet acte⁽⁹⁾.

Tel apparaît le droit des premières époques. Avec sa logique inflexible, sa raideur obstinée, ses formules immuables, il devint à un moment donné un obstacle au progrès. Mais ces défauts mêmes avaient assuré à ses premières assises une solidité qui devait ren-

(6) C'est seulement plus tard que le droit *jus*, avec son caractère étroit, qui n'accorde que ce qui est dû, est opposé par les Romains à l'équité qui est plus libérale : *pro aequitate contra jus dicere*, Cicéron (*de Orat.*, I, 56). C'est alors que le droit dérivant de l'équité constitue un nouveau droit d'allure différente qui tient compte des circonstances, *auct. ad Herenn.*, II, 13.

(7) Cette idée que le droit ne peut être réalisé que par un vouloir énergique et permanent est exprimée par Ulpien dans la définition qu'il donne de la justice : *constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* (10, pr. Dig. *De just. et jur.*, I, 1).

(8) Pour le formalisme dans l'ancien droit germanique, V. Viollet, *Histoire du droit civil français*, pp. 594-601.

(9) Pour l'étude du formalisme romain, V. Ihering, *Esprit du droit romain*, t. III, §§ 50-57; Cuq, *Les institutions juridiques des Romains. L'ancien droit*, pp. 719 et suiv.

dre inébranlables les constructions plus élégantes que les siècles suivants devaient appuyer sur elles.

7. — *Sources les plus anciennes du Jus civile : coutume et loi. — Loi des XII Tables.* — Les deux sources les plus anciennes du droit durant la période du *Jus civile*, sont dans l'ordre de leur apparition chronologique : la coutume et la loi (1).

1° La coutume, *mos, mores majorum, consuetudo*, et le droit qui en dérive, *jus moribus constitutum*, sont un ensemble d'institutions et de principes qui n'ont jamais été reconnus ni proclamés par le pouvoir législatif et qui cependant sont acceptés de tous comme la règle des relations sociales. Ainsi la coutume tire son autorité de l'assentiment général quoique tacite des citoyens (2). Elle a sur la loi l'avantage d'être la manifestation spontanée de l'idée du droit, de répondre exactement aux besoins du moment et d'être variable avec ces besoins eux-mêmes. Mais cette variabilité excessive est pour le droit coutumier une cause d'infériorité. Elle lui enlève toute fixité, et livre la preuve du droit de chacun aux hasards de la mémoire et à l'arbitraire des juges. Ces inconvénients ont frappé de bonne heure les Romains. Leur attachement à la forme les avait prédisposés à voir dans le droit la règle condensée en une formule immuable, le précepte matériellement saisissable. Avec cette disposition d'esprit, le droit coutumier devait aisément passer à leurs yeux pour une manifestation secondaire de la conscience juridique d'une nation. Les résultats dangereux pour la liberté et l'égalité auxquels aboutit le défaut de certitude de la coutume avaient fait une non moins vive impression sur eux (3).

7. — (1) Les textes classiques désignent sous le nom de *jus scriptum*, le droit qui est proclamé par la loi, et sous celui de *jus non scriptum* le droit fondé sur la coutume (6, § 1, Dig., *De just. et jur.*, I, 1, Ulp.; 35, Dig., *De legib.*, I, 3, Hermogén.). Ces dénominations s'expliquent aisément. L'usage, en effet, a prévalu de bonne heure de constater les lois par écrit, en les gravant sur le marbre, le bronze ou le bois, afin de les préserver des altérations intéressées et de les sauver de l'oubli : *fuit hæc sapientia quondam... leges incidere ligno*. Horace, *Ars poet.*, 396 et suiv. D'où cette conséquence que toute règle proclamée par le législateur est rangée dans le droit écrit bien qu'en fait elle n'ait pas été l'objet d'une rédaction par écrit, et que toute règle coutumière fait partie du droit non écrit bien qu'ayant été constatée par écrit, si du moins cette constatation est l'œuvre exclusive des particuliers.

(2) *Nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis* (32, § 1, Dig., *De legib.*, I, 3, Julian.). *Adde* : Cicéron, *De invent.*, II, 22 : *Consuetudinis autem jus esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit.*

(3) On retrouve un écho de ce sentiment dans le bref résumé de l'histoire du droit romain du jurisconsulte Pomponius : *Initio civitatis... populus sine lege certa sine jure certo primum agere instituit; exactis deinde regibus... iterumque cepit populus incerto magis jure et consuetudine ali quam per latam legem, idque prope viginti annis passus est* (2, § 1, 3, Dig., *De orig. jur.*, I, 2).

2° Avec la loi disparaissent tous ces inconvénients. On appelle loi, *lex*, dans le sens le plus large du mot, toute disposition obligatoire : la convention qui lie deux particuliers, *lex privata*, et même une des clauses de cette convention, aussi bien que la règle de droit proclamée par l'autorité publique et qui lie tous les citoyens, *lex publica* (4). Et c'est bien avec ce caractère d'engagement public, de promesse de tous envers tous, que la loi, posant une règle générale de droit, est envisagée dans les principes constitutionnels de l'ancienne Rome. Le magistrat, représentant l'État, la publie en projet, *promulgare legem*, et la propose ensuite au vote populaire, *rogare legem*. Si l'assemblée du peuple l'approuve, elle est obligatoire pour tous, et c'est à bon droit qu'elle est définie : *communis rei publicæ sponsio* (1, Dig., *De legib.*, I, 3, Papin). C'est précisément cet assentiment formel des citoyens qui est la raison d'être de l'autorité de la loi. D'autre part, la publicité dont est entourée sa proposition et sa votation, donne à chacun la possibilité de la connaître, rend facile sa constatation et permet à tous d'en réclamer le bénéfice. En même temps qu'elle échappe à l'incertitude, la règle de droit se solidifie pour ainsi dire. Avec les années elle passe à l'état de principe indiscuté. Sans doute, ce que la volonté populaire a fait peut être défait par elle. Mais on hésitera toujours, surtout chez un peuple aussi conservateur, à remettre en mouvement l'appareil législatif pour détruire, *abrogare*, ou modifier, *derogare*, *subrogare*, *abrogare*, ce qui a été une fois proclamé comme règle légale. C'est ainsi qu'on évite l'incessante mobilité qui caractérise le droit coutumier. Dans cette période, la loi est toujours l'œuvre des assemblées populaires. Aussi son mode de votation a-t-il suivi les vicissitudes de la constitution politique. C'est ainsi qu'on distingue deux formes de la loi, la *lex* proprement dite et le *plebiscitum*. La *lex* fut d'abord votée dans l'assemblée du *populus*, c'est-à-dire dans les comices par curies, *lex curiata*. Puis à mesure que s'effaçait la primitive division des citoyens en curies, la *lex curiata* fit place à la *lex centuriata*, ou loi votée dans les comices par centuries. Mais les lois centuriates devaient elles-mêmes être remplacées dans la pratique par le plébiscite. D'abord, œuvre de la *plebs* et ne liant que celle-ci, le plébiscite finit par acquérir un caractère obligatoire pour tous les citoyens, en sorte qu'il usurpa la place de la *lex centuriata* et jusqu'à son nom. A la fin de la Ré-

(4) V. Bréal et Bailly, *Dictionn. étymol. latin*, v° *Lex*; Krueger, *Histoire des sources du droit romain* (trad. Brissaud), p. 4; Gaston May, *Grande Encyclopédie*, v° *Loi*.

publique, les expressions *lex* et *plebiscitum* sont désormais synonymes (5).

Lois des XII Tables. — Il serait sans intérêt de donner ici l'énumération des lois ou plébiscites concernant le droit privé pendant la période du *Jus civile*, puisque nous ne pouvons à cette place parler utilement de leur contenu (6). Toutefois, il est une loi qui, à raison de son antiquité et de l'influence qu'elle a exercée sur le développement ultérieur du droit, mérite une mention particulière. C'est la loi des XII Tables, la seule tentative de codification générale faite par les Romains avant Justinien. Rédigée par les soins de dix magistrats revêtus à cet effet d'un pouvoir exceptionnel, *Decemviri legibus scribendis*, elle fut adoptée en 303 et 304 (U. C.) dans les comices centuriates. Elle ne nous est pas parvenue dans son intégrité, mais les fragments qui en ont été conservés dans les écrits des jurisconsultes et des autres écrivains anciens permettent d'en apprécier le caractère et la tendance générale. La loi des XII Tables était avant tout un Code de droit privé. Elle contenait en outre certaines prescriptions de droit pénal, lequel à ce moment ne se sépare guère du droit privé, et de rares dispositions de droit religieux (7).

Les principes qu'elle proclame ne sont pas, comme l'ont prétendu certains historiens anciens, empruntés aux législations des pays de population grecque. Tout au plus l'idée de la codification est-elle due aux Grecs. Mais le fond n'est nullement hellénique. La loi porte au plus haut degré la marque de l'esprit romain, elle n'est que la codification des vieilles coutumes nationales. C'est ce qui a contribué pour une large part au succès de l'œuvre législative des Décemvirs. Les lois en effet ne doivent pas chercher à s'affranchir du passé. Il faut qu'elles gardent avec lui les plus solides attaches. Leur raison d'être et le fondement véritable de leur autorité n'est point en elles, mais en dehors d'elles, dans les mœurs et dans les

(5) G. 1, 3. V. aussi le jurisconsulte Capito cité par Gell., *Noct. Att.*, X, 20 : *lex est generale jussum populi aut plebis rogante magistratu*. Les questions traitées au texte appartiennent au droit public. On a dû se borner à les esquisser sommairement : V. Accarias, t. I, nos 10-15 ; Ortolan, *Histoire de la législation romaine*, t. I, nos 27, 66, 106, 149 ; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, pp. 23, 30, 33-37.

(6) Les *leges regiae*, ou prétendues lois votées pendant la période royale, ne sont en réalité que des dispositions de droit coutumier ayant trait aux sacrifices funèbres, *sacra*, et touchant par voie indirecte seulement au droit privé. V. Krueger, *Histoire des sources du droit romain* (trad. Brissaud), p. 6.

(7) On trouvera dans Girard, *Textes de droit romain*, pp. 9 et suiv., la restitution des fragments de la loi parvenus jusqu'à nous. Sur l'historique de la rédaction et le contenu de la loi, V. Girard, *Manuel élémentaire*, pp. 22-27.

besoins antérieurs de la nation, qu'elles ne font que traduire et constater.

Mais une autre cause devait assurer à la loi des XII Tables la faveur populaire. Elle mettait un terme à l'arbitraire des magistrats patriciens, aux injustices que facilitait l'absence d'une loi écrite, à l'inégalité civile des deux ordres de citoyens. A un droit coutumier, incertain, inconnu du vulgaire, inégal entre les patriciens et les plébéiens, elle substitua un code connu de tous, assurant à tous sur presque tous les points des droits égaux. Aussi a-t-elle été l'une des victoires les plus éclatantes de la plèbe dans sa lutte contre le patriciat. Désormais, la loi des XII Tables fut considérée par les Romains comme la somme de tout le droit national, *corpus omnis romani juris*, comme la source de tous les préceptes juridiques, *fons omnis publici privatique juris* (Liv. III, 34). Malgré les progrès que réaliseront les siècles qui vont suivre, la loi décevriale demeurera debout. C'est la *lex* par excellence, jamais elle ne sera formellement abrogée (8).

8. — Droit coutumier de formation secondaire : Interpretatio ou Responsa prudentium, Édits des magistrats. — La fixation, dans une loi, des coutumes nationales devait donner lieu à Rome à un phénomène qu'on retrouve dans l'histoire de toutes les législations. La codification n'est qu'une halte dans la marche progressive d'un droit. Elle consolide ce qui est dû au passé. Elle n'a point de prises sur l'avenir (1). Parce qu'il a été codifié, le droit ne demeure pas pour cela stationnaire ; il continue à se développer, à exprimer les besoins toujours changeants de la société. Loin de s'astreindre servilement au texte écrit de la loi, il le complète, en étend la portée à des cas nouveaux, en tempère l'application. Mais ces modifications ne sont plus l'œuvre du législateur, elles émanent des hommes de pratique et passant dans l'usage constant, elles donnent naissance à un droit coutumier nouveau, bien distinct du droit coutumier antérieur. Celui-ci s'était développé spontanément, sous la poussée des circonstances, mais un peu au hasard. Les formations

(8) Accarias, t. I, n° 26 ; Ortolan, t. I, nos 109-139 ; Muirhead, *Introd. histor. au droit privé de Rome* (trad. Bourcart), sect. 18, 21, 22, 23, 24 ; Sumner Maine, *L'ancien droit*, trad. Courcelle-Seneuil, pp. 13-20 ; Mommsen, *Histoire romaine* (trad. Alexandre), Liv. II, ch. II ; Cuq, *Les instit. jurid. des Romains, L'ancien droit*, pp. 9 et suiv., 123 et suiv. ; Krueger, *Histoire des sources du droit romain* (trad. Brissaud, § 2, pp. 10-19 ; Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. II, pp. 61 et suiv.

8. — (1) V. Glasson, *Grande Encyclopédie*, v° Codification ; Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, pp. 19-23, 97-100.

juridiques nouvelles seront désormais plus disciplinées, car elles ont leur point d'appui dans une loi écrite qu'elles transforment en l'appliquant. Les sources d'où dérive ce droit coutumier sont en droit romain : l'*interpretatio* ou *responsa prudentium*, et les édits des magistrats (2).

9. — *Interpretatio* ou *responsa prudentium* (1). — La loi proclame des principes généraux, elle en déduit les conséquences immédiates. Mais elle ne peut ni tout prévoir, ni tout réglementer. Des cas particuliers surgissent bientôt auxquels le législateur n'avait pas songé. Pourvoir à ces situations nouvelles, tel est l'office de l'interprète, *interpres*. Celui-ci, son nom même l'indique, sert d'intermédiaire entre le droit immuablement figé dans les formules légales et les nécessités changeantes de la pratique (2). De ce travail d'adaptation du droit aux faits finissent par se dégager certaines règles nouvelles qui, sans faire corps avec la loi, en sont le complément nécessaire. Cette œuvre d'accommodation s'appelle l'interprétation. Elle prend place dans le droit à côté de la loi. Mais ses résultats n'ont pas été formellement approuvés par le pouvoir législatif. L'usage seul leur donne l'autorité de préceptes légaux : ce sont des règles de droit coutumier.

Ce phénomène, suite inévitable de l'apparition d'une loi, s'est produit à Rome dès le temps des XII Tables. Un droit coutumier né de l'*interpretatio*, vint compléter l'œuvre législative des décemvirs. Bientôt son importance grandit, il se superpose à la loi dont il est issu, il tend même à la supplanter (3). D'où vient ce rôle prépondérant, joué par l'*interpretatio*, cette autorité singulière que les siècles suivants ne feront que confirmer et accroître ? Les causes doivent en être cherchées non dans les mérites intrinsèques de ce droit coutumier nouveau, mais dans la situation éminente qu'occupaient dans l'État romain ceux qui en furent les auteurs.

(2) Le rôle joué par l'*interpretatio* et les édits est parfaitement mis en relief dans un texte d'Ulpien : *Quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cœtera quæ tendunt ad eandem utilitatem vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri* (13. Dig., *De legib.*, I, 3).

9. — (1) Ortolan, t. I, nos 233-239; Accarias, t. I, nos 21, 22; Ihering, *Esprit du droit romain*, II, § 31; III, § 49; Cuq, dans *Darembert et Saglio, Dict. des antiq. grecques et rom.*, v° *Jurisconsulti*; Gaston May, *Grande Encyclopédie*, v° *Responsa prudentium*.

(2) Au sens propre du mot, *interpres* signifie intermédiaire, courtier. Bréal et Bailly, *Dictionnaire étymologique latin*, v° *Interpres*.

(3) Le droit né de l'*interpretatio* est appelé (V. n° 9, note 9) *jus civile*. Le jurisconsulte Pomponius montre bien qu'il a sa source première dans la loi : *leges XII Tabularum, ex his fluere cœpit jus civile* (2. § 6, Dig., *De orig. jur.*, I, 2).

Dans les débuts, en effet, les Pontifes furent les seuls interprètes du droit. Le domaine respectif du *fas* et du *jus* n'était pas encore nettement délimité. Le droit religieux et le droit profane, bien que distincts en théorie, avaient encore des points de contact. L'organisation de la famille antique reposant sur le culte des ancêtres divinisés, la distinction des choses du domaine divin d'avec les choses du domaine humain, le règlement de la marche des procès civils appelaient l'intervention constante des pontifes. La codification décemvirale n'avait pu régler toutes ces questions. Il avait fallu la compléter par un ensemble de prescriptions minutieusement élaborées dans le collège pontifical et dont il était le seul dépositaire, l'unique dispensateur⁽⁴⁾. Savoir le droit, connaître la loi et la coutume civile, surtout l'art de l'appliquer, être *juris prudens*, *juris peritus*, tel est l'office du pontife⁽⁵⁾. Mais cette science, les pontifes la tinrent longtemps secrète. Le droit théorique sans doute était connu de tous, puisqu'il était rendu public. Mais sa mise en pratique était, comme les rites religieux eux-mêmes, ignorée du vulgaire, accessible aux seuls initiés⁽⁶⁾. Pour les pontifes et les patriciens instruits à leur école, elle était un merveilleux instrument de domination. Car, chez un peuple aussi fermement attaché à la règle, rien ne peut égaler l'influence de ceux qui savent comment on l'applique.

Mais le droit ne devait pas tarder à dépouiller son allure mystérieuse. La divulgation des jours *fasti* et *nefasti*, c'est-à-dire des jours où l'on pouvait ou non agir en justice, la révélation des formules à prononcer devant le magistrat pour intenter une action, l'admission des plébéiens au pontificat, la publicité qu'ils donnèrent à l'enseignement du droit furent cause de cette transformation. La connaissance des principes juridiques et l'art de les appliquer, *jurisprudentia*, cessèrent d'être le privilège exclusif du collège

(4) Bouché-Leclercq, *Les pontifes de l'ancienne Rome*, pp. 201 et suiv.; Muirhead, *op. cit.*, p. 285; Krueger, *Histoire des sources du droit romain* (trad. Brissaud), § 4, pp. 36 et suiv.

(5) A la fin de notre période, Cicéron dira encore : *pontificem bonum neminem esse, nisi qui jus civile cognoscet. De legib.*, II, 19. Plus tard, Ulpien se souvient de l'alliance intime du droit et de la religion. Pour lui, le juriste exerce une sorte de sacerdoce : *jus est ars boni et æqui : cujus merito quis nos sacerdotes appellet* (1 pr., § 1. Dig., *De just. et jur.*, I, 1), et il définit la jurisprudence : *rerum divinarum atque humanarum notitia* (10, § 2. Dig., *De just. et jur.*, I, 1). Deux des plus célèbres juristes de la période du *jus civile* ont été grands pontifes : P. Mucius Sœvola et son fils Q. Mucius Sœvola.

(6) *Jus civile repositum in penetralibus pontificum* (Liv. IX, 46), *Jus civile per multa sæcula inter sacra ceremoniasque deorum immortalium abditum, solisque pontificibus notum* (Valère Maxime, *Hist.*, II, 5, 2). *Adde* : 2, § 6, 7. Dig., *De orig. jur.*, I, 2, Pomp.

pontifical. Les juristes laïques prennent sa place, succèdent à son influence. Mais la science qu'ils vont fonder, ouverte désormais à tous, de plus en plus libre dans ses recherches, a toujours conservé des qualités de finesse, d'analyse subtile et de souplesse, qui rappellent ses origines sacerdotales.

L'autorité des jurisconsultes laïques ne fut pas moindre que celle des pontifes. Elle est due aux mêmes causes. Pas plus que le pontife, le juriste n'était un praticien vulgaire. Il se tenait en dehors des intérêts particuliers qu'il acceptait de concilier, au-dessus des conflits privés dont il conseillait et réglait la marche. Il ne se faisait payer qu'en honneur et en considération. Le Romain d'ailleurs, scrupuleux observateur de la légalité, respectueux de la règle jusqu'à la superstition, ne pouvait se passer de ses lumières. Il le consultait pour tous les actes importants, même sur des affaires étrangères à son art. L'importance du jurisconsulte est l'une des particularités les plus notables de la vie romaine. De lui on peut dire, sans exagérer, qu'il est l'oracle de la cité, *totius oraculum civitatis* (Cic., *De orat.*, I, 45). Son intervention est réclamée si souvent et se produit sous des modes si différents que des termes spéciaux sont nécessaires pour exprimer la variété de son office. Il répondait, *respondere*, aux consultations, *consulere*, des particuliers, des juges privés, des magistrats eux-mêmes. Il dressait le formulaire des contrats et de tous les actes qui exigeaient pour leur perfection l'emploi de paroles solennelles, *cavere*. Il assistait les plaideurs en justice et leur traçait la marche à suivre dans le dédale resté mystérieux des procédures sacramentelles, *agere*. Il écrivait pour les particuliers ou ses disciples des recueils de formules ou de réponses, *scribere*, qui prennent le nom de *libri, commentarii juris civilis* (7).

Appelés en des circonstances si diverses à appliquer le droit existant, les jurisconsultes ne restèrent pas servilement attachés à la loi et aux antiques coutumes. Ils comprirent leur mission d'interprètes (8). Tantôt déterminés par des raisons logiquement déduites de principes reconnus, *ratio juris*, tantôt s'inspirant de considérations d'utilité pratique, *utilitas*, ou bien encore guidés par des vues d'équité, *æquitas*, ils surent adapter le droit aux réalités et dégager

(7) V. Cicéron, *De orat.*, I, 48; *Pro Mur.*, 9. Si le nom et la réputation des grands juristes de cette période sont venus jusqu'à nous, il n'en est pas de même de leurs ouvrages dont il ne subsiste que des débris insignifiants. Pour des détails sur ces jurisconsultes et d'autres moins notables, V. Krueger, *Histoire des sources du droit romain* (trad. Brissaud), §§ 8 et 9.

(8) V. dans Gény, *Méthode d'interprétation et sources*, pp. 183, 220-276, un exposé de la philosophie de l'interprétation juridique.

de ses préceptes abstraits la plénitude de vie qu'ils contiennent. Ainsi ils poursuivirent sans relâche cette œuvre d'amélioration lente qui, sans rien détruire des institutions du passé, sut les plier aux nécessités du présent. Ils créèrent de la sorte un droit nouveau, le droit des prudents, dont l'autorité égale à celle de la loi est fondée comme celle de la coutume, sur l'approbation qu'on lui donne en l'appliquant journellement⁽⁹⁾. Et, parce que ce droit trouve le plus souvent son expression dans les réponses aux consultations, *responsa*, il fut désigné par la suite sous le nom de *responsa prudentium* (G. I, 2).

Mais, si les interprètes ont fait progresser le droit dans le sens de l'application, ils n'ont pas su tout d'un coup l'élever à la hauteur d'une science. Longtemps ils s'absorbèrent dans le caractère pratique et concret de leur rôle. En vrais Romains, préoccupés des applications, ils restaient dédaigneux des théories. Ils se bornent à être des casuistes, collectionneurs de formules, de *responsa*, de décisions d'espèces. Toutefois, vers la fin de la République, apparaissent les premiers essais d'élaboration systématique du droit⁽¹⁰⁾. Une fois commencé ce mouvement ne s'arrête plus. On cherche à dégager des solutions particulières la règle générale qui les domine et les explique. Ces règles une fois posées et groupées selon leurs affinités constituent les institutions juridiques (V. n° 5). Celles-ci à leur tour sont définies, pourvues de noms techniques, distribuées en catégories, classées dans un ordre méthodique⁽¹¹⁾. Une science nouvelle est née; elle a ses méthodes, elle est sûre de ses résultats. Ce sera l'honneur des Romains d'en avoir posé les indestructibles fondements.

10. — Édits des magistrats. Édit du préteur. Jus honora-

(9) Le droit résultant de l'*interpretatio* est appelé *jus civile* : *hoc jus quod sine scripto venit, compositum a prudentibus... communi nomine appellatur jus civile* (2, § 5, Dig., *De orig. jur.*, I, 2, Pomp.). La *jurisperitorum auctoritas* est signalée comme l'une des sources du *jus civile* par Cicéron, *Top.* 5.

(10) Quintus Mucius Scœvola et Servius Sulpicius sont les deux principaux promoteurs de ce mouvement scientifique. Le premier s'est attaché à formuler des définitions et à distribuer les matières du *Jus civile* en groupements méthodiques, *jus civile generatim redigere* (2, § 41, Dig., *De orig. jur.*, I, 2, Pomp.). Le second sut allier l'étude de la philosophie et de la rhétorique à celle du droit, et il dut à l'emploi de la dialectique sa supériorité sur tous les juristes de son temps (Cicéron, *Brut.* 41 *in fine* et 42). V. Krueger, *Histoire des sources du droit romain* (trad. Brissaud), § 9.

(11) Déjà Cicéron prédit l'avènement de la science du droit. En quelques traits rapides (*De orat.*, I, 42), il trace le programme qu'elle devra remplir, indique les questions qu'elle devra résoudre. Il paraît avoir mis lui-même ce projet à exécution dans un ouvrage aujourd'hui perdu, intitulé : *De jure civili in artem redigendo* (Gell., *Noct. att.*, I, 22).

rium(¹). — En même temps que les jurisconsultes, les magistrats investis de la fonction judiciaire, *jurisdictio*, contribuèrent à la formation d'un droit coutumier nouveau. Ces magistrats étaient pour Rome, les deux préteurs et les édiles curules. Il n'y eut d'abord qu'un préteur, chargé de dire le droit entre citoyens, *prætor urbanus*. Un demi-siècle après, on en créa un second pour dire le droit entre citoyens et pérégrins ou entre pérégrins. C'est le *prætor peregrinus*. Les édiles curules, chargés de la police des marchés étaient investis de la *jurisdictio* relative aux contestations qu'y pouvaient faire naître les ventes d'esclaves et d'animaux. Dans les provinces, le magistrat gouverneur (propréteur, proconsul), exerçait la *jurisdictio* comme dépendance de son pouvoir illimité de commandement, *imperium*. Son questeur avait les mêmes fonctions que les édiles curules à Rome. Le droit créé par ces divers magistrats provient de leurs Édits (G. I, 6). Il forme le *jus honorarium*, ou droit honoraire, ainsi nommé parce qu'il émane de ceux qui sont investis des magistratures, *honores*. Mais c'est l'Édit prétorien qui fut la source la plus abondante de ce droit nouveau, en sorte que les deux expressions droit honoraire et droit prétorien sont et seront souvent prises l'une pour l'autre.

L'édit, *edictum*, était une déclaration de principes, une sorte de profession de foi, publiée par tout magistrat romain, lors de son entrée en charge. Il y annonçait au public, les règles qu'il se proposait de suivre dans l'exercice de sa magistrature(²). Cet édit était plus particulièrement nécessaire au cas où le magistrat était investi de la fonction de dire le droit, *jus dicere, juris dictio*(³). Car alors, les pouvoirs de ce magistrat d'abord assez limités et assez simples ne tardèrent pas à devenir plus étendus et plus complexes. Sa mission essentielle consistait en effet à présider à la marche du procès civil. Or, pendant toute la durée du système primitif de procédure (système des *legis actiones*), ce rôle fut assez effacé. Le magistrat en effet, préteur ou tout autre, n'était pas comme le juge moderne chargé de suivre l'évolution du débat du commen-

10. — (1) Ortolan, t. I, n° 290; Accarias, t. I, nos 19, 20; Muirhead, *Introd. au droit privé de Rome* (trad. Bourcart), sect. 48, pp. 322 et s.; Cuq, *Les instit. jur. des Romains*, p. 476; Krueger, *Histoire des sources du droit romain* (trad. Brisaud), § 5; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, pp. 37-41; Gaston May, *Grande Encyclopédie*, v° *Préteur*; Sohm, *Institutionen*, §§ 15, 16.

(2) *Edictum* vient de *Edicere*, composé de *Dicere*, terme solennel de la langue du droit primitif et qui ayant pour signification : montrer, indiquer, se retrouve dans les mots suivants : *Addicere, Edicere, Interdicere, Jurisdictio (jus dicere)*. V. Bréal et Bailly, *Dictionnaire étymologique latin*, v° *Dico*.

(3) V. Cuq, *Darembert et Saglio, Dictionnaire des antiq. grecques et rom.*, v° *Jurisdictio*.

cement jusqu'à la fin et de trancher le différend par un jugement. Le procès civil se décomposait en deux phases : le *jus* et le *judicium* et la fonction judiciaire était répartie entre deux personnes : le magistrat et le juge. Le magistrat n'assistait qu'à la première phase, *jus*, où sa présence donnait à la poursuite du droit un caractère licite. Mais il n'y prenait pas une part directe et active. Sous sa surveillance, les parties elles-mêmes précisaient en forme solennelle leurs prétentions contradictoires. Là, son rôle prenait fin. Il n'avait pas à juger lui-même. Il renvoyait l'affaire devant un juge. La procédure entraît alors dans une phase nouvelle, le *judicium*. Le juge n'était qu'un simple particulier, *judex privatus*. Il donnait son avis, *sententia*, sur le bien-fondé de la prétention et mettait ainsi fin au débat judiciaire (V. n° 267).

On voit par là combien était nulle l'influence que pouvait exercer le magistrat sur la solution du procès et sur la formation d'un droit nouveau dérivant des précédents judiciaires (4). Cette influence n'avait pas même l'occasion de s'exercer au début de l'instance, lorsque les parties affirmaient au moyen de formules orales solennelles leurs prétentions rivales. Il fallait que ces formules fussent conformes aux lois dont elles reproduisaient les termes (V. n° 271). Le magistrat n'était donc pas libre de modifier celles qui existaient ou d'en créer de nouvelles. Gardien du *jus civile*, il assistait à son application, mais sans la pouvoir diriger dans des voies nouvelles (5). Déjà, pourtant, il semble avoir eu des pouvoirs de police réglementaire qu'il tenait de son *imperium*. Il n'était lié alors par aucune règle et pouvait ainsi offrir aux particuliers des moyens de droit destinés à donner satisfaction à des intérêts auxquels le *jus civile* n'avait pas pourvu. Tels furent les envois en possession, *missio in possessionem*, les stipulations prétoriennes, les interdits. Ces innovations trouvaient place dans l'édit (6). Le droit nouveau comblait ainsi des lacunes du *jus civile*. Il était fait, comme on l'a dit plus tard, *supplendi juris civilis gratia*.

L'introduction et la généralisation d'un nouveau mode de pro-

(4) Les précédents judiciaires n'ont jamais figuré à Rome au nombre des sources de droit. En effet la sentence du juge n'était pas motivée, et le juge changeait pour chaque affaire. Il ne pouvait y avoir ni unité de vues ni continuité de doctrine. C'est ainsi qu'aujourd'hui les verdicts des jurys criminels ne peuvent fonder une jurisprudence.

(5) C'est sans doute en se plaçant à ce point de vue qui est celui du droit constitutionnel ancien que Cicéron voit dans le magistrat le *custos juris civilis*, la loi parlante, *legem esse loquentem* (*De legib.*, III, 1, 3).

(6) En cas d'envoi en possession, le magistrat disait : *in bona ejus iri jubebo, bona possideri vendique jubebo*; quand il émettait un interdit : *exhibeas, restituas, vim fieri veto*; pour forcer l'adversaire à faire une promesse : *promitti jubebo* (V. nos 284, 290, 304, 305).

céder devant le magistrat, la procédure par formules, lui permit d'intervenir plus activement dans la direction du procès et par contre-coup lui fournit l'occasion de créer dans une plus large mesure du droit nouveau. C'est à la loi *Æbutia* (entre 605 et 628 U. C.) qu'est dû ce changement. Elle déclarait en effet la procédure par la formule écrite applicable aux litiges entre citoyens. Il semble bien qu'elle donnait aussi le droit de choisir, sous la surveillance du magistrat, entre l'ancien mode de procéder par formule orale (*legis actio*) et le nouveau. Celui-ci consistait à réclamer au magistrat une instruction écrite, *formula*, destinée à guider le juge privé et à lui tracer en termes impératifs sa mission (V. n° 276). Désormais, le magistrat fut plus qu'un témoin impassible de la lutte judiciaire. Il en devint le régulateur. Il fut le maître de l'action.

Il pouvait en effet refuser de laisser procéder à la *legis actio* ou de délivrer la formule. Par là il empêchait des prétentions de se produire, alors même qu'elles étaient conformes au droit civil existant. Et d'autre part, il lui était loisible de délivrer une formule écrite là où le droit civil laissait les parties dénuées de tout recours, ou aussi de modifier les formules correspondant à des droits déjà reconnus par le droit civil, pour les rendre applicables par extension à des droits analogues non encore admis. Enfin, ayant la faculté de refuser l'action fondée sur le droit civil, il put, à plus forte raison, l'accorder tout en la paralysant éventuellement par l'octroi d'une exception (V. nos 277, 278, 281, 295). C'était là autant d'innovations. Les unes complétaient le *jus civile* en comblant ses lacunes. Les autres le réformaient en corrigeant ses rigueurs. Et ce fut encore du droit nouveau que créa l'édit lorsqu'il étendit le bénéfice de ses innovations à ceux qui trouvaient déjà dans le *jus civile* des moyens suffisants de défendre leurs droits. Ici, l'octroi des voies de droit honoraires (formules d'action, exception, etc.) faisait produire au *jus civile* la plénitude de ses effets pratiques. Le préteur lui venait en aide (*adjuvare*) en le confirmant (7).

Toutes ces créations nouvelles trouvaient place dans l'édit à côté des voies de droit se rattachant au pouvoir réglementaire de police lesquelles comprirent aussi les divers cas de *restitutiones in integrum* (8). C'est ainsi que l'édit est une source de droit nou-

(7) L'*interpretatio* des juristes, elle aussi, vient en aide au *jus civile* (64, § 1, Dig., *De condit.*, XXXV, 1. Ter. Clem.). Mais ses résultats, véritables dérivés du *jus civile*, font corps avec lui (V. n° 9, note 9). Au contraire, même lorsque l'édit est fait *adjuvandi juris civilis gratia*, ses prescriptions font partie du *jus honorarium* parce que c'est par les procédés honoraires que les plaideurs peuvent en réclamer l'application.

(8) Elles y figurent sous la forme de clauses édictales (édits au sens strict du mot). Lorsqu'il s'agit d'actions déjà admises par le *jus civile* (actions dites civiles), il n'y a pas

veau. Lorsque tout ce développement fut arrivé à son terme, ce droit des édits, *jus honorarium*, forma un corps intégral et cohérent de règles procédurales ayant pour triple fonction d'aider ou confirmer, de compléter, de corriger le droit civil (7, § 4. Dig. *De just. et jur.* I, 4. Papin.)⁽⁹⁾.

Ce droit nouveau fait partie du droit coutumier. Le magistrat, en effet, quand il créait une voie de droit nouvelle ou quand il contre-carrait l'effet des anciennes s'inspirait avant tout des exigences de l'opinion. Son édit n'avait d'autorité que parce qu'il était dicté par les besoins de la pratique et par le sentiment de l'utilité générale. Comme la coutume, il tirait toute sa force de l'assentiment tacite des citoyens⁽¹⁰⁾. Comme elle d'ailleurs il suit et reproduit les transformations de la vie juridique. Le magistrat, en effet, se considérait comme lié par ses propres déclarations et les laissait subsister sans changement durant l'année qu'il restait en charge⁽¹¹⁾. Mais l'année expirée, le nouveau préteur publiait à son tour son édit et n'était pas tenu en principe de maintenir celui de son prédécesseur. En fait pourtant, il fut amené à reprendre en son nom les dispositions des précédents édits du moment qu'elles lui paraissaient justes et destinées à répondre à des besoins permanents. Il y eut donc des clauses édictales qui, transmises d'un magistrat à l'autre, finirent par constituer un fond commun traditionnel, *Edictum tralatitium*, représentant ce qu'il y avait de permanent et de stable dans les besoins du commerce, expression toujours exacte du sentiment juridique populaire. Mais le droit honoraire avait sur la coutume l'avantage d'être connu de tous, puisque l'édit est précisément fait pour le rendre public. Les intéressés pouvaient dès lors avoir raison du mauvais vouloir d'un magistrat partial qui

de clause édictale, le magistrat n'ayant pas à promettre ce qu'accorde déjà le droit civil. A ces clauses édictales on adjoignit les modèles des formules, *formulae*, qui pouvaient être demandées au magistrat, et qui étaient la mise en pratique des divers moyens (envois en possession, interdicts, restitutions *in integrum*, actions) mis par lui à la disposition des parties. Le tout : édits et formules, compose l'Édit au sens large, et était affiché auprès du tribunal sur une table de bois blanc : *album*.

(9) L'évolution du droit honoraire ne s'est pas faite pour toutes les institutions dans l'ordre indiqué par Papinien. Souvent, le magistrat a commencé par compléter le *jus civile* ou le corriger avant de songer à le confirmer par l'octroi des voies de droit de son invention.

(10) Parlant du droit coutumier, Cicéron y fait entrer le droit proclamé par l'édit prétorien : *quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quæ prætores edicere consueverunt* (*De invent.*, II, 22).

(11) C'est en ce sens que l'édit est appelé *perpetuum*. Cicéron le qualifie *lex annua* (Cicéron, *In Verr.*, II, I, 42). A l'*edictum perpetuum* on opposait l'*edictum repentinum*, rendu à l'improviste au cours de la préture, pour un cas non prévu (Cicéron, *In Verr.*, II, III, 14).

refusait d'appliquer une règle de l'édit qu'il avait publié⁽¹²⁾. Le droit des édits tient donc le milieu entre le droit immuable, œuvre de la loi et le droit de la coutume, incertain et flottant. Plus souple que le premier, il est plus assis que le second.

Ce n'est pas du premier coup que le *jus honorarium* est arrivé à former ainsi un système de droit distinct du *jus civile*, c'est-à-dire du droit dérivant de la coutume, de la loi, de l'*interpretatio*. Les premiers magistrats qui introduisirent des dispositions novatrices ne croyaient certes pas travailler à une œuvre distincte du *jus civile*. Soucieux seulement de trouver la solution pratique d'un cas particulier, ils ne songeaient pas à édifier une doctrine d'ensemble, mais à parer aux nécessités du moment. Ils spécifiaient avec précision les conditions auxquelles ils accordaient dans ce cas la voie de droit (action, exception, interdit, stipulation, etc.) mise à la disposition des intéressés. A ce cas venait plus tard s'en ajouter un autre, analogue, comportant l'emploi des mêmes moyens de procédure. L'édit s'enrichissait ainsi peu à peu de prescriptions nouvelles. Il se transformait en un véritable corps de droit. Cette évolution est presque terminée à la fin de la République. L'édit, surtout l'édit prétorien, est devenu l'agent normal de l'adaptation du droit aux faits. Organe d'application pratique du *jus civile* il assure, double, complète et tempère son action. Il est, selon l'heureuse expression du jurisconsulte Marcien, le verbe vivant du droit civil, *viva vox juris civilis* (8. Dig., *De just. et jur.*, I, 1). Dans le domaine scientifique il a supplanté les XII Tables, de moins en moins étudiées, peu à peu vouées à l'oubli⁽¹³⁾. Sa fonction sociale n'a pas été moindre. Il a servi de véhicule aux idées nouvelles. Préoccupé de faire prévaloir les intentions sur le fait, la volonté sur la forme, il a vivifié le vieux droit des Quirites étroit et rigoureux, en faisant passer sur lui un souffle d'humaine équité.

Il faut noter pourtant que cette œuvre d'amélioration progressive avait commencé bien avant peut-être que les préteurs n'eussent songé à l'entreprendre. Des usages et des idées propres à la société romaine s'était dégagé un ensemble de principes qui, restés en dehors du *jus* et du *fas* et désignés sous le nom d'*officia, boni mores*, restreignaient l'usage abusif du droit ou suppléaient à son

(12) Le magistrat s'exposait en ce cas à l'*intercessio* de son collègue. Une loi *Cornelia* citée par Ascon, *ad Cicer. Pro Corn.* décida que les préteurs devaient s'en tenir à ce qu'ils avaient édicté : *ut... ex edictis suis perpetuis judicarent*.

(13) Cicéron le constate : *non ergo a prætoris edicto ut plerique nunc, neque a XII Tabulis, ut superiores,..... hauriendam juris disciplinam* (*De legib.*, I, 5).

insuffisance. A vrai dire, ces prescriptions étaient du domaine de la morale, dont le champ d'action fut toujours considéré comme plus large que celui du droit⁽¹⁴⁾. Mais plus la notion originaire du droit fut étroite, plus le nombre de ces prescriptions fut grand. Telle d'entre elles, le respect de la *fides* par exemple, n'était pas encore passée au rang de précepte juridique positif (V. nos 119; 130, 260). L'éternel contraste entre le droit et les mœurs, entre l'abstraite théorie et la réalité qui la déforme ou la défait apparaît donc plus frappant ici qu'ailleurs. On n'aurait, si on l'omettait, qu'une vue imparfaite des institutions et de leur fonctionnement.

Systeme du Jus gentium.

11. — Origines et développements du système du jus gentium.

— Le système du *Jus civile* ne pouvait convenir qu'à une cité au territoire restreint. Il devait bientôt cesser d'être en harmonie avec les besoins d'un grand État accru sans cesse par la conquête. Le *jus civile* était donc destiné à se modifier, et les transformations dont il fut l'objet proviennent de deux causes essentielles : les révolutions intérieures dont Rome fut le théâtre, et les relations de plus en plus intimes que la conquête établit entre le peuple romain et les nations étrangères.

Tout d'abord, le vieux droit national ne pouvait manquer de se transformer sous l'influence des événements politiques qui amenaient la décadence de l'aristocratie et le triomphe d'hommes nouveaux sortis de la plèbe ou même de la servitude. Le culte des ancêtres, la constitution ancienne de la famille, les traditions domestiques, le respect des *boni mores*, allaient en s'affaiblissant de jour en jour. Cette disparition des mœurs anciennes nécessita l'intervention du législateur dans un domaine jusque-là soustrait à son action. La décadence de la moralité amène toujours ce résultat. La contrainte légale devient nécessaire là où la contrainte morale suffisait autrefois. Il se produisit donc à ce moment un mouvement législatif, affectant les allures d'une rénovation sociale, et portant sur un grand nombre d'institutions juridiques⁽¹⁾. Mais ces change-

(14) V. Cic., *De off.*, I, 2. L'opposition entre le droit et la morale paraît très nettement dans ce texte de l'époque plus récente : *Quanto latius officiorum quam juris patet regula. Quam multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt, quæ omnia extra publicas tabulas sunt* (Sénèque, *De ira*, II, 27).

11. — (1) V. Gide, *Étude de la condition privée de la femme*, I, ch. v, pp. 123 et suiv.

ments, qui coïncident avec la fin de la République et les débuts de l'Empire, n'auraient pu à eux seuls donner au système du *Jus civile* une orientation nouvelle ni altérer d'une façon essentielle ses caractères.

Ce furent les influences extérieures qui agirent d'une façon plus efficace sur le pur droit romain. Déjà sous la république, Rome était entrée en contact avec des peuples dont la civilisation était plus vieille que la sienne. Or, ces diverses nations, notamment celles de race ou de culture hellénique, adonnées spécialement au commerce, pratiquaient depuis longtemps un droit privé plus simple, répondant mieux aux besoins du négoce. Les magistrats romains, gouverneurs dans les provinces, ou *prætores peregrini* à Rome, furent insensiblement amenés à connaître ce droit des nations étrangères, puisqu'il formait la règle qu'ils étaient appelés à appliquer aux particuliers. On s'accoutuma ainsi à opposer au droit formaliste, produit par des coutumes et des lois nationales, propre aux citoyens romains seuls, *Jus civile*, le droit sans formes, réservé aux affaires, pratiqué par toutes les nations étrangères civilisées, *Jus gentium* (G. I, 1) (2).

Ces institutions du *Jus gentium* qu'on retrouvait identiques chez tous les peuples, ne pouvaient être, semblait-il, que les fragments épars d'un droit primordial, *Jus naturale*, *Jus naturæ*, dicté à l'humanité par la nature, inspiratrice éternelle du bon et du juste. Les juristes romains qui, à la suite des philosophes grecs, admirèrent cette conception n'y virent qu'une notion de luxe et de parade (3). Peu enclins aux spéculations pures, ils se gardèrent bien d'abandonner le point de vue strictement national et de reléguer à l'arrière-plan leur droit propre pour édifier sur des bases peu sûres une législation qui convînt à l'humanité tout entière. En gens pratiques, ils comprirent le parti qu'on pouvait tirer du droit des étrangers pour l'amélioration de leur droit national. Ils lui empruntèrent certaines institutions. Mais la copie ne fut pas une reproduction servile du modèle, faite sans art et sans initiative. Ce fut une adaptation intel-

(2) V. sur cette conception d'abord assez étroite du *Jus gentium*, les développements qu'elle reçut par la suite et la façon dont elle a influé sur les institutions du droit privé : Krueger, *Histoire des sources* (trad. Brissaud), pp. 53-58, 164.

(3) Nombreux sont les passages où Cicéron se fait l'écho éloquent, le vulgarisateur convaincu de cette doctrine qui ne veut voir dans le droit particulier de chaque peuple qu'un décalque imparfait d'un droit antérieur nécessairement plus parfait (*De republ.*, III, 22 ; *De legib.*, II, 5 ; *De off.*, III, 17, *De invent.*, II, 22. 53). Le *jus naturale* serait donc le droit de l'homme en tant qu'être humain, le *Jus gentium* n'en serait que l'application partielle à l'homme en tant que membre d'une *civitas* quelconque, et le *jus civile*, droit de l'homme agrégé à une *civitas* déterminée, marquerait le dernier et le plus bas échelon de la gradation.

ligente des usages des *gentes* aux conditions nouvelles que les changements d'ordre moral et économique avaient faites à la vie romaine. Les Romains firent donc entrer ces institutions nouvelles dans les cadres rajeunis du droit national, mais en les romanisant, en les marquant de la forte empreinte du génie traditionnel de la race. Dès la fin de la première période on entre dans la voie des emprunts au *Jus gentium* et ce mouvement se continue en s'affirmant dans la seconde période. C'est à ce titre qu'elle mérite le nom de système du *Jus gentium*.

Cette invasion de principes nouveaux eût amené la perversion totale du droit, s'il n'eût été doué d'une force de résistance considérable. Le *Jus gentium* ne réussit donc pas à supplanter le *Jus civile*, il s'établit en face de lui, et le dualisme qu'offrait le *Jus civile* (sens étroit) en face du *Jus honorarium* (V. n° 10), reparaît ici, mais avec un caractère plus tranché. Car, tandis que le droit honoraire se donne pour mission avouée de procurer l'application pratique du droit, le *Jus gentium* se pose en rival du *Jus civile* (sens large) et tend franchement à le doubler sur tous les points essentiels. Aussi, les institutions les plus importantes, surtout celles qui ne touchent point à la constitution politique, et qui ont trait au régime des biens et aux conventions, offrent-elles le spectacle d'une double série de dispositions simultanément pratiquées, les unes se rattachant au *Jus civile*, les autres empruntées au *Jus gentium*.

Désormais l'histoire du droit romain fut celle de la lutte entre ces deux systèmes. Ce fut l'œuvre lente et ininterrompue de cinq siècles pendant lesquels se produisirent entre les deux droits rivaux des phénomènes de pénétration réciproque, qui devaient aboutir à une heureuse fusion. Au contact du *Jus gentium*, le *Jus civile* s'assouplit, se fait plus humain et se débarrasse de formes surannées et désormais vides de sens. Mais ses cadres rigoureusement définis restent intacts, et c'est encore sur ses solides assises que continue de reposer l'édifice des doctrines. D'autre part, les institutions du *Jus gentium* venant une à une s'incorporer dans l'organisme juridique romain, y prennent un caractère de solidité et de précision qui leur assure comme à toutes les œuvres romaines une durée indéfinie. C'est surtout avec les empereurs provinciaux, au second siècle avec les Antonins, au troisième avec les Sévères, que s'accroît et que s'achève ce travail. Alors apparaissent les grands jurisconsultes dont les travaux ont jeté sur cette époque un lustre incomparable et ont valu au droit de ce temps le nom de droit classique. Il représente en effet ce qu'il y a eu de plus parfait dans la production scientifique, et tandis que les autres

branches du savoir restent frappées de stérilité, le droit est encore en pleine sève et vigueur. Cependant dans ce droit, arrivé semblait-il à la perfection, apparaissent déjà les premiers symptômes d'une décadence qui devait aller en s'accroissant à partir du Bas-Empire. L'histoire du droit dans cette période doit donc être divisée en deux parties : l'une qui correspond aux temps du Haut-Empire et de l'âge classique, l'autre qui s'étend des débuts du Bas-Empire à Justinien.

Systeme du Jus gentium à l'époque du Haut-Empire.

12. — *Disparition et transformation des sources coutumières — Sénatusconsultes et Constitutions impériales.* — Un des caractères les plus notables de cette période est l'effacement de plus en plus marqué de la coutume devant les autres sources de droit (1). L'époque de l'éclosion spontanée du droit est désormais passée. La production due au droit coutumier plus discipliné et plus scientifique des prudents et des magistrats, après avoir donné encore quelques résultats, ne va pas être longtemps sans se tarir. Ces sources vont d'ailleurs changer de caractère. Toutes deux, à partir du principat d'Hadrien, perdront leur caractère coutumier (V. n° 13).

Quant aux sources non coutumières, lois et plébiscites, elles étaient destinées à disparaître avec la liberté politique dont elles étaient l'une des plus vivantes manifestations. Sous le principat d'Auguste on cite encore un certain nombre de *leges rogatæ*, produits derniers de l'activité législative des comices (2). Mais le rôle des assemblées populaires finit avec Tibère, et la *lex* va être remplacée par les sénatusconsultes et les constitutions impériales (3).

12. — (1) Sous Hadrien, Julien mentionne encore la double fonction de la coutume : suppléer la loi ou l'abroger par désuétude (32, § 1, Dig., *De legib.*, 1, 3). Constantin la déclare impropre à remplir cette seconde fonction (2, Cod. Just., *Quæ sit long. cons.*, VIII, 53).

(2) L'œuvre législative d'Auguste comprend trois catégories de lois ayant trait au droit privé : 1° Les lois, comme les lois *Julia de adulteriis*, *Julia de maritandis ordinibus* et *Pappia Poppæa*, destinées à assurer la moralité publique et encourager les mariages féconds. 2° Des lois dont le but était de remédier aux inconvénients résultant de la trop facile admission des affranchis au droit de cité. Telles les lois *Ælia Sentia*, *Fufia Caninia*. 3° Enfin des lois, *leges Julix judiciarix*, dont l'objet était de compléter la réforme commencée par la loi *Æbutia* introduisant la procédure formulaire.

(3) Sous Tibère et même sous Claude, on trouve encore de rares exemples de l'intervention des comices dans la votation des lois : Krueger, *Histoire des sources* (trad. Brissaud), p. 109. En tout cas, c'est à cette date que le sénatusconsulte commence à

Ces deux sources nouvelles ont contribué à former un *Jus civile* nouveau, que les textes appellent *jus novum* (1; 3. Dig., *De hered. pet.*, V, 3, Gaius), et qui s'écartant de la rigueur du *Jus civile* ancien, s'inspire des mêmes considérations que l'Edit prétorien devenu improductif et continue son œuvre bienfaisante (4).

1° *Sénatusconsultes*. — Le Sénat sous la République ne fut à aucun moment une assemblée législative. Simple gardien des intérêts généraux de l'Etat, il n'a ni pouvoir, ni action propre. Le pouvoir est partagé entre le peuple qui vote la loi et le magistrat qui rend des décrets. Le Sénat n'est qu'une sorte de conseil : conseil du peuple dont il ratifie les délibérations en les revêtant de *l'auctoritas patrum*, conseil du magistrat qui doit solliciter son avis, *sententia, consultum*, avant de prendre une mesure importante. De ces deux attributions, c'est la dernière seule qui est l'origine du pouvoir quasi-législatif du Sénat. C'est dans le *Senatus consultum* préparant et conseillant le décret que rendra ensuite le magistrat qu'il faut aller chercher l'origine première du *Senatus consultum* du Principat. Dans le dernier siècle de la République une transformation profonde s'opéra en effet dans les rapports réciproques du magistrat et du Sénat. Celui-ci devint en fait, sinon en droit, le dépositaire véritable du pouvoir et ses décisions, toujours simples conseils en apparence, sont en réalité des ordres que les magistrats ne peuvent s'abstenir de suivre (5). Mais ce pouvoir du Sénat ne paraît pas s'être manifesté dans le domaine du droit privé.

Ce fut le Principat qui dirigea de ce côté l'activité de l'assemblée sénatoriale. Le pouvoir du Sénat, loin de diminuer, dans la nouvelle organisation créée par Auguste, est confirmé et accru (6). A partir du moment où expire le rôle législatif des comices, dès l'époque de Tibère, apparaissent des sénatusconsultes, contenant des prescriptions de droit privé (7). Toutefois, le Sénat continue de s'ex-

usurper en fait, la place de la loi. Quant aux *leges datæ*, lois constitutives de provinces, de colonies romaines ou latines, elles sont des décisions du prince rendues par délégation spéciale du peuple. Telles les lois de Malaga et Salpensa. Girard, *Manuel élémentaire*, pp. 34, 50.

(4) V. Muirhead, *Introd. hist.* (trad. Bourcart), sect. 57, p. 391. C'est surtout dans le droit des successions que se manifeste le caractère du *jus novum* (V. nos 239, 260, 264).

(5) Consulter sur tous ces points, Mommsen et Marquardt, *Manuel*, t. VII (trad. Girard), pp. 221-223 et *passim*.

(6) Dans ce régime, appelé très justement Dyarchie, tous les pouvoirs publics sont partagés entre le Prince, magistrat extraordinaire, et le Sénat, représentant légal du peuple. V. Mommsen et Marquardt, *Manuel*, t. V, pp. 5 et suiv.

(7) Le sénatusconsulte relatif au quasi-usufruit paraît être le premier en date des sénatusconsultes de droit privé; on s'accorde à le placer sous Tibère (V. n° 110).

primer par voie consultative. Les termes dont il se sert, ne sont pas des injonctions aux magistrats, encore moins des ordres aux particuliers. A ceux-ci, le Sénat ne saurait s'adresser directement comme le fait la loi, qui seule peut commander ou défendre. Ce n'est qu'indirectement que le Sénat se met en contact avec les particuliers, par l'intermédiaire du magistrat, investi de la *jurisdictio*, auquel il adresse une invitation à agir dans les limites de son pouvoir et à prendre toutes les mesures destinées à donner efficacité à la décision de l'Assemblée (8). Ainsi se comprennent les doutes que souleva la question de savoir si le sénatusconsulte pouvait être envisagé comme une source nouvelle de droit privé, tenant lieu de la loi (G. I, 4). C'est qu'en effet, les formules vieilles dont il se servait ne correspondaient plus à la réalité. Il avait l'air de ne donner qu'un avis, quand déjà il parlait en maître (9).

Bientôt cependant se dessine plus franchement le pouvoir légiférant de l'assemblée sénatoriale. Tout déguisement est mis de côté. Les sénatusconsultes s'adressent directement aux particuliers; ils abandonnent des façons de parler surannées pour adopter la langue impérative des lois (10). C'est qu'en effet le Sénat se sent appuyé à la fois par son autorité propre et par celle du prince qui le sollicite d'intervenir, en lui faisant une proposition de résolution, *oratio principis*, sur laquelle il délibère et vote. Le nombre de ces *orationes* s'accroît à partir des Antonins, et comme le Sénat de plus en plus servile, ne fait qu'enregistrer la volonté du prince, c'est l'*oratio* qui est considérée comme la véritable source de droit, celle qui est citée et étudiée dans les commentaires (11). Le sénatusconsulte n'est désormais qu'une constitution impériale déguisée, dont la force législative n'est plus mise en question, puisqu'il se rat-

(8) Krueger, *Histoire des sources* (trad. Brissaud), p. 110; Girard, *Manuel élémentaire*, p. 54. C'est dans le sénatusconsulte Velléien, sous Claude, qu'apparaît le plus clairement ce caractère de la décision sénatoriale : *arbitrari senatum, recte atque ordine facturos ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam ut in ea re voluntas senatus servetur* (2, § 1. Dig., *Ad Sctum Vell.*, XVI, 1, Ulp.).

(9) Le langage technique des Romains, rebelle aux progrès les mieux assurés, ne suit pas l'évolution des institutions d'un pas égal. Affectation d'archaïsme dans les formes, tendance instinctive des Romains à respecter les vieux usages, tout a contribué à perpétuer ici des façons de parler en désaccord avec la vérité historique.

(10) C'est à partir d'Hadrien que le Sénat cesse de s'adresser aux magistrats pour parler directement aux citoyens. Cela coïncide avec la rédaction de l'édit perpétuel. Comme le préteur ne peut plus créer de droit nouveau, le Sénat ne peut plus l'inviter à en faire. Le changement de langage est surtout manifeste dans les deux sénatusconsultes Tertyllien et Orphitien, sous Antonin et Marc-Aurèle et Commode (1, § 9, 12. Dig. *Ad Sctum. Tertyll.*, XXXVIII, 17, Ulp.).

(11) V. Krueger, *Histoire des sources* (trad. Brissaud), pp. 112, 113; Girard, *Manuel élémentaire*, p. 55.

tache comme corollaire inévitable à une décision émanée du prince⁽¹²⁾. Après les Sévères le masque est tombé, il ne reste plus qu'une source de droit : la constitution impériale.

2° *Constitutions impériales* ⁽¹³⁾. — Pendant toute la durée du Haut-Empire, le prince, sans être revêtu de la puissance législative, qu'il n'aura que plus tard, contribue néanmoins à créer le droit par ses constitutions. On désigne ainsi des décisions qui portent suivant les cas des noms différents : *edicta*, *decreta*, *rescripta*, *mandata*, et dont l'autorité elle-même fut variable, jusqu'au jour où l'accroissement incessant du pouvoir du prince leur fit reconnaître une force obligatoire générale égale à celle de la loi. Magistrat supérieur, le prince peut publier des édits, *edicta*. Ces actes ont, comme les édits des préteurs, une force obligatoire générale. Mais leur autorité n'est point seulement annuelle, elle persiste pendant toute la vie du prince⁽¹⁴⁾. Juge des procès portés à son tribunal, le prince rend des jugements appelés *decreta*. En théorie, ils n'ont de force obligatoire qu'à l'égard des parties en cause. Mais en fait, ils tirent de l'autorité du prince une force spéciale. Ce sont autant de précédents, et les règles qui s'y trouvent proclamées passent facilement au rang de préceptes généraux⁽¹⁵⁾. Le prince est considéré aussi comme un jurisconsulte auquel on peut s'adresser en cas de difficulté. Particuliers ou magistrats le consultent sur des questions de droit. La réponse qu'il donne, *rescriptum*, équivaut en théorie au *responsum* d'un jurisconsulte privé. Mais la personnalité de l'auteur lui communique un caractère officiel, et le prince peut lui donner s'il le veut une portée générale au lieu de borner son effet au cas particulier en vue duquel il a été consulté⁽¹⁶⁾. En-

(12) Aussi n'y a-t-il plus d'hésitations à admettre le sénatusconsulte parmi les sources de droit, et à le considérer comme un succédané de la loi : *idque legis vicem obtinet* (G. I, 4); *non ambigitur Senatum jus facere posse* (9. Dig., *De legib.*, I, 3, Ulp.).

(13) Accarias, t. I, nos 16-18; Ortolan, t. I, n° 350; Muirhead, sect. 60, p. 398; Krueger, *Histoire des sources du droit romain* (trad. Brissaud), § 14.

(14) Les jurisconsultes citent plusieurs de ces Édits ayant trait au droit privé, par exemple ceux d'Auguste et de Claude sur les intercessions des femmes mariées en faveur de leurs maris (2, pr. Dig., *Ad Senat. Vell.*, XVI, 1, Ulp.).

(15) Fronton s'adressant à Marc-Aurèle fait très bien ressortir le caractère réglementaire que prennent les *decreta* : *tuis decretis imperator, exempla publice valitura in perpetuum sanciantur, tu ubi quid in singulos decernis, ibi universos exemplo astringis* (*ad Marc imp.*, I, 6).

(16) Les consultations demandées par les particuliers s'appellent *libelli*, *preces*, *supplicationes*, celles qu'adressent les magistrats, *relationes*, *consultationes*, *suggestiones*. Envoyée à un magistrat, la réponse est donnée sous forme de lettre séparée, *epistola*. Elle est simplement écrite au pied de la supplique, *subscriptio*, lorsqu'elle s'adresse à un particulier. On appelle *constitutio personalis* celle que le prince entend limiter au cas particulier dont il a été saisi (1, § 2. Dig., *De const. princip.*, I, 4, Ulp.).

fin, on nommait *mandata* les instructions adressées par le prince aux fonctionnaires de tout genre. Ce ne sont le plus souvent que des règlements d'administration. On y trouve cependant des règles de droit privé, notamment celles qui accordent des privilèges aux militaires (V. n° 264). Les *mandata* perdaient leur force à la mort du prince et devaient être confirmés par le successeur.

A l'époque des Antonins, au moment où l'autorité des décisions du Sénat est définitivement reconnue comme égale à celle de la loi, la même force quasi-légale est attribuée aux décisions des princes (G. I, 5). Plus tard, sous les Sévères, ce principe d'assimilation qui ne paraît pas avoir soulevé les mêmes difficultés que pour le sénatusconsulte, est proclamé par les juristes dans les termes les plus énergiques : *quod principi placuit legis habet vigorem* (1, pr., § 1. Dig., *De const. princip.*, I, 4, Ulp.). Les règles contenues dans les diverses décisions dues au prince forment un droit à part : *jus quod princeps constituit*, et ces décisions portent le nom de *constitutiones principum*, ou constitutions impériales.

13. — *Édits des magistrats, Édit perpétuel de Salvius Julianus; Responsa prudentium.* — 1° *Édits des magistrats* (1). — Dès les débuts du Haut-Empire, les préteurs, bien que conservant théoriquement leur *jus edicendi*, perdirent leur indépendance et bientôt leur initiative créatrice fut paralysée par les sénatusconsultes et les constitutions. Les préteurs se bornèrent à reproduire l'édit de leurs prédécesseurs, sans y introduire de dispositions nouvelles (2). Cette source de droit devint donc improductive, et le droit honoraire cessa d'être l'expression vivante et mobile du droit privé. Le moment était venu de donner une consécration officielle à des principes désormais certains qui avaient trouvé dans les édits successifs leur expression définitive. Telle fut l'œuvre dont Hadrien chargea le jurisconsulte Salvius Julianus. Celui-ci réunit en un seul

13. — (1) Accarias, t. I, n° 20; Ortolan, t. I, n° 286; Glasson, *Étude sur Gaius*, nouv. éd., pp. 258-314; Muirhead, *Introd. hist.* (trad. Bourcart), sect. 58; Krueger, *Histoire des sources du droit romain* (trad. Brissaud), § 13; Sohm, *Institutionen*, § 17.

(2) Les innovations prétoriennes datant de ce temps ne sont plus à vrai dire des créations directes et spontanées du préteur. Celui-ci n'intervient que sur l'invitation du Sénat, pour donner efficacité pratique au principe nouveau dont l'assemblée sénatoriale a voté l'admission. Telles sont les exceptions fondées sur les sénatusconsultes Macédonien, Velléien, Trébellien (V. nos 129, 226, 262) les *bonorum possessiones* données en vertu des sénatusconsultes (V. n° 239). De toutes ces créations on peut dire ce que Gaius dit de quelques-unes d'entre elles (les exceptions), c'est qu'elles tirent leur raison d'être, non du pouvoir propre du préteur, mais d'une autorité égale à celle de la loi : *ex his quæ legis vicem obtinent substantiam capiunt* (G. IV, 118).

corps les dispositions contenues dans les édits du préteur urbain, en y ajoutant les règles de l'édit des édiles curules. Ce travail de coordination fut soumis à l'approbation du Sénat⁽³⁾. On l'appela édit d'Hadrien, ou de Salvius Julianus, ou encore *Edictum perpetuum*, pour bien marquer qu'il n'était que le résumé et comme la consolidation des anciens édits annuels⁽⁴⁾. A dater de ce moment, les magistrats cessèrent de pouvoir introduire des règles de droit nouvelles, ils durent se borner à reproduire tel quel l'édit d'Hadrien⁽⁵⁾. Le droit honoraire se trouvait dès lors incommutablement fixé. L'édit cependant n'est pas devenu une loi, et l'opposition a persisté entre le *jus honorarium* et le *jus civile* (V. n° 10). Mais comme l'autorité de l'Édit vient, non plus du pouvoir propre du magistrat, mais de la décision sénatoriale qui a donné à ce règlement de procédure une force quasi-légale, on ne doit plus compter le *jus honorarium* parmi les sources coutumières du droit (V. n° 12)⁽⁶⁾.

2° *Responsa prudentium*⁽⁷⁾. — L'empire sut ici, comme ailleurs, ménager les transitions et transformer les usages anciens tout en ayant l'air de les respecter. Le droit de *respondere* avait été jusqu'alors absolument libre. Il demeura tel. Mais pour s'attacher les jurisconsultes restés fidèles au parti aristocratique et tenter d'assouplir les consciences indépendantes, Auguste imagina de conférer à certains le *jus publice respondendi*, droit de répondre aux consultants en vertu d'une sorte de délégation du prince, *ex auctoritate principis*. Il y a tout lieu de penser que les *responsa* étaient dans ce cas obligatoires pour le juge auquel les parties les

(3) Ce sénatusconsulte mentionné par Justinien dans deux constitutions du Code, const. *Tanta* et *Dedit* (2, § 18; 3, § 18, Cod. Just., *De vet. jur. enucl.*, I, 17), enjoignait vraisemblablement aux préteurs de conformer leur édit annuel au type désormais fixe élaboré par Julien et sanctionné par le Sénat. C'est sans doute le dernier exemple de sénatusconsulte procédant par voie d'instruction aux magistrats.

(4) Il est présumable que les édits du préteur pérégrin et des magistrats provinciaux furent l'objet d'un travail de ce genre tendant à en extraire les règles d'une application générale.

(5) Les constitutions dont parle la note 3 ci-dessus sont d'accord pour dire que s'il se présente un cas où l'Édit est muet, les magistrats devront essayer de combler cette lacune en employant les remèdes de droit existant, ou recourir à l'autorité impériale.

(6) Le texte intégral et cohérent du travail de Salvius Julianus n'est pas parvenu jusqu'à nous. Certains passages ont été conservés par les jurisconsultes qui ont commenté l'édit, et c'est en s'aidant de ces débris qu'on a pu se faire une idée à peu près exacte de l'œuvre de Salvius. V. pour la restitution du plan de l'Édit le travail d'Otto Lenel, *Das edictum perpetuum*; Glasson, *Étude sur Gaius*, pp. 271 et suiv., notamment 296-298; Girard, *Textes de droit romain*, p. 117; Sohm, *Institutionen*, loc. cit.

(7) Accarias, t. I, n° 23; Ortolan, t. I, nos 388-391; Glasson, *Étude sur Gaius*, pp. 84-119; Krueger, *Histoire des sources du droit romain* (trad. Brissaud), § 15; Girard, *Manuel élémentaire*, pp. 66, 67; Gaston May, *Grande Encyclopédie*, v° *Responsa prudentium*.

produisaient lors d'un procès (8). Les jurisconsultes auxquels manquait l'estampille officielle conservèrent le droit de *respondere*. Mais l'autorité de leurs consultations dut subir le contrecoup de l'innovation d'Auguste. On s'attacha à l'opinion de ceux à qui il avait été permis de répondre au nom du prince et de fonder le droit, *jura condere*. L'*interpretatio* venant d'eux tendait à avoir la même force que celle dont le prince dans ses rescrits était l'auteur direct. Elle tenait lieu de la loi : *legis vicem obtinet*. De là pour le juge un grave embarras, lorsque dans un procès on produisait devant lui des *responsa* d'opinion divergente émanant les uns et les autres de jurisconsultes patentés.

Un rescrit d'Hadrien trancha la question en décidant que les réponses tiendraient lieu de loi, si elles étaient unanimes sur le point en litige, mais qu'en cas de désaccord le juge garderait sa liberté d'appréciation (G. I, 7). A mesure qu'on s'avança vers le Bas-Empire cette autorité des jurisconsultes officiels s'accrut. Elle s'étendit à tous leurs écrits, *sententiæ et opinionones*, même doctrinaux, n'ayant pas la forme d'un *responsum* sollicité et obtenu en vue d'un procès donné (9). Et puisque désormais l'opinion des juristes officiels vaut à l'égal d'une loi, quand elle est unanime, elle cesse d'appartenir au droit coutumier.

14. — *Science du droit. Principaux jurisconsultes de cette période. Jurisconsultes classiques* (1). — Pendant que grandit l'autorité de leurs décisions, les jurisconsultes travaillent sans relâche à l'édification d'une doctrine scientifique. Ceux de la période précédente, simples praticiens, ne cherchaient que les solutions concrètes. Mais le mouvement ébauché dans les derniers temps de la République visait plus haut (V. n° 9). Il se continua avec plus d'ampleur sous les princes. La science acheva de se constituer. Ce résultat est dû à diverses causes. La technique des rhéteurs grecs devenue familière aux juristes romains fournissait à leur raisonnement l'appui solide de la dialectique. Elle accoutumait leur esprit à classer les résultats acquis, à remonter des effets aux causes, du

(8) Sous Tibère, cette pratique nouvelle se maintint et reçut plus de développements. On décida que les *responsa* des jurisconsultes autorisés par le prince devraient être écrits et revêtus du sceau du répondant (2, § 47. Dig., *De orig. jur.*, 1, 2, Pomp.).

(9) Le texte de Gaius, semble dire que c'est du rescrit d'Hadrien que date ce résultat. Il y a là une exagération. La situation dépeinte par Gaius comme existant de son temps ne s'est produite que plus tard. Il a eu le mérite de la prévoir.

14. — (1) V. Cuq, *Darembert et Saglio, Dict. des antiq. grecques et rom.*, v° *Jurisconsulti*; Sohm, *Institutionen*, § 18; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, pp. 60-65.

particulier au général. En même temps que la connaissance de la philosophie grecque les initiait à des procédés de recherche perfectionnés, elle élargissait leur conception du droit. Elle leur révélait la notion d'un droit universel, commun à tous les hommes, supérieur à la législation particulière de chaque cité et dont les principes étaient à tant d'égards en avance sur leur droit national.

Mais ces influences extérieures n'agirent pas seules. L'évolution interne qui s'était opérée et se poursuivait au sein du droit romain, contribua au perfectionnement de la science. A côté du droit civil, se développait maintenant le vaste ensemble du droit honoraire, complet dans toutes ses parties, et l'œuvre réformatrice que n'avait pu achever le préteur était menée à son terme par la législation impériale des sénatusconsultes et des constitutions. Cette superposition de trois droits de formation successive, ouvrait à l'activité doctrinale des juristes un champ plus étendu qu'autrefois. Le temps était venu de chercher un terrain de conciliation, où ces droits d'origine si diverses pourraient se fondre en un tout bien coordonné. C'est cette unité que s'efforcèrent de réaliser les jurisconsultes dans de nombreux ouvrages de pratique et de doctrine. Ils préparaient ainsi par cette riche production scientifique le travail législatif de codification qui devait s'accomplir au Bas-Empire.

Tout l'effort dépensé par les jurisconsultes de l'Empire fut peut-être resté stérile, s'ils s'étaient bornés à des travaux de doctrine et de pure science. Mais, comme leurs devanciers, ils sont moins attachés aux théories qu'à leurs résultats pratiques. Ils restent mêlés à la vie des affaires, continuent à répondre aux consultants, participent comme magistrats à l'administration de la justice. Leurs créations sont le fruit de l'observation, le produit de l'expérience. Outre leur valeur scientifique, elles ont l'autorité de préceptes législatifs. Les plus éminents des jurisconsultes sont en effet investis du droit de *respondere ex auctoritate principis*, ils ont la *permissio jura condendi*. La faveur impériale ajoute encore, s'il est possible, au crédit dont jouissent leurs opinions. Ils sont les conseillers écoutés du prince dans son *consilium*, l'assistent dans ses fonctions judiciaires, préparent ses rescrits (2). Les plus illustres d'entre eux s'élèvent jusqu'au rang de préfet du prétoire (3).

(2) Le *consilium principis* est un véritable comité consultatif de gouvernement, qui a fini par remplacer le Sénat dont le rôle politique devient de jour en jour plus effacé. Krueger, *Histoire des sources du droit romain* (trad. Brissaud), § 14, p. 142; Humbert, *Darembert et Saglio. Dict. des antiq. grecq. et rom.*, v° *Consilium principis*.

(3) Sur la fonction de préfet du prétoire, V. Bouché-Leclercq, *op. cit.*, pp. 153 et suiv.

Principaux jurisconsultes. — Le mouvement dont nous venons d'indiquer les causes multiples se dessine dès Auguste, avec le célèbre M. Antistius Labeo et son rival moins connu Ateius Capito (4). Autour de ces deux jurisconsultes se groupèrent des disciples qui, comme toujours, accentuèrent les divergences des maîtres, et firent d'eux des chefs d'école. De là la naissance de deux sectes rivales, *scholæ*, *sectæ*, celle des Proculiens et celle des Sabinien, dont l'existence se prolonge jusque dans le second siècle. Toutefois le désaccord qui les sépare ne se révèle que dans des controverses de détail et ne provient pas d'une contradiction essentielle dans les doctrines ou dans les méthodes. Parmi les juristes les plus notables de la secte proculienne, on cite Proculus son fondateur, Juventius Celsus, sous Hadrien, et dans la secte sabinienne, Massurius Sabinus qui lui a donné son nom et Salvius Julianus, le rédacteur de l'édit perpétuel sous Hadrien (V. n° 13). Le dernier jurisconsulte de la secte sabinienne est Gaius, qui vécut sous Hadrien et Antonin et peut-être au début du règne de Marc-Aurèle (5).

Gaius est le seul de tous les jurisconsultes de cette époque dont il reste un écrit complet, les *Institutes*, *Institutiones*. Son nom qui d'abord semble être demeuré obscur ne devint connu que plus tard, et sa réputation n'a grandi que longtemps après sa mort. Les *Institutes* dont l'unique manuscrit existant n'a été découvert qu'en 1816, à Vérone, présentent un résumé à peu près complet de l'ensemble du droit privé (civil et prétorien) à l'époque des Antonins. Mais ce qui augmente le prix déjà inestimable de cette œuvre de pure exposition doctrinale; c'est l'abondance et la précision des aperçus historiques que l'auteur a joints à l'étude de chacune des institutions du droit privé. On peut dire sans exagérer que la mise au jour du manuscrit véronais a permis de remonter plus avant qu'on n'avait jamais fait jusqu'aux premiers âges de la vie juridique romaine et qu'elle a été le signal d'une véritable rénovation de la science du droit romain (6).

(4) Tacite a tracé un intéressant parallèle entre ces jurisconsultes, *Annales*, III, 70, 75. Cf. Pomponius (2, § 47. Dig., *De orig. jur.*, I, 2).

(5) L'énumération donnée au texte est loin d'être complète. *Adde* : Muirhead, *Introd. hist. au droit privé de Rome* (trad. Bourcart), sect. 61, 62; Rivier, *Introd. hist. au droit romain*, § 133, et surtout Krueger, *op. cit.*, §§ 19, 20, 21.

(6) Gaius a divisé son ouvrage en quatre commentaires. Le premier traite des sources du droit et des personnes; le second des choses, des droits réels, des successions testamentaires; le troisième des successions *ab intestat* et des obligations; le quatrième des actions. Sur Gaius, sa vie, son œuvre, consulter Glasson, *Étude sur Gaius*; Ortolan, t. I, n° 392; Muirhead, *op. cit.* (trad. Bourcart), sect. 62, 65; Girard, *Textes de droit romain*, p. 176; Krueger, *Histoire des sources du droit romain* (trad. Brisaud), § 24.

Jurisconsultes classiques. — Gaius est le dernier jurisconsulte qui se rattache ouvertement aux sectes. Avec lui et déjà auparavant avec Salvius Julianus commence véritablement l'ère classique. Dès lors, les doctrines empreintes d'une grande largeur de vues et d'un esprit d'éclectisme élevé donnent à la science un éclat et une ampleur incomparables. C'est avec Papinien, Æmilius Papinianus, qu'elle atteint son apogée. Ami et conseiller intime de Septime Sévère, préfet du prétoire sous ce prince, il fut considéré de son temps et aux époques suivantes comme le plus grand jurisconsulte de Rome⁽⁷⁾. Après lui, Ulpien, Domitius Ulpianus, et Paul, Julius Paulus, tous deux assesseurs de Papinien, tous deux préfets du prétoire sous Alexandre-Sévère, clôturent la série des coryphées de la science juridique. Mais déjà ils apparaissent comme ayant plus d'étendue et de variété dans le savoir que d'originalité véritable. Les époques d'invention féconde sont passées, leur œuvre fait pressentir l'ère des compilateurs qui va venir. D'Ulpien et de Paul il nous est resté, outre les nombreux fragments insérés au Digeste, deux ouvrages élémentaires, les *Regulæ* et les *Sententiæ*, qui certainement ne nous sont parvenus ni l'un ni l'autre dans leur intégrité⁽⁸⁾. Après eux, on ne peut citer que Modestin, Herennius Modestinus, et il leur est notablement inférieur. Là s'arrête la liste des noms célèbres, et brusquement l'obscurité descend sur cette science qui venait d'illustrer d'un si vif éclat les dernières années du Haut-Empire. L'activité librement créatrice des juristes est désormais éteinte. Les empereurs ont fini par se substituer à eux, c'est dans leur conseil que va s'élaborer sous forme d'édits et de rescrits le droit du Bas-Empire.

Systeme du Jus gentium à l'époque du Bas-Empire.

15. — *Caractères et tendances nouvelles du système du Jus gentium.* — L'époque classique avait vu s'opérer l'alliance du *jus civile* et du *jus gentium*. Mais, dans cette combinaison, la prédominance appartient encore aux idées purement romaines. D'autre part, entre le *jus civile* et le *jus honorarium* subsistait toujours

(7) Sur Papinien et ses œuvres, V. Krueger, *op. cit.*, § 25. Il n'a été conservé de lui que des extraits insérés au Digeste et dans les *Fragmenta Vaticana*, ainsi que des fragments récemment découverts de ses *Responsa*. V. Girard, *Textes de droit romain*, pp. 306 et suiv.

(8) Pour Ulpien et Paul, V. Krueger, *op. cit.*, § 26, et pour les *Regulæ* et *Sententiæ*, Girard, *Textes de droit romain*, pp. 390, 312.

l'antagonisme apparent de deux droits rivaux, concordants sur certains points, divergents sur d'autres. Partout par conséquent la complexité, nulle unité, nulle harmonie. Une première tâche consistait à fondre en un seul tout ces éléments juxtaposés, divers par leurs origines, dissemblables par leurs tendances. A la diversité des systèmes correspondait une non moins grande variété dans les sources du droit, les unes, plus anciennes, épuisées depuis longtemps, d'autres encore en pleine veine de production. Là aussi, il fallait simplifier, coordonner les résultats acquis. L'unification des doctrines, la codification qui y contribue puisqu'elle l'exprime, c'est à ce double résultat qu'aboutit l'évolution du droit au Bas-Empire.

1° *Unification des systèmes de droit.* — Depuis la fin du III^e siècle, jusqu'à Justinien, l'unification du droit se poursuit sans relâche, sous l'action d'influences diverses.

D'une part, c'est le *jus gentium* qui tend à envahir de plus en plus le domaine du *jus civile* et à éliminer les institutions qui s'y rattachent. Ce mouvement se produit par l'effet combiné de deux causes : 1° La concession du droit de cité romaine à tous les habitants de l'Empire par Caracalla, généralise l'application du droit romain et tend à le transformer en un droit universel (1). 2° La division de l'Empire en deux parties, la fondation d'une seconde capitale rivale de Rome, assurent le triomphe de l'hellénisme et de ses tendances humanitaires sur l'esprit étroit et fermé de la vieille cité latine. Le centre de la politique s'est reporté vers l'orient, tandis que Rome et l'Italie délaissées, abandonnées aux entreprises des Barbares voient l'activité intellectuelle s'éteindre chez elles (2).

D'autre part, s'effaçait toute différence entre le droit civil et le droit honoraire. En effet, le succès toujours croissant du *jus gentium* assurait le triomphe des idées prétorienne, qui se réclament, elles aussi, de l'équité et du *jus naturale*. Mais ce qui précipita la fusion des deux systèmes de droit ce fut la suppression de la procédure formulaire à partir de Dioclétien. Avec les formules disparaît de la pratique d'abord, avant de s'effacer en théorie,

15. — (1) V. Krueger, *Histoire des sources du droit romain* (trad. Brissaud), § 16. En même temps elle favorise la disparition des droits provinciaux et détermine l'introduction d'institutions nouvelles tout à fait étrangères à l'esprit romain, telles que le colonat, l'emphytéose.

(2) L'influence du christianisme s'est fait ici également sentir, quoique d'une façon indirecte. En vulgarisant l'idée de la fraternité et de l'égalité des hommes, il porte un coup sensible à la constitution de la société antique et à toutes les conceptions juridiques qui s'y rattachent.

toute distinction entre les institutions d'origine civile et prétorienne (3).

2° *Codification*. — Après l'époque classique, il n'y a plus d'autre source de droit que les constitutions impériales. Par leurs rescrits et par leurs édits généraux, les Empereurs contribuent seuls à alimenter la production juridique. Ce droit de formation nouvelle fait contraste avec le droit déjà établi, confirmé par l'expérience du passé, *jus, jus vetus* (4). Il est la traduction des besoins les plus récents, l'expression des idées de progrès. Il forme la loi, *lex*. Cette antithèse entre le *jus* et la *lex* n'est pas un phénomène nouveau dans l'histoire du droit romain. Elle est le résultat de la notion que les Romains se faisaient de la loi. A leurs yeux, la loi établit seulement un petit nombre de principes fixés, destinés à donner à la production juridique ultérieure un point d'appui, à fournir une base solide à l'*interpretatio*. Aussi, après un temps plus ou moins long, la loi, bien que subsistant toujours en théorie, disparaît en fait sous l'*interpretatio* qu'elle a enfantée. La *lex* s'est transformée en *jus*. Elle tombe dans l'oubli, le *jus* seul fait autorité. Tel a été le sort de la loi des XII Tables, des lois qui l'ont suivie, de l'Edit prétorien, des sénatusconsultes, des plus anciennes constitutions des Empereurs. De *leges* ces actes ont passé à l'état de *jus*. Seules, les constitutions impériales les plus récentes forment les *leges*. Cette opposition du *jus* et des *leges* a donc persisté au Bas-Empire (5). On devait la signaler, car elle a servi de base à tous les travaux de codification que les Empereurs allaient entreprendre au cours des v^e et vi^e siècles (6).

16. — *Les prodromes de la codification.* — *La codification théodosienne.* — Les premières tentatives des Empereurs se portèrent sur le droit ancien. La masse des matériaux composant le *jus*

(3) C'est sous Justinien seulement que s'achève cette transformation, V. par ex., la fusion des propriétés civile et prétorienne, des systèmes de succession *ab intestat*, nos 72, 249.

(4) Les caractères particuliers de ce droit nouveau issu des constitutions du Bas-Empire sont entre autres : une tendance régressive vers le formalisme, mais vers un formalisme moins élégant, si l'on peut ainsi dire, que celui des époques premières; une disposition marquée à restreindre la liberté des conventions, et pourtant, chose contradictoire, une plus grande largeur de conception des institutions et de leur fonctionnement; une technique plus maladroite que celle du droit ancien et un fond d'idées plus humain. C'est déjà le droit moderne.

(5) Elle est exprimée notamment dans la Const. 25. Cod. Théod., *Quod. appel.*, XI. 36; dans la Const. *Deo auct.*, 1. Cod. Just., *De vet. jur. enuc.*, §§ 9, 11; dans la préface des Institutes, § 4; enfin dans le *commonitorium* qui sert de préambule à la *lex romana Visigothorum*.

(6) V. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, pp. 30, 31.

s'était considérablement accrue. Elle comprenait avec tous les écrits des grands classiques, Papinien, Ulpien, Paul, Modestin, les opinions des jurisconsultes officiels plus anciens. La tâche des juges, bien qu'allégée par la constitution d'Hadrien (V. n° 13), n'en restait pas moins fort délicate. Constantin leur vint en aide, dans une faible mesure, il est vrai, en enlevant toute autorité aux notes, *notæ*, d'Ulpien et de Paul sur les œuvres de Papinien (1. Cod. Théod., *De resp. prud.*, I, 4, anno 321). Le crédit dont jouissait déjà le prince des jurisconsultes se trouva ainsi fortifié.

Un siècle s'écoule et la situation s'est empirée. Les écrits des prudents, rares et coûteux, n'étaient pas facilement à la disposition des juges. L'unanimité d'opinion exigée par la constitution d'Hadrien devenait fort difficile à constater. Une constitution de Théodose II et Valentinien III essaya d'apporter remède à cet état de choses (3. Cod. Théod., *De resp. prud.*, I, 4, anno 426) (1). Parmi tous les jurisconsultes, cinq seulement sont choisis, dont les opinions auront force légale. Ce sont les quatre classiques : Papinien, Ulpien, Paul, Modestin, auxquels on adjoint Gaius, dont le renom après deux siècles, est égalé à celui des grands maîtres. En cas d'unanimité, l'opinion de ces cinq juristes fait loi et lie le juge; en cas de désaccord, la majorité l'emporte, et s'il y a partage, l'avis de Papinien, *excellentis ingenii vir*, est prépondérant. Sa prééminence qui n'a cessé de s'affirmer est de nouveau reconnue (2). Cette constitution supprimait en réalité, sauf pour les cinq jurisconsultes qu'elle désignait, le privilège créé par Auguste (V. n° 13). Elle est l'un des signes les moins équivoques de l'état de décadence où étaient tombées la science et l'instruction professionnelle des juges.

Il n'était pas moins nécessaire de faire un choix parmi les *leges*. Ici aussi, il fallait venir en aide aux juges, mettre à leur disposition un recueil officiel des constitutions les plus importantes, en leur signalant seulement celles dont le caractère obligatoire général ne pouvait être révoqué en doute (3). Au iv^e siècle, les jurisconsultes Gregorius et Hermogenianus avaient composé deux compi-

16. — (1) On la désigne habituellement sous le nom de *Loi des citations*. V. Ortolan, t. I, n°s 499 et suiv.; Accarias, t. I, n° 29.

(2) La constitution confirme la décision de Constantin relative aux *notæ* d'Ulpien et de Paul. Quant aux jurisconsultes plus anciens, leurs opinions ne sont tenues pour légales que si l'un des cinq juristes les a citées, et encore à condition que l'exactitude de la citation soit vérifiée par la collation des manuscrits.

(3) A partir de la fin du iv^e siècle un grand nombre de rescrits ne sont plus dictés que par des considérations personnelles. Ce sont des décisions de faveur, qui ne peuvent être invoquées à titre de précédent. Ulpien les signale déjà : *sunt personales, nec ad exemplum trahuntur* (1, § 2. Dig., *De const. princip.*, I, 4).

lations de ce genre. Leur collection, connue sous le nom de *Codex Gregorianus* et *Codex Hermogenianus*, paraît avoir joui d'une grande autorité, bien qu'elle fût dépourvue de tout caractère officiel⁽⁴⁾. Leur exemple fut suivi au v^e siècle par Théodose II. Ce prince fit rédiger en 438 un recueil de constitutions rendues depuis Constantin jusqu'à son propre règne, et lui donna le nom de *Codex Theodosianus*. Défense était faite de citer désormais d'autres constitutions que celles insérées dans ce Code. Publié dans les deux parties de l'Empire, il exerça une notable influence sur les destinées du droit dans les pays d'Occident. En Orient, il devait bientôt faire place aux compilations justiniennes⁽⁵⁾.

Pour donner un tableau complet des événements qui ont précédé ou même préparé la codification, on doit mentionner deux séries de documents qui, chronologiquement sont antérieurs à l'œuvre de Justinien et font prévoir l'esprit dans lequel elle sera entreprise. 1^o Ce sont d'abord des écrits dépourvus de tout caractère officiel, recueils destinés à la pratique, assemblage de constitutions impériales et d'extraits des jurisconsultes. Ces collections, dues à des particuliers, datent de la fin du iv^e. ou du commencement du v^e siècle. On les désigne sous le nom de *Fragmenta Vaticana* et *Collatio legum mosaicarum et romanarum*⁽⁶⁾. Le mélange du *jus* et des *leges* qu'on trouve dans ces écrits, le soin qu'ont pris les rédacteurs de limiter leurs emprunts aux cinq jurisconsultes en renom (Papinien, Gaius, Paul, Ulpien, Modestin), tout trahit les préoccupations et les tendances de l'époque. 2^o D'autre part et dès le début du vi^e siècle, les *Leges romanæ Barbarorum* faites pour les populations romaines d'Occident soumises aux barbares sont également rédigées dans le même esprit. On y trouve le même amalgame du *jus* et des *leges*, et le choix qui préside à ce groupement, quoiqu'il dénote moins de finesse et de science que l'œuvre des

(4) C'est depuis ce temps que le mot *Codex* a servi à désigner toute collection de constitutions impériales. Nous ne possédons ni l'un ni l'autre des *Codices* Grégorien et Hermogénien, d'une façon intégrale. Les fragments qui subsistent proviennent de recueils juridiques postérieurs. V. Ortolan, t. I, nos 459-466; Accarias, t. I, n^o 29; Krueger, *op. cit.*, § 34.

(5) Nous possédons le Code théodosien presque entier. Il est divisé en 16 livres, et chaque livre en titres. Chacun des titres contient un certain nombre de constitutions rangées dans l'ordre chronologique, avec au début le nom de l'Empereur et des personnes à qui la constitution est adressée, à la fin le lieu où elle a été rendue et la date. V. Ortolan, t. I, nos 502-507; Krueger, *op. cit.*, § 35; Viollet, *Histoire du droit civil français*, pp. 10, 11.

(6) V. Ortolan, t. I, nos 511-522; Girard, *Textes de droit romain*, 435, 496. Il est à noter que les constitutions impériales citées dans ces ouvrages sont toutes tirées des Codes Grégorien et Hermogénien.

Byzantins, révèle toujours l'intention bien marquée de ramener à l'unité la multiplicité confuse des documents juridiques (7).

17. — *La codification justinienne.* — Le travail de codification commencé par Théodose II fut repris au vi^e siècle et mené à bonne fin par Justinien. Cet empereur byzantin a complètement remanié les sources du droit, et son travail de compilation et de correction comprend : le Code, le Digeste, les Institutes, les Nouvelles. L'ensemble de ces documents est appelé par les modernes : *Corpus juris civilis*. C'est le produit dernier de la science juridique romaine, le suprême effort de concentration du droit luttant contre la désagrégation lente dont les premiers indices apparaissent déjà au III^e siècle. Le *Corpus* de Justinien forme donc le pendant de la loi des XII Tables. Ces deux monuments juridiques qui se dressent aux deux extrémités de la carrière parcourue par le droit romain témoignent des transformations profondes accomplies dans ce long intervalle : l'un encore imprégné de l'esprit des institutions primitives, l'autre contenant déjà les principes essentiels du droit des sociétés modernes.

1^o Codex. — Justinien conserva la distinction du *Jus* et des *Leges*. Sa première œuvre concerne les *Leges*. Elle consista dans la codification des constitutions impériales depuis Hadrien, en s'aidant des *Codices* de Grégorius, d'Hermogénien et de Théodose. L'ouvrage, à l'exemple des *Codices* précédents, reçut le nom de *Codex*. Il fut divisé en douze livres pour rappeler le souvenir de la loi des XII Tables, et promulgué en 529. Ce *Codex vetus* n'est pas parvenu jusqu'à nous (1). Mais la publication du Digeste et des Institutes ayant entraîné de profondes modifications dans le droit des *leges*, il fallut procéder à une révision du Code, et ce travail de refonte terminé en 534 fut promulgué sous le nom de *Codex repetitæ prælectionis*. C'est cette seconde édition qui nous est seule parvenue (2).

(7) V. Ortolan, t. I, nos 529 et suiv.; Viollet, *Histoire du droit civil français*, pp. 115, 123; Krueger, *op. cit.*, § 40; Girard, *Manuel élémentaire*, pp. 73, 74.

17. — (1) Ortolan, t. I, n^o 529; Krueger, *op. cit.*, § 42. On trouve des renseignements sur ce *Codex vetus* dans deux constitutions de Justinien qui se trouvent placées en tête des éditions du *Codex repetitæ prælectionis*, l'une de 528, *de novo Codice faciundo*, l'autre de 529, *de Justiniano Codice confirmando*.

(2) L'ouvrage est divisé en douze livres, chaque livre en titres. Dans chaque titre, on trouve un certain nombre de constitutions classées dans l'ordre chronologique, avec en tête le nom de l'empereur et celui de la personne à qui elle est adressée, à la fin le lieu et la date. Pour les citations du Code nous adopterons le procédé suivant : 1. Cod., *De legitimis heredibus*, VI, 58. V. Ortolan, nos 550, 551.

2° *Digeste*. — Quant au *Jus*, l'empereur chercha également à réunir en un seul corps de doctrine les opinions des jurisconsultes les plus célèbres. Les commissaires chargés de ce travail, à la tête desquels était Tribonien, eurent le droit de choisir parmi tous les écrits des jurisconsultes anciens les passages qui leur parurent l'expression de doctrines encore en vigueur de leur temps. Cette compilation fut promulguée en 533, mais pour n'entrer en vigueur qu'en 534 (3). Elle reçut le nom déjà usité de *Digesta* ou *Pandectæ* de *digerere*, mettre en ordre, et $\pi\acute{\alpha}\nu \delta\acute{\epsilon}\chi\epsilon\sigma\theta\alpha\iota$, exposé général (4).

3° *Institutes*. — Le Code et le Digeste étaient des recueils trop considérables pour pouvoir être consultés facilement par les débutants dans la science du droit. Justinien fit rédiger pour eux sous le titre d'*Institutiones* une sorte d'abrégé élémentaire, qui fut déclaré obligatoire à l'égal d'une loi, à partir du même jour que le Digeste. Les rédacteurs des *Institutes*, s'inspirèrent principalement des *Institutes* de Gaius (V. n° 14). Ils en conservèrent le plan, les divisions et même le texte, et n'y apportèrent de modifications que lorsqu'il s'agissait d'institutions tombées en désuétude ou de principes nouveaux introduits dans le droit par Justinien ou ses prédécesseurs (5).

4° *Novelles*. — L'œuvre législative de Justinien n'était pas terminée. Durant les trente années qu'il régna encore, il rendit un assez grand nombre de constitutions, *novellæ constitutiones*, qui apportèrent de sensibles modifications au droit du Digeste, du Code

(3) Deux documents importants nous renseignent sur la façon dont s'est opéré ce travail. L'un est la constitution *Deo auctore* (1. Cod., *De vet. jur. enucl.*, I, 17), anno 530, par laquelle Justinien ordonne la publication du Digeste. L'autre est la constitution *Tanta* (2. Cod., *De vet. jur. enucl.*, I, 17), anno 533, par laquelle l'empereur promulgue l'œuvre des compilateurs. *Adde* : constitution *Dedit* (3. Cod., *eod. tit.*).

(4) On trouve déjà des *Digesta* dans la littérature juridique des belles époques. Ce sont des exposés encyclopédiques réunissant des études sur l'Édit, sur le *Jus civile* non traité à propos de l'Édit, et des consultations sur des cas ou controverses. Le *Digeste* est divisé en cinquante livres, chaque livre en titres et chaque titre en un certain nombre de fragments extraits des ouvrages consultés par les compilateurs. Les fragments classés par numéro d'ordre sont souvent appelés lois par les modernes. Chacun de ces fragments a été divisé au moyen âge et pour la commodité des citations en paragraphes numérotés, dont le premier seul, non numéroté, porte le nom de *principium*. Nous citerons ainsi : 12, § 2. Dig., *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2, Ulp., le premier chiffre désignant le numéro du fragment, le second le paragraphe, les chiffres romains indiquant le livre, et le chiffre arabe qui les suit le numéro du titre, le nom en abrégé du jurisconsulte placé à la fin.

(5) Les *Institutes* sont divisées en quatre livres, chaque livre en un certain nombre de titres, et chaque titre en paragraphes, dont le premier non numéroté porte le nom de *principium*. Notre mode de citation sera le suivant : § 1, *Inst.*, *De usucap.*, II, 6. V. Ortolan, t. I, nos 548, 549; Girard, *Textes de droit romain*, p. 558; Krüeger, *op. cit.*, § 44.

et des Institutes. Ces Nouvelles ne paraissent pas avoir été réunies dans une collection officielle. Elles ne nous sont parvenues que grâce à des recueils composés par des particuliers (6).

Appréciation de l'œuvre de Justinien. — Pour apprécier la valeur de l'œuvre de Justinien, il faut l'envisager d'abord comme travail de codification. Or, on l'a vu, la pensée première d'une codification des *Leges* ne lui appartient pas. Mais pour le *Jus*, il a été mieux inspiré et plus libéral que ses devanciers. Il a rompu franchement avec l'autorité des prudents investis de la *permissio jura condendi*, en donnant aux compilateurs le droit d'insérer des extraits de tous les jurisconsultes anciens. Mais à ce travail, manquait l'unité. Ce défaut s'est traduit par des antinomies ou contradictions qu'on n'a pas toujours réussi à faire disparaître. Il est arrivé aussi que les compilateurs ont laissé subsister dans leur texte des solutions qui n'étaient plus en vigueur à cette époque. Enfin, comme ils reproduisent fidèlement les écrits des jurisconsultes, leurs raisonnements, leurs controverses, leurs doutes mêmes, ils ont fait parler au législateur le langage de l'interprète. Au lieu d'être originale et une, la codification Justinienne, surtout au Digeste, est donc une compilation d'une valeur médiocre, une mosaïque de fragments précieux, empruntés à des œuvres d'art anciennes, soudés les uns aux autres par des praticiens de la décadence (7).

Mais si on ne s'attache qu'à l'œuvre législative propre de Justinien, on ne peut nier ses mérites. Sans doute, on trouve dans ses constitutions les défauts de rédaction qui caractérisent l'époque, un style où la prolixité et l'emphase le disputent au manque de précision et de logique (8). Mais les décisions qu'elles contiennent, inspirées par des vues fort larges, réalisent des progrès sérieux. Justinien a compris son temps. Il a définitivement consacré la fusion du droit prétorien et du droit civil. Il a surtout confirmé législativement la chute d'une foule d'institutions, legs de l'ancien droit, qui n'étaient plus en harmonie avec les idées nouvelles. De la sorte, il a déblayé le terrain de tous les vestiges gênants du droit antique, et préparé les voies au législateur moderne.

(6) Krueger, *op. cit.*, § 48 ; Ortolan, t. I, nos 552-561.

(7) Si la méthode qui a présidé à la composition du *Corpus*, et particulièrement du Digeste, mérite des critiques, elle a du moins contribué à nous transmettre d'importants extraits d'œuvres juridiques anciennes, qui, sans les compilateurs, seraient perdues pour nous. La richesse et l'importance des matériaux ainsi conservés doit nous faire oublier les imperfections du travail qui les a fait parvenir à peu près intacts jusqu'à nous. Krueger, *op. cit.*, § 46, p. 463.

(8) Montesquieu dit à ce sujet : Le style des lois doit être simple... Il n'y a point de majesté dans les lois du Bas-Empire, on y fait parler les princes comme des rhéteurs (*Esprit des lois*, XXIX, ch. 16).

18. — *Résultats du développement du droit romain.* — Le plan de ce livre ne comporte pas l'étude des destinées ultérieures du droit romain en Orient. Cette question n'offre qu'un intérêt de pure curiosité. Il n'en est pas de même pour l'Occident. Désormais, concentré en un corps de doctrine unifié, le droit de Justinien a réagi d'une manière continue sur la constitution des législations européennes actuelles. Mais c'est à ceux qui étudient les origines de ces législations qu'il appartient de montrer par quels liens, peu visibles d'abord, plus apparents et plus intimes ensuite, la filiation s'est établie entre le droit romain des dernières époques et le droit moderne. Il est également en dehors de notre cadre de retracer les vicissitudes de l'histoire des études du droit romain et de montrer comment du xi^e siècle avec les glossateurs, en passant par les grands érudits de la Renaissance au xvi^e siècle, elle a abouti avec le siècle présent, au rajeunissement des méthodes, à une critique des sources mieux informée, à une connaissance plus assurée des principes dirigeants, à des lumières inattendues sur leurs origines les plus lointaines et à des conclusions voisines de la certitude sur la marche lente de leur évolution.

Ce qu'il importe de constater ici ce sont les résultats de ce long travail d'élaboration qui, se développant à travers douze siècles d'histoire, ont survécu à l'état social qui les avait engendrés et continuent à exercer leur action sur les destinées du droit.

1^o Le droit romain est, on l'a dit plus haut, distinct de la religion et en même temps de la morale (V. n^o 6). Rome a donc initié le monde à l'idée d'un droit séculier. Sans elle, il est probable que notre droit occidental porterait la trace de certaines conceptions d'ordre religieux qui pourraient entraver son libre développement.

2^o Le droit privé a cessé d'être une dépendance du droit politique (V. n^{os} 6, 30). Les institutions ne sont plus faites exclusivement pour les membres de la cité, mais pour l'homme en tant que membre de l'humanité. Le droit municipal étroit d'une petite cité italienne est devenu le droit universel du monde civilisé, susceptible d'être appliqué partout, en dépit des différences de race, de nationalité, de religion. Encore aujourd'hui il apparaît comme pouvant servir de lien aux diverses communautés humaines. Son influence pacificatrice et bienfaisante n'a pas cessé.

3^o Aussi, le droit de la dernière époque, a-t-il perdu tous les caractères qui faisaient l'originalité du droit primitif. Il a cessé d'être strict, conservateur et formaliste (V. n^o 6).

Le droit n'est plus strict; l'inflexible rigueur des principes cède, s'il y a lieu, devant les considérations tirées des intentions et des

circonstances, elle est constamment tempérée par les exigences de l'équité.

Ayant cessé d'être moins obstinément fermé aux innovations, le droit moins conservateur est devenu plus riche en institutions et par là même plus complexe. Les droits de famille font l'objet d'une complète et minutieuse réglementation légale, alors qu'autrefois ils étaient régis par les mœurs plutôt que par les lois. La notion de la propriété individuelle s'est affermie en même temps qu'élargie, elle s'applique désormais à toute chose susceptible d'appropriation privée. Mais c'est surtout dans le domaine de l'obligation conventionnelle que le droit a réalisé ses plus importantes conquêtes, agrandi le champ de la conception juridique et ouvert à l'activité des individus les voies nouvelles où elle est engagée aujourd'hui.

Enfin, le droit a fini par se dépouiller de son caractère formaliste. La forme n'a plus l'importance capitale qu'elle avait autrefois dans la création, la transmission, l'extinction des droits, elle n'est même plus prédominante dans la procédure. A cet égard, le droit s'est simplifié, et ce progrès n'est pas l'un des moindres. Il a puissamment contribué à hâter la maturité de nos institutions de droit privé. En nous proposant l'exemple d'un droit plus voisin de la perfection, il a ménagé du temps à l'humanité, il a épargné au monde moderne l'effort d'un pénible recommencement.



INSTITUTIONS

DU

DROIT PRIVÉ

19. — *Objet du droit privé. Plan de l'ouvrage.* — L'exposé doctrinal des institutions du droit privé romain comprend trois objets essentiels : les personnes, *personæ*, les choses, *res*, les actions, *actiones*. 1° Dans la théorie des personnes on considère l'individu dans ses rapports avec la famille, c'est-à-dire avec le groupe auquel il est uni par un lien de filiation ou de descendance commune. Déterminer les diverses situations qu'une personne peut avoir dans la famille, rechercher les droits que ces situations lui assurent vis-à-vis des autres membres du groupe familial, tel est le but de cette première partie des études juridiques. 2° La théorie des choses envisage les choses du monde matériel, non au point de vue de leurs qualités physiques, mais comme objets d'appropriation. Elle précise la nature et l'étendue des droits que chacun peut avoir sur elles. 3° Enfin, dans la théorie des actions, on étudie les institutions destinées à faire respecter les droits qu'on peut avoir dans la famille ou sur les choses.

Cette classification tripartite apparaît pour la première fois dans les Institutes de Gaius. Elle a servi de plan aux Institutes de Justinien (G. I, 8 ; pr. Inst., *De jure person.*, I, 3). Depuis ce temps, elle a été traditionnellement adoptée comme base de tout exposé scientifique du droit privé et même comme plan de codification légale⁽¹⁾. C'est encore à elle qu'il convient de s'attacher de préférence dans un traité élémentaire⁽²⁾. Les personnes, les choses, les actions, telles seront donc les trois grandes divisions de cet ouvrage.

19. — (1) Telle est la division adoptée par notre Code civil. Dans le livre I, il traite des *personnes*, et dans les livres II et III des *choses*. Quant aux *actions*, elles font l'objet d'un Code à part, celui de procédure civile.

(2) On concevrait d'autres procédés d'exposition doctrinale. Les Romains en ont admis

PREMIÈRE PARTIE

DES PERSONNES

20. — *Notion et divisions des personnes*⁽¹⁾. — L'idée de droit implique l'idée d'un sujet du droit, c'est-à-dire d'un individu qui exerce le droit ou contre qui le droit est exercé. Dans un sens large, on appelle personne celui qui est ce sujet de droit. A cet égard, les personnes se divisent en deux catégories principales : les personnes physiques et les personnes juridiques ou morales.

Les personnes physiques sont les êtres humains. Les personnes juridiques ne correspondent à aucune individualité concrète et ne sont que des abstractions auxquelles la loi a cru devoir communiquer une personnalité fictive⁽²⁾. Cette création artificielle est destinée à donner satisfaction à certains intérêts collectifs, elle répond à des besoins généraux et permanents de la société. Il est, en effet, des œuvres qui, en vue de la fin qu'elles se proposent, exigent une continuité d'efforts dépassant la limite et la durée des forces individuelles. Il faut donc leur attribuer une existence distincte de celle des individus qui y coopèrent, puisqu'elles sont destinées à une durée plus longue. Les personnes juridiques sont donc des êtres de raison, et comme tels, ne peuvent avoir de droits de famille. Elles n'ont que des droits sur les choses. A ce titre, elles peuvent être propriétaires, créancières, débitrices, à l'égal d'une personne véritable; elles ont ou peuvent avoir un patrimoine à elles propre, distinct de celui de chacune des personnes physiques qui les composent.

Parmi les personnes morales il en est qui supposent une association de personnes physiques groupées en vue d'un résultat à

de moins simples, plus appropriés à la tournure pratique de leur esprit, notamment ceux qui suivent l'ordre adopté, par l'Édit prétorien. Les modernes ont parfois proposé des plans d'allure très scientifique mais où la systématisation et le groupement des matières n'ont rien de romain.

20. — (1) V. Gaston May, *Grande Encyclopédie*, v^o *Personne*.

(2) Aussi dit-on de ces personnes qu'elles font l'office de personnes : *personæ vice funguntur* (22. Dig., *De fidej.*, XLVI, 1. Florent.).

atteindre en commun. Dans cette catégorie figure en première ligne, l'État, *populus, respublica*, qui a servi de type et de modèle aux municipes, colonies et villes de toute sorte. Viennent ensuite toutes les personnes morales formées d'individus qui, au sein même de l'État, se sont volontairement associés les uns aux autres⁽³⁾. Ce sont les *sodalitates* ou *collegia*, associations de personnes groupées dans un but religieux ou politique, les *corpora* ou corporations d'ouvriers dont plusieurs remontent à une époque fort ancienne, enfin certaines *societates*, sociétés ayant en vue l'exploitation de grandes entreprises financières ou industrielles⁽⁴⁾. D'autres personnes morales, bien que créées dans un but d'utilité générale, ne supposent pas une association de personnes physiques. Rentrent dans cette seconde catégorie : les temples des dieux, plus tard les églises, les monastères et même les établissements de bienfaisance fondés par les particuliers.

Le droit romain ne paraît pas avoir, tout d'abord, subordonné la création des personnes morales à des conditions d'autorisation préalable de la part de l'État⁽⁵⁾. Mais à ce régime de liberté absolue succéda un régime de contrôle. Le rôle que jouèrent certaines associations dans les troubles politiques, à la fin de la République, les rendit suspectes au pouvoir et amena l'établissement d'une législation d'exception. L'état romain avait d'ailleurs des tendances trop absorbantes et trop dominatrices pour admettre la formation libre de groupements indépendants de lui. On décida qu'une loi était nécessaire pour autoriser la création d'une personne morale, qu'une loi pouvait la supprimer. Plus tard le Sénat, puis l'Empereur fut investi du droit d'autorisation (1, pr. Dig., *Quod cujusc. univ.*, III, 4, Gaius)⁽⁶⁾. Ainsi prévalut le principe dont notre droit public moderne a hérité, à savoir que l'État seul peut donner

(3) C'est bien l'État que Gaius présente comme le type le plus ancien de la personne morale : *Quibus... permissum est corpus habere collegii, societatis... proprium est ad exemplum rei publicæ habere res communes... 1, § 1. Dig., Quod cujusc. univ.*, III, 4.

(4) Parmi les *societates*, citons : les *societates publicanorum*, associations de publicains, c'est-à-dire des fermiers des impôts, les *societates aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum*, pour l'exploitation des mines d'or, d'argent ou de sel (V. no 159).

(5) La loi des XII Tables avait accordé aux associations la plus grande liberté pour leurs statuts et leur organisation intérieure, à condition qu'elles ne se missent pas en opposition avec le droit commun (4. Dig., *De colleg. et sodalit.*, XLVII, 22, Gaius).

(6) On dispensait de cette autorisation les *collegia tenuiorum*, associations de pauvres gens, artisans, affranchis et même esclaves, établies en vue d'assurer aux associés l'avantage d'une sépulture en commun et de sacrifices funéraires (1, pr.; 3, § 2. Dig., *De colleg. et sodalit.*, XLVII, 22, Marcian). On sait que c'est sous la forme de *collegia tenuiorum* que se réunirent les premiers adhérents de la religion chrétienne.

vie à toute autre personne morale que lui-même⁽⁷⁾. Et c'est également l'État qui pour des raisons dont il est seul juge met fin aux personnes morales en leur retirant la personnalité qu'il leur avait octroyée⁽⁸⁾.

Divisions des personnes physiques. — Ce qui caractérise les personnes physiques, c'est qu'elles ont un état : *statut, caput*. Ce *status* comprend trois éléments essentiels : la liberté, *libertas*; la cité, *civitas*; la famille, *familia*. Le premier fait figurer l'individu au nombre des hommes libres, le second le met au rang des citoyens, le troisième lui assure une place dans une famille.

Ces trois éléments du *status* sont énumérés et étudiés par les jurisconsultes dans l'ordre qui vient d'être indiqué (41. Dig., *De capit. min.*, IV, 5, Paul). Cet ordre, en effet, a une raison d'être. Comme toutes les autres législations de l'antiquité, le droit romain fait dépendre la famille de la constitution politique. En elle, il ne voit pas uniquement un fait naturel. Tout homme n'a pas nécessairement, parce qu'il est homme, une famille au sens juridique du mot. Il faut pour cela qu'il soit libre. Il faut encore qu'il soit agrégé à la cité. Les droits de famille, sont donc refusés à l'esclave et à l'étranger. De là, deux premières divisions des personnes, selon qu'elles sont libres ou esclaves, citoyens ou étrangers. D'autre part, les individus qui font partie de la famille n'ont pas tous au sein de celle-ci la même condition. Certains d'entre eux sont dans une position subordonnée par rapport à d'autres. C'est en tenant compte de ces relations de dépendance qu'on a établi deux nouvelles divisions des personnes. Elles vont être indiquées ci-dessous.

On voit par ce qui précède, quelle méthode ingénieuse a été imaginée pour l'étude des personnes. Elle consiste à envisager isolément chacune des situations juridiques que l'individu peut avoir dans la cité et dans la famille, à produire la personne sur la scène juridique et à lui faire jouer successivement les divers rôles qu'elle peut être appelée à remplir⁽⁹⁾. C'est ainsi que les jurisconsultes ont été conduits à classer les personnes physiques de la façon suivante⁽¹⁰⁾.

(7) V. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. I, § 54.

(8) Mais il va de soi que la mort des individus composant une association dotée de la personnalité morale est sans influence sur le sort de cette association établie précisément en vue de survivre à ses membres.

(9) Aussi le mot *persona*, employé pour désigner l'individu comme sujet de droit, est-il parfaitement choisi. Il signifie au propre soit le masque de théâtre, soit le rôle d'un acteur. Bréal et Bailly, *Dictionnaire étymolog. lat.*, v^o *Persona*. Mais il semble bien qu'on se soit servi tout d'abord du mot *caput*.

(10) Ces divisions et cette gradation établie entre elles devaient se trouver dans les

Première division. — Les personnes sont libres ou esclaves ; les personnes libres se subdivisant d'ailleurs en ingénus et affranchis.

Deuxième division. — Les personnes libres sont citoyens ou non citoyens.

Troisième division. — Dans le sein de la famille les citoyens sont *sui juris* ou *alieni juris*, selon qu'ils sont exempts ou non de la puissance paternelle.

Quatrième division. — Les personnes *sui juris* sont placées en tutelle ou en curatelle ou n'y sont pas placées.

PREMIÈRE DIVISION DES PERSONNES

Personnes libres ou esclaves.

21. — *Notion de l'esclavage.* — La première division des personnes, celle qui, dans sa généralité comprend toutes les autres, *summa divisio*, est la division en personnes libres et en esclaves (G. I, 9). Tous les hommes en effet ne sont pas libres. Il en est qui sont esclaves et comme tels placés dans une condition qui fait antithèse à l'état de l'homme libre. On appelle cette condition la servitude ou l'esclavage, *servitus, servitium*. Dès les premiers pas qu'on fait dans le domaine du droit privé, on se trouve donc en présence d'une institution que répudie la civilisation moderne, mais qui, pratiquée chez toutes les nations de l'antiquité, était considérée par les Romains comme appartenant au *jus gentium* (G. I, 52). L'esclavage en effet a pour origine première la guerre et la conquête. Dans les luttes que se livrent les peuples primitifs la personne du vaincu devient, de par le droit du plus fort, la propriété du vainqueur. De là le nom expressif donné par les Romains à l'esclave. Il est, à l'égal de tout butin de guerre, une chose conquise, prise par la force, *manu captum, Mancipium* (1). On l'appelle aussi *servus*.

Très rude au début, la condition de l'esclave finit par s'adoucir. Vers la fin de la République, l'influence bienfaisante de la philoso-

ouvrages élémentaires, portant le nom d'*Institutiones*. Tel est le cas pour Gaius (G. I, 9, 10, 48, 142), à l'exception pourtant de la deuxième division qu'il a dû laisser de côté comme ne touchant qu'indirectement au droit privé.

21. — (1) Le mot *Mancipium* désigne d'une façon générale toute espèce de propriété. Bréal et Bailly, *Dict. étym. lat.*, v *Manus, Servus*.

phie grecque fit concevoir aux Romains des doutes sur la légitimité de l'esclavage. On reconnut que, bien qu'universellement acceptée, l'institution était contraire à la nature (2). Guidé par ces idées nouvelles, le législateur se préoccupe du sort de l'esclave dont la condition déjà adoucie en fait, s'améliore en droit. Mais l'esclavage ne disparaît pas, et même après le triomphe du christianisme, il subsiste en Occident et dans l'empire de Constantinople. Justinien s'en occupe avec un luxe de détails qui prouve que, de son temps, l'institution est encore en pleine vigueur (3).

22. — I. *Comment on devient esclave.* — On devient esclave soit par la naissance, soit par un fait postérieur à la naissance : *servi aut nascuntur aut fiunt* (§ 4. Inst., *De jure person.*, 1, 3).

1° *Par la naissance.* — Deviennent esclaves par la naissance les enfants nés d'une femme esclave. Il est de règle, en effet, que l'enfant issu d'une union non légitime suit toujours la condition de la mère (1). Or il n'y a d'union légitime qu'entre personnes qui toutes deux sont libres. Il suffit donc que la mère soit esclave pour que l'enfant le soit, sans qu'on ait à se préoccuper de la condition du père (2).

2° *Par un fait postérieur à la naissance.* — Les faits à la suite desquels une personne née libre peut devenir esclave se subdivisent en deux catégories, selon que c'est le *jus gentium* ou le *jus civile* qui leur a attribué cet effet. L'intérêt pratique de cette distinction est que les modes de constitution de l'esclavage qui se rattachent au *jus gentium* sont applicables même aux étrangers, tandis que ceux qui dérivent du *jus civile* sont propres aux citoyens seuls.

Modes dérivant du jus gentium. — Il n'y en a qu'un seul, la

Le jurisconsulte Florentinus qui écrit à l'époque des Antonins définit la servitude : *constitutio juris gentium qua quis dominio alieno contra naturam subicitur* 4, § 1. Dig., *De stat. hom.*, I, 5).

(3) La théorie de l'esclavage n'ayant laissé aucune trace dans nos institutions modernes, nous nous bornerons sur ce sujet à des notions très sommaires.

22. — (1) C'est là une règle qu'on retrouve dans toutes les législations antiques et dont nous aurons à signaler d'autres applications (V. n° 31).

(2) C'est d'ailleurs au jour de l'accouchement qu'il faut se placer pour rechercher, quelle est la condition de la mère, et, par suite, celle de l'enfant. Dès lors, si la femme, esclave durant sa grossesse, était devenue libre au jour de l'accouchement, l'enfant naissait libre, tandis que, si libre pendant la grossesse, la mère était esclave au jour de l'accouchement, l'enfant naissait esclave (G. I, 82; Ulp., *Reg.*, V, 10). De ces deux conséquences, la dernière, si logique qu'elle fût, parut contraire à l'humanité. Aussi la mit-on de côté par faveur pour la liberté. On admit que si à un moment quelconque de sa grossesse la mère avait été libre, cela suffisait pour que l'enfant naquit libre (pr. Inst., *De ingen.*, I, 4).

captivité, *captivitas* (3). L'antiquité admettait comme un principe indiscutable que les prisonniers faits à un peuple ennemi tombaient en servitude. Ce principe que Rome appliquait dans toute sa rigueur aux nations étrangères, elle en admettait l'application par voie de réciprocité à ses propres nationaux. Toutefois la pratique avait fait prévaloir ici certaines distinctions. S'il s'agissait d'un peuple avec lequel les Romains n'entretenaient aucune relation d'amitié ou d'alliance, le principe était appliqué, même en dehors de toute guerre déclarée (4). Mais, à l'égard d'un peuple ami ou allié, la capture d'un prisonnier n'entraînait l'esclavage que si elle avait eu lieu à la suite d'une guerre régulièrement déclarée suivant un certain cérémonial consacré, *justum ac pium bellum*. Pris dans d'autres conditions, l'individu ne perd pas sa qualité d'homme libre.

Modes dérivant du jus civile. — L'homme libre ne peut volontairement abdiquer sa liberté, mais elle peut lui être enlevée à titre de peine. Un certain nombre d'applications de ce principe admises par l'ancien droit disparurent de bonne heure (5). A l'époque classique on en trouve d'autres dont les unes ont été maintenues, les autres supprimées par Justinien. 1° La femme libre qui, sachant sa condition, entretenait des relations suivies avec un esclave contre le gré du maître de celui-ci devenait l'esclave de ce maître. Un décret du magistrat prononçait contre elle la perte de la liberté (Paul, *Sent.*, II, 21 a). Telle était la disposition d'un sénatusconsulte porté sous Claude, *senatusconsultum Claudianum*, qui fut abrogé par Justinien. 2° Les individus condamnés *ad bestias* ou *ad metallum* encouraient l'esclavage. Mais dans le dernier état du droit il n'est plus question de cette cause d'esclavage, Constantin ayant supprimé la condamnation *ad bestias* et Justinien ayant décidé que la condamnation *ad metallum* n'entraînerait plus la perte de la liberté. 3° L'esclave affranchi pouvait retomber en servitude au cas où il se montrait ingrat envers son patron. Cette

(3) C'est aussi en vertu du *jus gentium* que l'enfant né d'une femme esclave devient esclave, car la règle que l'enfant illégitime suit la condition de la mère est consacrée par le *jus gentium* (V. ci-dessus, note 1).

(4) Tel fut sans doute l'état du droit à ses débuts, alors que Rome considérait tous ses voisins comme des ennemis, et telle est encore la règle à la fin, vis-à-vis des Barbares.

(5) C'est ainsi que : 1° Le citoyen qui ne s'était pas fait porter sur les registres du cens, *incensus*, était vendu par l'Etat comme esclave (V. n° 26, note 2). 2° Le débiteur qui n'avait pas exécuté la condamnation prononcée contre lui était vendu par son créancier (V. n° 274). 3° Enfin, le voleur pris en flagrant délit, *fur manifestus*, était attribué comme esclave à la victime du vol (V. n° 178).

peine établie par une constitution de l'empereur Commode était prononcée par le magistrat. Elle existe encore sous Justinien (6).

23. — II. *Condition des esclaves. Période du jus civile.* — Pour étudier sous tous ses aspects la condition juridique de l'esclave, il faut examiner successivement les rapports de l'esclave avec son maître, les rapports des esclaves entre eux, les rapports des esclaves avec les tiers.

1° Rapports de l'esclave et du maître. — N'ayant pas la *libertas*, l'esclave n'a ni la *civitas*, ni la *familia*. Il n'est pas une personne (1). Vis-à-vis de son maître il n'a aucun droit, le maître a sur lui tous les droits. La puissance à laquelle il est soumis, *potestas*, est absolue, sans limites. Elle est semblable au pouvoir qu'un propriétaire a sur la chose qui lui appartient. Le maître peut donc louer les services de l'esclave, l'aliéner, le punir, le mettre à mort. L'esclave n'a pas non plus de patrimoine : tout ce qu'il acquiert étant en servitude est acquis au maître, tous les biens qu'il avait avant de tomber en esclavage sont devenus propriété du maître (G. I, 52). Enfin il ne peut être question pour lui de paraître en justice, il ne peut agir ni comme demandeur, ni comme défendeur (2). Ainsi se manifeste au triple point de vue de la personne, du patrimoine et des actions, c'est-à-dire dans toutes les branches du droit privé, l'absence de personnalité de l'esclave.

2° Rapports des esclaves entre eux. — Tous les esclaves d'un même maître sont en droit égaux dans la servitude. Entre eux il ne peut être question d'opérations juridiques valables, car ils sont censés parler au nom du maître, qui ne peut évidemment traiter avec lui-même. Il n'y a de possibles que des actes juridiques entre esclaves appartenant à des maîtres différents et aussi des unions soit entre esclaves du même maître, soit entre esclaves de deux maîtres. Mais ces unions, même autorisées par les maîtres, ne constituent pas des *justæ nuptiæ*. Aux yeux de la loi, l'esclave n'a pas de femme légitime, il a une compagne de servitude cohabitante avec lui, *contubernalis*, à laquelle il est uni par les liens du *contubernium* (V. n° 43, 3°). Cette union, que le maître peut dissoudre à

(6) Signalons encore comme maintenue par Justinien, la perte de la liberté encourue par l'homme libre qui, par fraude, s'est fait passer pour esclave, s'est laissé vendre à un acheteur de bonne foi et a partagé avec le vendeur le prix de cette vente frauduleuse. Il n'en était ainsi que si l'homme libre, auteur de la fraude, était âgé de plus de vingt ans.

23. — (1) *Servi pro nullis habentur* (32. Dig., *De reg. jur.*, L. 17, Ulp.); *Servile caput nullum jus habet* (3, § 1. Dig., *De capit. min.*, IV, 5, Paul.).

(2) Cette impossibilité d'agir en justice existe également à l'égard des tiers.

son gré, ne donne au mari aucun pouvoir sur la femme, au père aucun pouvoir sur les enfants.

3° *Rapports des esclaves avec les tiers.* — Tout en refusant à l'esclave la personnalité juridique, le droit romain est forcé de lui reconnaître une intelligence et une volonté. Ainsi, on admet qu'il peut s'obliger civilement par ses délits (V. nos 122, 177) (3). De plus, on met à profit son activité en lui permettant de représenter son maître vis-à-vis des tiers, pourvu qu'il s'agisse d'actes augmentant le patrimoine du maître et non d'actes tendant à le diminuer, comme une aliénation ou une obligation (V. n° 193). En somme, l'esclave est comme le porte-paroles du maître, il est entre ses mains une sorte de machine intelligente qui lui permet d'accroître sa capacité, d'étendre le cercle de son activité juridique (4). L'esclave se trouve ainsi forcément mêlé à la vie, à ses combinaisons d'intérêt, au mouvement journalier des affaires.

Condition des esclaves en fait. — A cet exposé de la condition juridique de l'esclave, il convient de joindre un aperçu de sa condition de fait. Ici, comme il arrive souvent, la réalité est en opposition avec la théorie et les mœurs tempèrent l'aspérité du droit (5). En fait, le sort de l'esclave romain n'était point par trop dur. L'intérêt bien entendu du maître, dans les débuts l'identité de race entre lui et ses esclaves, contribuèrent à ce résultat. Associé aux travaux de la maison et des champs, l'esclave était traité sans trop de rigueur. Par calcul plus que par sentiment, le propriétaire comprenait qu'il lui fallait ménager un aide aussi précieux. La communauté de travail et de vie, l'admission au culte du foyer, donnaient en somme à l'esclave une place dans la famille et le relevaient de son état d'infériorité légale (6).

L'usage qui prévalut de lui confier un pécule, *peculium*,

(3) Plus tard, le droit civil admit que par ses contrats l'esclave peut devenir créancier ou débiteur naturel : *naturaliter et obligantur et obligant* (14. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7, Ulp.) (V. n° 189).

(4) Aussi, le préteur permit-t-il plus tard à l'esclave d'obliger dans certains cas son maître envers les tiers (V. n° 194). Mais il ne faut voir là qu'une faveur pour le maître, une atténuation aux principes suggérée par le désir de tirer le meilleur parti possible de l'intervention intelligente de l'esclave. En fait pourtant, cette innovation prétorienne a contribué à donner à l'esclave un sentiment plus vif de sa personnalité toujours niée par le droit.

(5) C'est là un exemple de l'opposition signalée entre le droit et les mœurs (V. n° 10). C'est qu'en effet, et la remarque s'applique à toute législation, les institutions humaines, si elles sont bonnes, ne produisent jamais tout le bien qu'on en attend, ni tout le mal qu'elles pourraient faire, si elles sont mauvaises.

(6) Aussi était-il nommé *familiaris, famulus*. Bréal et Bailly, *Dictionn. étymol. lat.*, v° *Famulus*. V. Boissier, *Religion romaine d'Auguste aux Antonins*, t. II, liv. 3, ch. 4.

ne fut pas non plus sans influence sur l'amélioration progressive de sa condition. On appelait pécule une partie du patrimoine du maître dont celui-ci laissait l'administration à l'esclave (7). Comme l'esclave ne pouvait être propriétaire, le pécule demeurait propriété du maître, et pouvait toujours être repris par lui. En fait, toutefois, le maître n'usait pas de ce droit. L'esclave conservait son pécule qui devenait comme son compagnon de servitude, était vendu avec lui à titre d'accessoire et d'habitude lui était laissé lorsqu'on l'affranchissait. Les maîtres trouvaient leur intérêt dans ces concessions de pécules. Ainsi se développait chez l'esclave l'esprit d'ordre et d'économie, ainsi s'éveillait l'amour du gain, qualités précieuses aux yeux des Romains et que l'esclave allait apporter ensuite dans la gestion des affaires dont le maître lui laissait le soin. Très souvent aussi, le maître faisait acheter à l'esclave sa liberté à prix d'argent et c'était le pécule grossi par les économies et les spéculations de l'esclave qui fournissait la somme exigée pour l'affranchissement (8).

24. — *Condition des esclaves (Suite). — Période du jus gentium. Droit classique et Bas-Empire.* — Avec l'Empire le sort des esclaves changea. Un double phénomène se produisit. En fait, la condition de l'esclave tendit à devenir plus dure. Les propriétaires se montraient beaucoup moins humains envers leurs esclaves que par le passé, car l'affluence des esclaves étrangers de race et d'idée à la civilisation gréco-romaine, augmentait la distance qui séparait l'esclave du maître, et rendait celui-ci plus rigoureux. A ce changement dans la condition de fait de l'esclavage correspond un adoucissement de sa condition légale. Les mœurs suffisaient autrefois à le protéger; elles étaient devenues plus dures, la loi dut se montrer plus douce. A cette époque d'ailleurs, la légitimité de l'esclavage commençait à être mise en doute. Le monde des penseurs et des lettrés, instruit aux leçons des Grecs, considérait cette institution comme contraire à la nature et au *jus naturale* (1). Cette con-

(7) *Peculium* est un dérivé de *pecus*. Bréal et Bailly, *Dictionn. étymol. lat.*, v° *Pecus*. Le pécule est défini par Tubero cité par Ulpien : *quod servus domini permissu separatim a rationibus domesticis habet* (5, § 4. Dig., *De pecul.*, XV, 1). Sur le pécule, v. Marquardt, *Vie privée des Romains* (trad. Henry), I, pp. 191-192.

(8) *Adde* pour la condition de fait des esclaves à la fin de la République : Boissier, *La religion romaine, d'Auguste aux Antonins*, t. II, pp. 366 et suiv.; Wallon, *Histoire de l'esclavage*, t. II, part. 2, ch. 3; et pour les deux périodes tant du *jus civile* que du *jus gentium*, Marquardt, *op. cit.* à la note ci-dessus, pp. 158 et suiv.

24. — (1) Cicéron recommande de traiter les esclaves avec justice. *De off.*, I, 13. Sénèque exprime dans un langage élevé la doctrine de l'égalité de l'esclave et du ma-

ception nouvelle ne pouvait manquer de réagir sur la législation. Elle inspira aux Empereurs toute une série de dispositions destinées à protéger l'esclave contre les rigueurs du maître. Les Empereurs au surplus avaient trop souvent mis à profit les services, les talents, les vices même de l'esclave pour ne pas lui en avoir gardé quelque reconnaissance (2).

C'est à Antonin le Pieux que revient l'honneur d'avoir proclamé des règles générales destinées à réprimer la cruauté des maîtres. Une constitution de ce prince punit le maître qui aura tué son esclave sans justes motifs, de la même peine que celui qui tue l'esclave d'autrui, c'est-à-dire de la déportation ou de la mort. D'après une autre constitution, le maître qui punit son esclave outre mesure ou se livre envers lui à des actes violents ou infamants, pourra être contraint par le magistrat à le vendre avec la clause que jamais il ne devra retomber sous la puissance de son ancien maître (G. I, 53; 2. Dig., *De his qui sui vel al.*, I, 6, Ulp.). Les empereurs chrétiens n'apportèrent aucun tempérament nouveau au sort des esclaves. Constantin avait interdit l'exposition des enfants même esclaves. Justinien renouvela cette défense et décida que les enfants exposés, au lieu de devenir esclaves de ceux qui les auraient recueillis, seraient libres.

L'esclavage s'il s'est adouci n'a donc pas disparu au Bas-Empire, et l'on peut affirmer que son maintien, l'une des plaies morales de la société antique, a été une des causes de sa ruine. Il a perpétué la disproportion des fortunes en enrichissant, outre mesure, certains grands propriétaires, et en tuant toute concurrence de la part des propriétaires de petits domaines et des travailleurs libres. C'est lui qui a toujours empêché la constitution d'une classe intermédiaire tenant le milieu entre la richesse extrême et le prolétariat. C'est l'esclavage enfin qui, éteignant chez l'homme libre l'activité et l'amour du travail, l'a façonné à la servitude impériale pour le livrer ensuite sans défense aux entreprises des Barbares (3).

tre. *De benef.*, III, 20; *Consol. ad Marc.*, 20; *Epist. ad Lucil.*, 31 et 47. V. le texte de Florentinus, n° 21; note 2. Le jurisconsulte Ulpien dira plus tard : *Quod attinet ad jus civile servi pro nullis habentur; non tamen et jure naturali, quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines æquales sunt* (32. Dig., *De reg. jur.*, L. 17).

(2) Sous Auguste, une loi Petronia, confirmée plus tard par des sénatusconsultes, défend aux maîtres de livrer leurs esclaves aux bêtes sans un juste motif, qui doit être approuvé par le magistrat. Claude décide que les maîtres qui abandonneraient leurs esclaves malades pour se dispenser de les soigner, perdraient leur droit de propriété. Adrien interdit au maître, sauf motifs légitimes, de tuer ou torturer son esclave. Marquardt, *Vie privée des Romains* (trad. Henry), I, pp. 223 et suiv.

(3) Boissier, *Religion romaine, d'Auguste aux Antonins*, t. II, p. 354; Wallon, *Histoire de l'esclavage*, t. II, part. 2, ch. 9.

25. — III. *Cessation de l'esclavage.* — L'esclavage peut prendre fin soit par des causes indépendantes de la volonté du maître, soit par un acte de renonciation volontaire à son droit de puissance.

1° *Causes de cessation de l'esclavage indépendantes de la volonté du maître.* — Parmi ces causes, la principale concerne exclusivement les esclaves devenus tels par la captivité⁽¹⁾. Il avait été admis que celui qui était fait captif redevenait libre de plein droit, s'il reconquerrait sa liberté par la fuite. Cette règle était applicable aux captifs faits par les Romains ainsi qu'aux Romains faits captifs par l'ennemi. De retour dans la cité, le citoyen reprenait donc pour l'avenir l'état d'homme libre. Mais on allait plus loin et on effaçait toutes les conséquences qu'avait pu entraîner sa captivité dans le passé. En vertu d'une fiction, appelée *jus postliminii* (*post limen*), le captif de retour était censé n'avoir jamais été fait prisonnier⁽²⁾.

2° *Cessation de l'esclavage dépendant de la volonté du maître.* — *De l'affranchissement*⁽³⁾. — La seule cause de cessation de l'esclavage qu'on ait à mentionner ici est l'affranchissement. On appelle ainsi un acte par lequel le maître renonce volontairement à sa puissance sur l'esclave. Cette abdication de la *potestas dominica* porte le nom significatif de *manumissio*⁽⁴⁾. L'esclave affranchi est appelé *libertus* dans ses rapports avec son ancien maître devenu son patron, *patronus*. Vis-à-vis des autres membres de la cité il est envisagé comme occupant une situation inférieure à celle des personnes libres de naissance, *ingenui*; il est un *libertinus* (G. I, 10, 11)⁽⁵⁾.

La théorie de l'affranchissement doit être étudiée successivement, dans le système du *jus civile*, dans celui du *jus gentium*, et

25. — (1) Citons aussi le cas où l'esclave devient libre de plein droit, lorsqu'il a été abandonné malade par son maître (V. n° 24, note 2).

(2) *Paterfamilias* au moment de sa captivité, il était censé n'avoir à aucun instant perdu la puissance paternelle, en sorte qu'il conservait le bénéfice des acquisitions réalisées entre temps par ses esclaves ou ses fils (G. I, 129). Toutefois le *postliminium* n'appartenait ni à ceux qui s'étaient rendus à discrétion, ni à ceux qui, en vertu d'un traité, étaient livrés par Rome à l'ennemi, ni à ceux qui revenaient à Rome, mais avec l'esprit de retour chez l'ennemi. La fiction du *postliminium* était également appliquée aux captifs faits par les Romains, en ce sens que, s'ils venaient à être repris après s'être enfuis dans leur pays, ils appartenaient non à leur ancien, mais à leur nouveau maître. V. Gaston May, *Grande Encyclopédie*, v° *Postliminium*.

(3) V. M. Fournier, *Grande Encyclopédie*, v° *Affranchissement*.

(4) Le mot *manus* désigne la puissance par excellence. L'esclave qui a d'abord été pris de force, *manu captum*, est ensuite renvoyé de la puissance, *manu mittitur* (V. n° 21).

(5) De là la subdivision des hommes libres en deux catégories : les ingénus, *ingenui*, c'est-à-dire ceux qui sont nés libres, et les affranchis, *libertini*, qui sont d'anciens esclaves devenus libres par affranchissement (V. n° 20).

dans le dernier état du droit, sous Justinien. Deux questions seront examinées pour chacune de ces périodes : 1° Quelles sont les conditions de validité de l'affranchissement ; 2° Quelle est la situation légale des affranchis.

26. — I. *Affranchissement dans le système du jus civile.* —

1° *Conditions de validité.* — Pour que l'affranchissement soit valable deux conditions sont nécessaires. Il faut qu'il s'agisse d'un esclave qui soit légalement en servitude, *in justa servitute* (G. I, 11). Car, si l'esclave n'est qu'en état de servitude de fait, s'il est *in servitute* sans être *servus*, le maître qui lui rend la liberté n'en peut pas faire un affranchi. Il était *ingenuus*, il demeure tel. Il faut en second lieu que le maître ait sur l'esclave la propriété quiritaire, *dominium ex jure quiritium*. A ces conditions de fond venaient se joindre des conditions de forme, en l'absence desquelles la volonté d'affranchir, si certaine qu'elle fût, restait inefficace. Ainsi l'exigeait le formalisme du droit primitif. Les modes solennels d'affranchissement usités dans cette première période étaient : le cens, la *vindicta*, le testament.

a) *Affranchissement censu.* — Cette forme paraît être la plus ancienne. Le maître laissait l'esclave s'inscrire au nombre des citoyens sur les registres du cens (1) (Ulp., *Reg.*, I, 8). Mais le cens n'ayant lieu que tous les cinq ans, et à Rome seulement, la nécessité d'un mode d'affranchissement praticable dans les intervalles du cens et ailleurs qu'à Rome, dut se faire bientôt sentir. De là l'affranchissement *vindicta*.

b) *Affranchissement vindicta.* — Cette forme d'affranchissement est un procès fictif en réclamation de la liberté, intenté par l'esclave à son maître. Devant le magistrat comparaissaient le maître et l'esclave. Celui-ci ne pouvant plaider lui-même était représenté par un homme libre, *assertor libertatis*, qui, touchant l'esclave d'une baguette, *vindicta*, revendiquait la liberté de l'esclave (2). Au lieu de contredire à la demande, comme il l'eût fait s'il s'était agi d'un procès sérieux, le maître gardait le silence ou reconnaissait le bien-fondé de la prétention. Cet aveu judiciaire était consi-

(26). — (1) De même qu'on devenait esclave en omettant de se faire porter sur les registres du cens (V. n° 22, note 5), de même on cessait de l'être si on y était inscrit avec l'assentiment du maître. Il y a là une des applications de la règle du *contrarius actus* dont nous aurons à signaler à plusieurs reprises l'importance (V. n°s 196, 201).

(2) La *vindicta* ou *festuca* est, on le verra plus loin, le symbole de la *hasta*, qui elle-même est le signe de la propriété quiritaire (V. n°s 82, 268, 272). Sur les procès non simulés en revendication de la liberté, V. n° 295.

déré comme manifestant d'une façon suffisante la volonté du maître. Le magistrat sanctionnait cet accord, *addicere*, en déclarant l'esclave libre (Ulp., *Reg.*, I, 7). On voit facilement que ce mode d'affranchissement était d'un emploi plus commode que l'affranchissement par le cens, puisque pouvant avoir lieu partout où se trouve un magistrat chargé de rendre la justice, il pouvait s'opérer en tout temps. Le recours au moyen du procès fictif prouve bien qu'il s'agit là d'un expédient destiné à tourner une impossibilité légale. Cela montre bien que l'affranchissement *vindicta* est postérieur en date à l'affranchissement *censu*.

c) *Affranchissement testamento*. — Dans les deux modes d'affranchissement décrits ci-dessus, c'est l'esclave qui prend l'initiative de l'acte par lequel il va devenir libre. C'est lui qui se fait inscrire au rang des citoyens, lui qui se porte demandeur dans l'action en justice. L'assentiment du maître, si nécessaire qu'il soit, n'est pas exprimé formellement dans l'acte. La *manumissio* n'a pas l'apparence d'un acte juridique émanant du maître. Il en est autrement dans le cas d'affranchissement *testamento* (3). La liberté est alors donnée à l'esclave par une disposition expresse contenue dans le testament du maître. L'esclave est au nombre des personnes gratifiées par le testateur et la disposition faite à son profit est un legs : le legs de la liberté (4).

2° *Situation légale des affranchis*. — Il faut étudier successivement les rapports de l'affranchi avec les autres membres de la cité et ses relations juridiques avec son patron. Cela revient à dire que tout affranchi joue un double personnage ; il est à la fois *libertinus* et *libertus* (V. n° 25). Sa condition légale doit donc être envisagée sous ces deux aspects.

a) Dans la cité, l'affranchi, *libertinus*, est un homme libre et un citoyen. Mais il n'est pas l'égal des citoyens libres de naissance, des ingénus, *ingenui*. Privé du *jus honorum* et du *jus connubii* avec les ingénus, il n'est qu'un citoyen de qualité inférieure, *civis*

(3) Les modes d'affranchissement *censu* et *vindicta*, sont des modes entre-vifs, c'est-à-dire qu'ils supposent la liberté donnée à l'esclave par un maître encore vivant. Dans l'affranchissement *testamento*, la liberté n'est acquise à l'esclave qu'après le décès du maître. L'affranchissement n'a lieu ici qu'à cause de mort, *mortis causa*.

(4) Dans les débuts, en effet, l'affranchissement revêtait l'aspect d'un legs *per vindicationem*, en sorte que l'esclave devenait libre *directo*, c'est-à-dire sans l'intervention de l'héritier, par cela seul que la succession était acquise à ce dernier. Aussi avait-il pour patron le défunt, et de là son nom de *libertus orcinus*. Plus tard, l'affranchissement testamentaire put être fait aussi *per fideicommissum*, le testateur chargeant son héritier de donner la liberté à l'esclave par un des modes entre-vifs, en sorte qu'ici l'esclave a pour patron l'héritier (G. II, 267, 266 ; Ulp., *Reg.*, II, 8).

minuto jure (V. n° 32) (5). Mais cette inégalité de condition n'était pas héréditaire. En droit, les enfants de l'affranchi sont *ingenui* (6).

b) Dans ses rapports avec son patron, l'infériorité sociale de l'affranchi, *libertus*, est encore plus forte. Tiré du néant par le maître, c'est à lui qu'il doit la vie juridique, comme l'enfant doit à son père la vie naturelle. Aussi le maître lui communique-t-il son nom et sa nationalité (7). De plus, il a sur lui des droits, *jura patronatus*, qui maintiennent entre l'affranchi et le patron des rapports de dépendance, véritables vestiges de la puissance domaniale éteinte. Au nombre de ces droits figurent en première ligne les *jura in bonis*, c'est-à-dire le droit pour le patron et sa famille de succéder *ab intestat* à l'affranchi mort sans descendants.

27. — II. *Affranchissement dans le système du jus gentium.* —

Dès la fin de la République et au début de l'Empire, de grands changements se produisirent dans la législation relative aux affranchis. D'une part, les progrès de la civilisation et la disparition des mœurs anciennes inclinaient les esprits à une plus grande bienveillance pour les affranchis dont l'influence devenait de plus en plus marquée. Mais en même temps les hommes politiques étaient frappés des périls que leur introduction dans la cité faisait courir à l'Etat. Les guerres civiles avaient diminué le nombre des ingénus. A cette race énergique et laborieuse qui avait fait la force et la fortune de Rome, succédaient des hommes nouveaux, étrangers par leur origine aux idées nationales, corrompus par leur passage dans la condition servile.

Un double courant contradictoire se manifeste dès lors dans le droit. D'une part, on édicte des dispositions favorables aux affranchissements, de l'autre on essaie de réagir contre les facilités trop grandes laissées à l'esclave pour devenir libre et citoyen (1). Pour exposer avec méthode les résultats de ce renouvellement du droit nous examinerons : 1° les formes de l'affranchissement dans cette

(5) V. sur le droit de cité inférieur des affranchis, Mommsen, *Le droit public romain* (trad. Girard), t. VI, 2^e part., pp. 1 et suiv.

(6) En fait, les enfants d'affranchis et même leurs petits-enfants gardaient de leur origine une sorte de tare, en sorte qu'ici les mœurs étaient moins douces aux affranchis que le droit. Dans la période suivante, Horace fils d'affranchi, relève non sans amertume les attaques dont il est l'objet à ce propos : *nunc ad me redeo.... quem rodunt omnes libertino patre natum. Sat.*, I, 6; 45, 46, *Adde Epist.*, I, 20, 20.

(7) L'affranchi prenait le *nomen gentilitium* et le *prænomen* de son maître auxquels il ajoutait son ancien nom d'esclave comme *cognomen*. Mais ce n'est pas là une règle absolue.

27. — (1) Lemonnier, *Étude historique sur la condition privée des affranchis*, pp. 20 et suiv.

période; 2° les restrictions apportées à la faculté d'affranchir; 3° la condition légale des affranchis.

1° *Formes de l'affranchissement*. — Les trois procédés solennels d'affranchissement continuèrent à être employés. Puis l'affranchissement *censu* disparut de la pratique à partir du moment où les opérations du cens cessèrent d'avoir lieu. A côté des modes d'affranchissement solennels, on trouve d'ailleurs à cette époque des modes non solennels (2). Le maître qui voulait donner la liberté à son esclave sans recourir aux formes solennelles se contentait de déclarer sa volonté en présence de quelques amis, *inter amicos*, ou par l'envoi d'une lettre, *per epistolam*. Mais cette façon de procéder, d'un emploi plus commode pour le maître, faisait à l'affranchi une situation mal définie et équivoque. Libre en fait, *in libertate*, l'esclave demeurait en droit esclave. Le droit prétorien avait tenté de remédier aux inconvénients qu'entraînait ici la stricte application des principes (3). Une loi *Junia (Norbana)*, dont la date exacte n'est pas connue vint compléter heureusement l'œuvre du droit honoraire (4). Elle décidait que les esclaves affranchis sans l'emploi des formes solennelles seraient libres, mais ne deviendraient pas citoyens. Elle les assimilait aux *latini coloniarii*. Dès lors, on les désigna sous le nom de *latini juniani* (§ 3, Inst., *De libert.*, I, 5). Ici se manifeste donc la double tendance dont il a été parlé plus haut, une pensée de faveur pour les affranchis dont on assure la condition, une pensée de défiance qui se manifeste par le refus de la qualité de citoyen (5).

2° *Restrictions à la liberté d'affranchir*. — Sous la République aucune restriction ne limitait le droit d'affranchir. A l'époque d'Auguste, les lois *Ælia Sentia* et *Fufia Caninia*, nées du mouvement d'opinion qui se produisait alors contre les affranchis, diminuèrent à cet égard le droit absolu du propriétaire d'esclaves (6).

La première exige pour la validité de l'affranchissement que le maître soit âgé d'au moins vingt ans. Elle annule également l'af-

(2) Les débuts de la période du *jus gentium* sont caractérisés, en effet, par une tendance générale à la simplification des formes. Aux actes solennels de l'époque primitive viennent s'adjoindre pour chaque institution, des actes sans forme.

(3) En droit, le maître qui voulait revenir sur sa promesse pouvait revendiquer l'esclave comme n'ayant pas cessé de lui appartenir. Mais le préteur faisait échouer cette revendication contraire à l'équité (G. III, 56).

(4) Tous les textes, à l'exception des Institutes de Justinien, appellent cette loi : *lex Junia*. Pour sa date, V. Girard, *Manuel élémentaire*, p. 120.

(5) Inférieurs même aux autres *latini*, les *Juniani* ne peuvent laisser aucune succession. S'ils ont vécu libres, ils meurent esclaves, et leurs biens, véritable pécule, sont repris par l'ancien maître (G. III, 56, 57, 58).

(6) V. Gaston May, *Grande Encyclopédie*, v° *Ælia Sentia* (Loi).

franchissement fait en fraude des droits des créanciers du maître affranchissant (G. I, 38, 37). En même temps, la loi *Ælia Sentia* voulant restreindre le nombre des affranchis citoyens exigeait que l'affranchi, pour obtenir le droit de cité, fût âgé d'au moins trente ans. Affranchi avant cet âge il ne devenait que latin junien (G. I, 18). Si d'ailleurs l'esclave avait, durant sa servitude, été frappé de peines ou flétrissures déshonorantes, il ne pouvait, bien qu'affranchi, devenir ni citoyen, ni latin. Il était traité comme *peregrinus dedititius* (V. n° 32), privé du droit de parvenir jamais à la cité ou à la latinité, frappé d'une interdiction de séjour dans Rome et dans un rayon de 100 milles autour de la ville (G. I, 13, 15)(7).

Quant à l'autre loi, elle était destinée à limiter le nombre des affranchissements testamentaires. On avait remarqué que les maîtres, peu disposés en général à donner la liberté à leurs esclaves par acte entre-vifs, se montraient beaucoup plus prodigues d'affranchissements dans leur testament, au grand préjudice de leurs héritiers. La loi *Fufia Caninia* fixa désormais le chiffre maximum d'esclaves qu'on pouvait affranchir par testament, et déclara nuls les affranchissements dépassant ce chiffre (G. I, 42-46).

3° *Condition légale des affranchis.* — A la suite des lois *Junia (Norbana)* et *Ælia Sentia*, les affranchis, au lieu de jouir comme autrefois d'une condition juridique uniforme, forment trois classes bien distinctes (Ulp., *Reg.*, I, 5). 1° En première ligne, viennent les affranchis citoyens qui, en droit comme en fait, tendent à se rapprocher des ingénus. Aussi, dit-on d'eux qu'ils ont la *major libertas*. Sous Auguste en effet, la loi *Julia (de marit. ordin.)* leur accorde le droit de contracter des *justæ nuptiæ, jus connubii*, avec les ingénus, sauf avec les personnes de rang sénatorial (44, pr. Dig., *De rit. nupt.*, XXIII, 2, Paul). Enfin une concession de l'Empereur pouvait relever l'affranchi de son état d'infériorité et l'admettre au rang des ingénus. 2° Les affranchis latins occupent le second rang, ils ont la *minor libertas*. Privés de tout droit politique et du *jus connubii*, ils ont le *jus commercii*, avec cette restriction toutefois qu'ils sont privés du *jus capiendi ex testamento* et du droit de laisser à leur mort une succession testamentaire ou *ab intestat* (8). Mais la loi *Ælia Sentia* et d'autres dispositions législatives postérieures rendaient facile au latin l'acquisition de la qualité de citoyen et lui permettaient de sortir de cette condition infé-

(7) Les dispositions de la loi *Ælia Sentia* étaient applicables aussi bien aux affranchissements testamentaires qu'aux affranchissements entre-vifs.

(8) V. ci-dessus, note 5 et n° 251.

rieure (9). 3° Les *dedititii* occupent le dernier degré. Ils n'ont que les droits généraux que consacre au profit de tout individu, quelle que soit sa nationalité, le droit commun à toutes les nations, le *jus gentium*. Ils ne peuvent parvenir, on l'a vu, ni à la latinité ni à la cité. Aussi ont-ils la *pessima libertas*.

28. — III. *Affranchissement dans le dernier état du droit.* — De notables réformes furent réalisées au Bas-Empire en matière d'affranchissement. Presque toutes sont dues à Justinien. On peut les résumer ainsi : 1° Les formes solennelles d'affranchissement, *vindicta* et *testamento* sont maintenues. Mais le procédé *vindicta*, dépouillé de son appareil formaliste n'est plus qu'une déclaration du maître devant le magistrat. Au lieu et place du cens, on pratique sous Constantin l'affranchissement *in ecclesia*, déclaration solennelle du maître, à l'église, devant les prêtres et les fidèles. Les formes non solennelles, *inter amicos*, *per epistolam*, sont admises également et produisent le même effet, pourvu qu'elles puissent être considérées comme manifestant suffisamment l'intention d'affranchir (1). 2° Les restrictions légales à la faculté d'affranchir sont pour la plupart supprimées. La loi *Fufia Caninia* est abrogée. De la loi *Ælia Sentia* ne subsiste plus que la nullité des affranchissements faits par un mineur de vingt ans ou par le débiteur en fraude de ses créanciers (pr.; 6, Inst., *Qui ex quib. caus.*, I, 6). 3° La division des affranchis en trois classes est supprimée. Il n'y a plus ni latins ni *dedititii*. Désormais, comme au début, l'affranchissement valablement accompli par un citoyen fait de l'esclave un citoyen. Par le seul fait de l'affranchissement, l'affranchi est relevé de son infériorité sociale vis-à-vis de tous autres que son patron. Celui-ci conserve ses *jura patronatus*, mais il peut y renoncer et égaler ainsi tout à fait l'affranchi à un ingénu.

29. — *Du colonat.* — A côté de l'esclavage, il faut mentionner le colonat qui, au Bas-Empire, forme comme un échelon intermédiaire entre la servitude et la liberté (1). Le colon que les sources

(9) V. Pour l'indication des moyens donnés au latin de parvenir à la cité : G. I, 29, 30, 31, 32, 32 b, 32 c, 33 ; Ulp., *Reg.*, III, 1, 3, 4.

28.— (1) Les formes romaines d'affranchissement, par testament, *in ecclesia*, *per epistolam* ou *cartam*, ont continué à être pratiquées à l'époque franque, et ont fait concurrence aux modes francs qu'elles ont fini par supplanter. V. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit français*, p. 589.

29.— (1) L'ancien droit avait déjà connu ces situations juridiques tenant le milieu entre la liberté et la servitude, plus voisines pourtant de celle-ci que de celle-là. Telle était la condition des *nexi* (V. n° 126), des *judicati* (V. n° 274), du *fur manifestus* (V. n° 178), de la personne *in mancipio* (V. n° 53):

désignent sous les noms de *colonus*, *inquilinus*, *originarius*, *adscripticius*, *tributarius*, est avant tout un homme libre, souvent un citoyen romain. On lui reconnaît le droit de contracter un mariage légitime, d'être propriétaire, de transmettre ses biens. Mais, placé sur un fonds dont il n'a pas la propriété et qu'il cultive à charge de payer au propriétaire une redevance périodique, il reste attaché à ce fonds qu'il ne peut désertier. Le propriétaire a le droit, s'il s'enfuit, de l'y ramener de force. En cas d'aliénation, il passe avec la terre elle-même, au propriétaire nouveau, à titre d'accessoire du fonds. Ce lien indissoluble qui unit ainsi le colon au sol, fait qu'on le considère comme l'esclave de la terre sur laquelle il travaille, *servus terræ*. La condition de colon était héréditaire et perpétuelle. La prescription ne peut, du moins sous Justinien, soustraire les colons à leur condition.

Cette institution s'est établie lentement sous l'influence de causes multiples sur la portée et le nombre desquelles la science moderne n'a pu encore faire une lumière complète. Déjà au II^e siècle on la voit apparaître, elle se développe au III^e siècle en dehors de toute action législative. C'est seulement au IV^e siècle à partir de Constantin, que les empereurs s'en préoccupent dans leurs constitutions, et consacrent officiellement les principales règles que la pratique avait fait prévaloir bien longtemps avant eux. Le colonat est encore en pleine vigueur sous Justinien et il a subsisté en Occident pendant plusieurs siècles après la chute de la domination romaine (2).

DEUXIÈME DIVISION DES PERSONNES

Citoyens et non citoyens.

30. — *Notion générale.* — La division des personnes en citoyens, *cives*, et non citoyens, *non cives*, essentielle pour le droit public, eut d'abord en droit privé, une importance capitale qu'elle perdit depuis. Seul, en effet, le citoyen avait part au droit de la cité, *jus civile*. Le non citoyen en était systématiquement exclu. Cette conception d'un caractère étroit disparut peu à peu. Par une série de transitions insensibles, les Romains admirèrent les étran-

(2) Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, pp. 3-186; Fustel de Coulanges, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France*, t. I, p. 244, 2^e édit.; Esmein, *Mélanges d'histoire du droit*, pp. 306 et suiv.; Cours élément. d'histoire du droit français, pp. 22-24; Brissaud, *Manuel d'histoire du droit français*, p. 508.

gers aux privilèges juridiques que conférait la qualité de citoyen. Des raisons politiques, des vues d'intérêt, des considérations d'ordre philosophique ont favorisé ce mouvement. Commencé sous la République, il aboutit vers le milieu de la période impériale. Ainsi s'est dégagée l'idée de l'égalité des hommes au point de vue du droit privé, idée dont toutes les applications ne sont pas encore adoptées aujourd'hui par les législations modernes.

Pour retracer cette évolution, il faut envisager d'abord le *civis*, puis mettant en face de lui le *non civis*, on aura à montrer comment on en est venu à faire participer les *non cives*, aux droits dérivant de la qualité de *civis*.

I. *Des citoyens. Privilèges attachés à la qualité de citoyen.* — Dans la Rome primitive, le citoyen, *civis*, est celui qui est agrégé à l'association politique des familles ou *gentes*. Seul il a la pleine jouissance du *jus civile*, du droit exclusivement propre aux citoyens. Or, le *jus civile* comprend trois droits essentiels : *jus connubii*, *jus commercii*, *legis actio*. 1° Le *jus connubii* est le droit de contracter un mariage valable d'après le *jus quiritium*, *justæ nuptiæ*, et de jouir de tous les avantages légaux qui en découlent : puissance sur la femme et sur les enfants. C'est aussi le *connubium* qui crée la parenté civile ou *agnatio* avec toutes ses conséquences légales : droit à la succession *ab intestat* et à la tutelle. En somme le *jus connubii* comprend tous les droits que l'individu peut avoir dans la famille. 2° Par *commercium*, il faut entendre l'ensemble des droits que le citoyen peut avoir sur les choses : la faculté d'acquérir le droit de propriété romaine, *dominium ex jure quiritium*, de faire tous les actes de disposition qui en dérivent, aliéner entre-vifs, transmettre ses biens par testament, acquérir aux mêmes titres, s'obliger ou devenir créancier. 3° Enfin, pour la garantie de tous ces droits, le citoyen peut avoir recours à la justice et agir suivant l'antique forme de procédure, par voie de *legis actio* (1).

Diverses classes de citoyens. — Entre les citoyens il y a eu aux différentes époques de l'histoire de Rome des distinctions en classes privilégiées et inférieures qui ont eu en droit public une importance assez sérieuse. Mais de bonne heure, dès les XII Tables, a prévalu en droit privé, le principe de l'égalité des droits. Il a toujours subsisté depuis. C'est seulement avec le régime impérial, surtout à l'époque de son déclin, qu'on relève de véritables inégalités dans

30. — (1) On voit par là que de fort bonne heure, les Romains ont connu et appliqué, sous une forme encore rudimentaire, il est vrai, la division tripartite du droit privé en personnes, choses et actions (V. n° 10).

la condition privée des personnes. Ces distinctions, n'ont jamais eu d'ailleurs l'importance que devait prendre plus tard la division en classes dans la société du moyen âge.

1° La plus ancienne est celle des patriciens et des plébéiens. Dans les débuts, les patriciens seuls sont citoyens. A côté d'eux, et bien que vivant en fait dans l'état romain, les plébéiens forment une classe de personnes tenues complètement en dehors du droit de la cité. La constitution de Servius Tullius organisant l'état patricio-plebéien fit des plébéiens des citoyens, mais non au même titre que les patriciens. Ceux-ci forment en effet une caste d'ordre supérieur tandis que les plébéiens, privés du *jus honorum* et du *jus connubii* avec les membres de la caste patricienne, ne sont que des *cives* de qualité inférieure. Cette inégalité de condition ne fut point effacée sur tous les points par la loi des XII Tables. Elle ne disparut complètement pour ce qui est du droit privé, qu'avec la loi *Canuleia* qui reconnut la validité des mariages entre les deux ordres (an 309, U. C.). L'égalité civile une fois conquise, la lutte pour l'égalité politique continua. Elle se termina, on le sait, par la victoire complète de la plèbe⁽²⁾.

2° A dater du 1^{er} siècle de notre ère, les citoyens se trouvent de nouveau divisés en deux classes. Certains privilèges de droit privé sont accordés aux *clarissimi*, c'est-à-dire à ceux qui font partie de l'*ordo senatorius* (3). Les *clarissimi* comprennent les sénateurs, descendants et femmes de sénateurs. Le mariage était prohibé entre ces personnes et les affranchis ou ceux qui sont adonnés au métier de comédien (4). En second lieu, les *clarissimi* étaient dispensés, en cas d'insolvabilité, de subir la procédure de *bonorum venditio* et évitaient ainsi l'infamie qui en était la suite nécessaire (5). Enfin ils jouissaient d'un privilège de juridiction, car quel que fût leur domicile, ils avaient toujours le droit de demander leur renvoi devant le *præfectus urbi*. Au Bas-Empire, le nombre des *clarissimi* s'est accru. Dans la société très hiérarchisée de l'époque, ils constituent la première classe; mais ils se distinguent des autres plutôt par les

(2) Pour la question encore obscure des origines de la plèbe, et l'histoire intéressante de ses luttes avec le patriciat, V. Ortolan, *op. cit.*, t. I, nos 15, 102 et suiv.; Mispoulet, *Instit. polit. des Romains*, t. I, § 7; II, § 97; Madvig, *État romain*, trad. Morel, t. I, pp. 82 et suiv.

(3) V. sur l'*ordo senatorius*, Mommsen et Marquardt, *Manuel des antiquités romaines* (trad. Girard), t. VI, 2^o part., pp. 47 et suiv.

(4) C'est la loi *Julia*, l'une des célèbres lois caducaires, qui édicta cette prohibition qui ne disparaît que sous Justinien (V. n^o 27).

(5) En leur faveur on imagina la procédure de *bonorum distractio* qui fut plus tard généralisée au profit de tous (V. n^o 292).

charges qui pèsent sur eux que par les avantages dont ils sont investis, avantages qu'ils avaient peu à peu fini par perdre.

3° C'est avec l'Empire également et l'établissement des armées permanentes qu'apparaît une autre distinction, celle des *milites* et des *non milites*. Les premiers sont régis par une législation spéciale, les seconds, appelés *pagani*, restent soumis au droit commun (6). Le plus important des privilèges dont les militaires jouissent, consiste dans la dispense des règles les plus gênantes du droit commun en matière de succession. Il en sera traité ultérieurement (V. n° 264) (7).

31. — *Des citoyens (Suite).* — *Comment s'acquiert et comment se perd la qualité de citoyen.* — 1° *Acquisition.* — La qualité de *civis* s'acquiert par l'effet de la naissance ou par un fait postérieur à la naissance.

a) Théoriquement, on peut concevoir de deux façons l'acquisition de la qualité de citoyen par l'effet de la naissance : *jure soli*, c'est-à-dire par le fait de la naissance sur le sol de la cité et quelle que soit la nationalité des parents; *jure sanguinis*, c'est-à-dire par cela seul qu'on est issu de parents citoyens eux-mêmes, et quel que soit le lieu où l'on est né. De ces deux systèmes, c'est le second qu'admit le droit romain (1). La cité, en effet, dans les idées antiques, n'est que l'association d'un certain nombre de familles. Pour être membre de la cité, il ne suffit pas d'être né sur son territoire, il faut appartenir par la descendance à l'un des groupes familiaux qui composent l'État. La qualité de citoyen est donc transmise des parents aux enfants, *jure sanguinis*. Mais quel est celui des deux parents qui va communiquer à l'enfant sa nationalité? Une double règle fournit la solution de la question : l'enfant issu d'un mariage légitime, *justæ nuptiæ*, suit la condition du père, tandis que né en dehors des *justæ nuptiæ*, il suit la condition de la mère (G. I, 67, 89) (V. n° 22, note 1). De là résulte que l'enfant naît citoyen dans deux cas : lorsqu'il a pour père un citoyen, marié en légitime mariage et quelle que soit alors la nationalité de sa mère (2), et aussi lorsqu'il est né en

à l'opposition qui, à dater du troisième siècle seulement, s'accuse entre le *jus militare* ou *privilegium militum* et le *jus commune* (40. Dig., *De adm. et per. tut.*, XXVI, 7, Papin; 15. Dig., *De vulg. et pupill. subst.*, XXVIII, 6, Papin).

(7) V. aussi ce qui est relatif au *peculium castrense* (V. n° 36).

31. — (1) C'est encore celui qui prévalait lors de la rédaction de notre Code civil. Mais, à l'heure présente, la théorie de l'acquisition de la qualité de citoyen *jure soli* paraît gagner du terrain (art. 8-3° et 4°, Loi du 22 juillet 1893).

(2) Il peut y avoir en effet *justæ nuptiæ* entre un citoyen et une *non civis* si du moins cette dernière appartient à une nationalité avec laquelle les Romains ont le *jus connubii* (G. I, 76).

dehors du mariage, des relations passagères d'un individu quelconque avec une femme non mariée, si cette femme est romaine (3).

b) La qualité de citoyen pouvait s'acquérir par un fait postérieur à la naissance, soit par l'effet de l'affranchissement dans le cas où le maître était lui-même citoyen, soit par la concession du droit de cité par voie de mesure individuelle ou collective (V. n^{os} 26, 32).

2° *Perte*. — Toutes les causes qui entraînaient la perte de la liberté faisaient perdre par voie de conséquence la qualité de *civis*, car un esclave ne pouvait être membre de la cité. Il suffit donc d'indiquer ici les causes qui, sans toucher à la liberté, font perdre la cité. Les principales sont : 1° l'admission d'un citoyen comme membre d'une cité étrangère, car il est de principe qu'on ne peut appartenir à la fois à deux cités différentes (G. I, 131) (V. art. 17, 18, C. civ.); 2° la condamnation à la peine de *l'aquæ et ignis interdictio* qui, sous l'Empire, fut remplacée par celle de la déportation (4).

32. — II. *Des non citoyens*. — Au citoyen le droit primitif oppose le non citoyen, appelé *hostis*, étranger à la cité, tenu par conséquent en dehors du droit (1). Mais la cité et le droit ne devaient pas lui rester toujours complètement fermés. En dessous du *civis* qui a tous les droits, on trouve bientôt diverses catégories de personnes que la politique romaine a associées d'une façon plus ou moins large à la cité et aux prérogatives du *jus civile*. Tels furent ceux qu'on peut appeler des *cives minuto jure*, tels furent aussi les Latins, *latini*. Ces personnes forment un degré intermédiaire entre les *cives* et les étrangers véritables, *peregrini*. Sous l'Empire, ces diverses catégories de non citoyens : *cives minuto jure*, *latini*, *peregrini*, devaient disparaître. Tous à un moment donné devinrent citoyens à droit complet (*optimo jure*). Il ne resta plus en face du *civis* que le barbare, *barbarus*, ennemi permanent de la civilisation romaine, placé, comme l'*hostis* d'autrefois, hors la loi, auquel par

(3) L'enfant issu d'une union régulière entre deux personnes dont l'une n'est pas *civis* (*dispar matrimonium*) ne naît pas citoyen. Il en est ainsi, alors même que la mère est romaine, quoique l'enfant né en dehors des *justæ nuptiæ* doive suivre la condition de la mère. Une loi *Minicia* avait, en effet, décidé qu'en cas de *dispar matrimonium* l'enfant suivrait toujours la pire condition (Ulp., *Reg.*, V, 8; G. I, 78).

(4) Le condamné était interné dans un pays soumis à la domination de Rome, et où tout en demeurant libre, il était privé des avantages du *jus civile* et traité comme *sine civitate*, n'ayant plus que les droits dérivant du *jus gentium*.

32. — (1) Le nom d'*hostis* qui a été détourné plus tard de son acception première n'implique pas l'idée d'une guerre déclarée entre Rome et la nation étrangère. Cicéron, *De offic.*, I, 12; Festus, v^o *Hostis*; Varro, *De ling. lat.*, V, 3; Bréal et Bailly, *Dictionn. étymol. lat.*, v^o *Hostis*.

conséquent aucun droit n'est reconnu. On va retracer à grands traits les diverses phases de ce lent travail d'assimilation qui élargit la cité romaine jusqu'à lui faire comprendre tous les pays que Rome avait conquis.

Diverses classes de non citoyens. — 1° *Cives minuto jure.* — On appelle ainsi, par opposition aux *cives optimo jure*, des personnes qui sont privées de quelques-uns des droits que confère la cité romaine, et qu'on pourrait appeler des demi-citoyens. Tels furent les plébéiens jusqu'à ce qu'ils eurent conquis l'égalité des droits politiques et civils (V. n° 30) ; tels furent les habitants des municipes et des colonies romaines, et aussi les affranchis citoyens pendant la période du *jus civile* (V. n° 26).

2° *Latini.* — Les *latini* furent tout d'abord les individus qui faisaient partie des *civitates* de la ligue latine ou des colonies qu'elle avait fondées. Ces *latini* auxquels Rome était unie par un lien fédératif avaient un droit propre qui, à raison de la communauté de race, était sur presque tous les points identique au *jus civile* ancien des Romains. En outre, dans leurs rapports avec les Romains, ils jouissaient certainement du *jus commercii* et très probablement du *jus connubii* et de la *legis actio*. Après la défaite et la destruction de la ligue latine, certaines *civitates* latines reçurent la *civitas romana* complète. D'autres gardèrent dans leurs rapports avec Rome leur condition antérieure, parfois quelque peu diminuée. Ce furent là les *latini veteres* dont la situation servit de modèle à celle des habitants des colonies latines fondées depuis par Rome soit dans l'ancien Latium, soit dans le reste de l'Italie, *latini coloniarii*. Ce *jus latii coloniarii* fut concédé ensuite à des cités italiennes, bien qu'elles ne fussent pas constituées en colonies latines. Ce fut là l'origine de la *latinitas* fictive accordée sous l'Empire à des pays entiers en dehors de l'Italie, comme l'Espagne sous Vespasien, et aussi de la *latinitas* spéciale attribuée à une certaine classe d'affranchis, les *latini juniani* (V. n° 27-1°) (2).

3° *Peregrini.* — On désigne sous ce nom générique tous ceux qui, sujets de Rome, font partie d'une *civitas* qui n'est ni colonie romaine ou latine, ni municipe, ni assimilée à une colonie latine et a conservé d'une façon plus ou moins complète le bénéfice de son droit national (3). Les habitants de ces *civitates peregrinæ* n'ont

(2) V. Mispoulet, *op. cit.*, t. II, pp. 50 et suiv.; Willems, *Droit public romain*, pp. 132, 133 et suiv.

(3) A plusieurs reprises, Gaius dans ses *Institutes* fait allusion à ce droit local, indépendant du droit romain, *leges moresque peregrinorum*, dont il paraît avoir été scrupuleusement informé (G. I, 92, 193; III, 96, 120, 134).

ni *connubium*, ni *commercium* avec les Romains. On leur applique les règles du *jus gentium*, et il a fallu de bonne heure créer une procédure spéciale pour les litiges qu'ils pouvaient avoir avec les citoyens (4). A côté mais en dessous d'eux, on rencontre des *peregrini dedititii*, appartenant à une *civitas* à laquelle Rome n'a pas conservé le bénéfice de ses lois nationales. Ces pérégrins *sine civitate* en sont réduits, dans leurs rapports entre eux ou dans leurs rapports avec les Romains, aux principes du *jus gentium*. Ils occupent le dernier degré de l'échelle, et c'est précisément sur leur condition qu'a été modelée celle des affranchis du dernier ordre, *libertini dedititii* (V. n° 27-3°) (G. I, 13, 14).

Disparition des diverses classes de non citoyens. — C'est par l'Italie que commença le mouvement qui devait aboutir à la disparition des diverses classes de non citoyens. A la suite de la guerre sociale, les lois *Julia* et *Plautia Papiria* accordèrent le droit de cité complet à tous les habitants de l'Italie qui ne l'avaient pas encore. Désormais, il n'y eut plus en Italie qu'une seule classe de personnes, les *cives*, tous agrégés à la *civitas* unique et suprême qui absorbe en elle toutes les autres. Cette assimilation devait s'accroître sous l'Empire en s'étendant aux provinces. Procédant par voie de concessions individuelles, les Princes accordèrent le titre de citoyen à un nombre croissant de personnes (V. n° 34-1°) (5). Ils dotèrent certaines villes latines d'un privilège en vertu duquel leurs habitants deviendraient de plein droit citoyens après avoir été investis d'une fonction municipale (6). Caracalla consumma cette œuvre par un édit concédant formellement le droit de cité à tous ceux qui faisaient partie de l'*orbis romanus* (17. Dig., *De stat. hom.*, I, 5, Ulp.) (7).

Sous Justinien, après qu'il eut supprimé toute distinction entre les diverses classes d'affranchis, la qualité de sujet de l'Empire entraîne nécessairement celle de *civis*. En face du *civis*, il n'y a

(4) C'est dans cette procédure spéciale, différente dans sa simplicité de la *legis actio* que l'on s'accorde à voir les premiers rudiments du système dit formulaire, appliqué ensuite aux citoyens eux-mêmes par la loi *Æbutia* (V. n° 276).

(5) Par exemple aux soldats envoyés en congé. Ils conservaient copie de la concession sur un diptyque de bronze. On a retrouvé un grand nombre de ces titres. V. Girard, *Textes*, p. 109. Les concessions s'adressaient aussi à toute une catégorie de personnes; ainsi fit Claude en faveur d'un certain nombre de Gaulois.

(6) On distinguait à cet égard le *majus* et le *minus latium* (G. I, 95, 96). Mispoulet, *op. cit.*, t. II, pp. 62 et suiv.

(7) Après l'Édit de Caracalla, on trouve encore dans l'Empire des individus non citoyens : d'abord les affranchis latins et pérégrins, et même des *ingenui* pérégrins. Il semble donc que l'Édit de Caracalla n'ait pas été d'une application aussi générale que paraît le supposer le texte très concis d'Ulpien.

plus que le *barbarus*, tenu en dehors du cercle d'action de la civilisation romano-byzantine, auquel on ne reconnaît pas plus de droit qu'à l'*hostis* du début. Il semble donc qu'on en soit revenu au droit primitif. Mais ce n'est qu'une apparence. Au cours des siècles la notion du droit de cité s'est transformée et élargie. La qualité de *civis* n'est plus comme autrefois le privilège d'un petit nombre de personnes, elle appartient à tous ceux qui font partie de l'*orbis romanus*. L'Empire ou du moins ce qui en reste, est devenu une *civitas* unique dans laquelle sont venues se fondre toutes les cités particulières qui auparavant en étaient distinctes (8).

TROISIÈME DIVISION DES PERSONNES

Personnes sui juris et personnes alieni juris.

33. — *Notion générale. — Evolution de la notion de famille.*
— La division des personnes en personnes *sui juris* et *alieni juris* nous fait pénétrer dans le sein de la famille romaine et nous la montre organisée d'après des principes que ne connaissent plus nos lois actuelles. Il y a dans cette transformation subie par l'idée de famille un phénomène du plus haut intérêt. Il faut en retracer sommairement les différentes phases (1). Les recherches auxquelles se livre à cet égard la science sociologique ne sont nullement de nature à porter atteinte à l'idée morale sur laquelle repose la famille moderne. Un enseignement élevé se dégage de ces travaux : c'est que les conceptions qui nous sont les plus familières et qui, par leur simplicité même, semblent devoir s'imposer à la raison, n'ont surgi dans l'esprit humain qu'avec une lenteur infinie, qu'elles sont le fruit tardif, mais précieux de la civilisation, et qu'à ce titre elles nous doivent être d'autant plus chères. Avant de revêtir les formes actuelles, la famille et le mariage ont dû passer par une série

(8) Pline (*Hist. Nat.*, III, 6) a déjà pleine conscience de la mission de l'Italie, destinée à devenir *una cunctarum gentium in toto orbe patria*. La même idée est exprimée au v^e siècle par le poète gaulois, Rutilius Namatianus. Il loue Rome d'avoir, en réalisant l'unité juridique, réalisé l'unité de patrie : *dumque offers victis proprii consortia juris, urbem fecisti quod prius orbis erat*. Pour Sidoine Apollinaire (*Epist.*, I, 6), le monde civilisé ne forme plus qu'une seule cité, *in qua totius mundi civitate soli barbari et servi peregrinantur*.

33. — (1) Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, 2^e édit., avec notes de M. Esmein, pp. 13-34, où l'on trouvera cités les auteurs principaux qui se sont occupés de cette question. V. Sumner Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, ch. 7, et surtout la riche bibliographie rapportée dans Brissaud, *Manuel d'histoire du droit français*, pp. 417-419, et tous les ouvrages de sociologie.

d'états d'ordre inférieur, correspondant à des phases diverses de l'évolution des civilisations. C'est ainsi que dans un grand nombre de sociétés primitives, le mariage n'existe pas sous la forme actuellement la seule connue de nous, c'est-à-dire comme union d'un seul homme avec une femme unique. A sa place, on ne trouve qu'un état de promiscuité qu'on ne songe pas à réglementer légalement (2). Certaines races paraissent ne s'être jamais élevées à une conception plus haute. Chez d'autres, se découvre une organisation familiale d'un type tout particulier, où la femme, c'est-à-dire la mère, joue le rôle principal. C'est à elle que, dans ce système, se rattachent les enfants, c'est elle qui leur donne son nom, c'est par les femmes que se comptent les générations, c'est aux seuls parents par les femmes que sont dévolus les biens par voie de succession (3). On conçoit d'ailleurs que la promiscuité des unions doive presque inévitablement donner naissance à un régime semblable. L'enfant en effet est ainsi rattaché à celui de ses deux auteurs qu'un fait matériel indéniable, l'accouchement, désigne comme l'ayant engendré. Ce droit de la mère ou matriarcat n'a pas existé partout. Il est des races humaines, chez lesquelles il n'a pas été pratiqué, et qui paraissent avoir débuté par un principe tout différent, le patriarcat. Il en est aussi où cette conception nouvelle de l'état de famille a peu à peu détrôné le principe de la parenté par les femmes (4).

Dans le régime du patriarcat, toute la famille dépend de l'homme qui en est le chef. Celui-ci est le maître souverain de la femme ou des femmes qu'il possède et qu'il a acquises soit par capture, soit par achat. Les enfants nés de son union avec celles-ci lui appartiennent au même titre que les enfants nés des esclaves. La famille apparaît ici comme une dépendance du chef ou *pater* et c'est pour

(2) Les nations antiques qui sont parvenues au plus haut degré de culture, comme les peuples de race grecque ou italienne, ont conservé dans leurs traditions des souvenirs encore précis de cet état de promiscuité.

(3) Certaines règles du droit romain historique sont des survivances du régime matriarcal, notamment la règle en vertu de laquelle l'enfant né en dehors du mariage suit la condition de la mère (V. nos 22, 31). Selon Ulpien (24. Dig., *De stat. hom.* I, 5) c'est là une loi de nature : *lex naturæ hæc est ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur.*

(4) Dans une question de ce genre, il faut se garder soigneusement des généralisations hâtives que ne permettent ni l'état actuel de la science de l'origine des sociétés, ni l'étude encore si incomplète des usages des peuples restés à l'état sauvage. Les résultats auxquels on est arrivé dans cette voie sont destinés à être complétés ou rectifiés sur bien des points (V. Tarde, *Les transformations du droit*, pp. 48 et suiv.). On ne pouvait cependant se dispenser de les signaler. Ils éclairent d'un jour tout nouveau le passé des institutions juridiques romaines, et leur assignent leur véritable place dans l'histoire du développement des phénomènes sociaux.

cela qu'on la désigne sous le nom de famille patriarcale. Seul de toutes les personnes qui la composent, le *pater* a des droits : souverain maître des femmes, des enfants, des esclaves, il est souverain propriétaire des biens, souverain prêtre des dieux du foyer (5). Rattachés désormais au père, les enfants prennent son nom, suivent sa condition, et la seule parenté qui assure des droits dans la famille est la parenté par les mâles.

Ce régime, contre-pied du matriarcat, est celui que pratiquaient les populations de race italote qui fondèrent Rome (6). Ainsi s'explique l'organisation de la famille romaine où tout, personnes et choses, est placé sous l'autorité du *pater*. Ainsi se comprend l'état d'infériorité juridique auquel se trouve tout d'abord réduite la femme. Mais bientôt, au sein même du droit romain, une réaction devait se produire contre les conséquences excessives de ces principes. Longtemps diminué, le rôle juridique de la femme, épouse ou mère, tendit à égaler celui de l'homme. Entre les deux idées qui tour à tour avaient régi les rapports familiaux une lutte s'engagea. Elle se termina, dans le droit des dernières époques seulement, par le triomphe d'une solution mixte. Désormais le père et la mère ont le même rang ; dans l'ordre juridique la parenté par les mâles et la parenté par les femmes produisent des effets identiques. C'est la conception qu'a adoptée le droit moderne.

34. — *L'organisation familiale romaine. — Personnes sui juris et personnes alieni juris.* — Les considérations qui précèdent montrent qu'à Rome, toute l'organisation juridique de la famille repose sur la puissance du chef de famille, appelée *patria potestas* ou simplement *potestas* (1). Celui qui l'exerce est le *pater* ou *paterfamilias*. Quelles personnes en sont investies, quelles personnes y sont soumises, telle est la double question qu'il faut d'abord résoudre.

1° La puissance paternelle n'appartient jamais qu'à l'homme. Elle implique, en effet, l'idée de souveraineté domestique ; elle est le pouvoir de celui qui, maître unique dans la maison, n'obéit à personne et commande à tous : *pater... familias appellatur qui in*

(5) V. Fustel de Coulanges, *La cité antique*, liv. I, ch. 2.

(6) Le régime de la famille patriarcale a été celui des principaux peuples appartenant aux races aryennes et sémitiques. Son triomphe fut l'une des causes principales de leur grandeur, l'une des plus heureuses transformations qui se soient accomplies dans le sein des sociétés humaines.

34. — (1) Le terme *potestas* est le plus communément employé (G. I, 49, 109, 142). A une époque plus ancienne, on se sert du mot *manus*.

domo dominium habet (195, § 2. Dig., *De verb. signif.*, L. 16, Ulp.). Pour qu'un homme soit *paterfamilias*, il n'est pas nécessaire qu'il soit marié, qu'il ait des enfants. Le célibataire, l'homme marié sans enfants, l'enfant en bas-âge lui-même, s'il n'a pas de *pater*, sont *patres familias*. L'idée de puissance est indépendante de celle de paternité : *recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat* (195, § 2, *cit*)⁽²⁾. Elle est intimement et uniquement liée à l'idée du foyer domestique, de la maison, *domus*, et du pouvoir qu'y exerce le chef sur tout ce qui s'y trouve : personnes et choses. C'est pourquoi la puissance paternelle n'appartient jamais qu'à l'homme, seul assez fort pour commander et protéger⁽³⁾. La femme trop faible pour se défendre et à plus forte raison pour défendre autrui n'en est jamais investie. Sans doute, on le verra plus loin, elle peut être libre de la puissance paternelle, à ce titre avoir des biens et dans ses biens, des esclaves sur lesquels elle exerce ses droits de propriétaire, par conséquent la puissance dominicale⁽⁴⁾. Mais, jamais elle n'a la puissance par excellence, celle d'où dérivent toutes les autres, celle qui donne le pouvoir sur des personnes libres⁽⁵⁾. Aussi, la femme, même libre de la puissance paternelle, n'a-t-elle aucun pouvoir sur ses propres enfants. Elle est, suivant l'énergique expression d'Ulpien, le principe et la fin de sa famille : *familiæ suæ et caput et finis* (195, § 5. Dig., *De verb. signif.*, L. 16). En résumé, tout individu mâle et libre de la puissance d'autrui est un *paterfamilias* et il a la *patria potestas*.

2° Les personnes sur lesquelles s'exerce cette puissance sont les enfants de famille des deux sexes, *filiifamilias*, *filiæfamilias*, c'est-à-dire les enfants du *pater* et ses petits-enfants ou arrière-petits-enfants nés de ses fils, *nepotes ex filio*. Quant aux petits-enfants ou arrière-petits-enfants nés des filles, *nepotes ex filia*, ils ne sont pas sous la puissance de leur aïeul maternel, car ils sont sous celle de leur propre père ou du père de celui-ci.

A côté de la puissance paternelle d'autres formes de la *potestas*

(2) Père, dans le sens d'engendreur, se dit *genitor*, et la langue littéraire distingue soigneusement les deux termes *pater* et *genitor* sans les confondre, Virgil., *Aen.*, VI, 679, 720; *Georg.*, IV, 355 et 382.

(3) L'étymologie de *pater* est ordinairement rapportée à un radical *pā* qui signifie protéger. Bréal et Bailly, *Dictionn. étymol. lat.*, v° *Mater*.

(4) Et encore verra-t-on que fort longtemps, la tutelle perpétuellement prolongée à laquelle elle était soumise, restreignait sigulièrement ses droits de propriétaire (V. n° 62).

(5) Le titre de *materfamilias*, originairement réservé aux femmes mariées soumises à la *manus*, puis étendu à toute femme mariée, appliqué en définitive à toute femme de mœurs honnêtes, même non mariée, n'a jamais impliqué, comme celui de *paterfamilias*, l'idée d'une puissance exercée sur d'autres.

doivent être signalées. Le tableau de l'organisation familiale des Romains serait imparfait si on omettait de les rapprocher de la *patria potestas*. C'est d'abord la puissance appelée *manus* à laquelle est soumise la femme mariée et qui ressemble à la puissance paternelle (V. n° 37). C'est ensuite la *dominica potestas* et le *mancipium*, la première s'exerçant sur les esclaves, la seconde sur des personnes libres momentanément placées dans la condition servile (V. nos 23, 53).

L'existence de ces diverses variétés de la *potestas* a conduit les jurisconsultes à diviser les personnes en deux catégories. Dans la première figurent toutes les personnes qui ne sont soumises à aucune puissance et qui, étant maîtresses d'elles-mêmes, sont dites *sui juris*. La seconde comprend les personnes placées sous la *potestas* d'autrui, quel que soit le nom que porte cette *potestas*. Par opposition aux personnes *sui juris* on les appelle personnes *alieni juris*. Elles se répartissent en quatre groupes correspondant chacun aux quatre formes de la *potestas*. Ce sont : 1° les esclaves, soumis à la *dominica potestas*; 2° les enfants et descendants placés sous la *patria potestas*; 3° la femme mariée placée *in manu*; 4° les personnes libres *in mancipio* (G. I, 48, 49).

Des quatre formes de la *potestas* la *dominica potestas* a été déjà étudiée (V. nos 21 et suiv.). Restent les trois autres dont la plus importante est la puissance paternelle. C'est elle en effet qui est la raison d'être de la *manus* et du *mancipium*; elle est la seule d'ailleurs qui se soit conservée presque intacte jusque dans le dernier état du droit.

I. — PUISSANCE PATERNELLE.

1° Effets et caractères de la puissance paternelle.

35. — *Période du jus civile.* — Dans le droit civil ancien, la puissance paternelle est aussi absolue que la puissance dominicale avec laquelle elle offre d'incontestables analogies. Sur ses enfants, le *pater* a le droit de vie et de mort, *potestas vitæ ac necis*. Il peut les punir, les vendre, les exposer, les tuer, et ses décisions qui échappent à tout contrôle font de lui un véritable juge, irresponsable et souverain, *judex domesticus*(1). Comme il le ferait pour ses esclaves, il peut les réclamer à ceux qui les détiennent sans

35. — (1) V. Humbert et Lécrivain, *Darembert et Saglio, Dictionnaire des antiq. grecques et rom.*, v° *Judicium domesticum*.

droit par l'action en revendication, sanction du droit de propriété⁽²⁾. D'autre part, il est clair que les enfants de famille, soumis à la puissance, ne peuvent avoir eux-mêmes la puissance sur d'autres : les filles, parce que les femmes n'ont pas la *potestas*, les fils, parce que le *pater* seul a la *potestas* sur les enfants de ceux-ci. Pour ce qui est des biens, les enfants de famille sont incapables d'avoir un patrimoine. Tout ce qu'ils acquièrent est immédiatement acquis au *pater* et vient augmenter le patrimoine de celui-ci. Comme les esclaves, ils servent donc au *pater* d'instruments d'acquisition. En somme, leur personnalité juridique est effacée, totalement absorbée par celle du *pater*.

Cependant, la puissance paternelle diffère à beaucoup d'égards de la puissance dominicale. On a déjà dit que les hommes seuls en étaient investis (V. n° 34). De plus, l'enfant de famille est une personne libre et un citoyen⁽³⁾. La puissance à laquelle il est soumis est destinée d'ailleurs à cesser, normalement à la mort du *pater*, quelquefois avant cette époque. Enfin, si les enfants de famille n'ont pas de patrimoine, c'est parce qu'on sent qu'il est nécessaire de concentrer l'administration des biens de la famille dans la main d'un seul. C'est moins pour les enfants de famille une incapacité qu'une suspension momentanée de leur droit. Aussi sont-ils considérés comme copropriétaires avec leur *pater* des biens familiaux. Celui-ci n'est qu'un gérant dont les pouvoirs sont sans limites et irrévocables et qui administre dans l'intérêt collectif de la famille (11. Dig., *De lib. et post.*, XXVIII, 2, Paul).

L'étendue illimitée des pouvoirs du *pater* montre que la *potestas patria* n'est pas une institution de protection. Elle n'est pas faite pour subvenir à l'inexpérience des enfants de famille, mais pour assurer la conservation du groupe dont le *pater* est le chef, pour sauvegarder ses intérêts moraux et pécuniaires. Ainsi s'expliquent les règles suivantes : 1° L'âge ne peut ravir la puissance paternelle à celui qui en est investi. 2° L'âge ne libère jamais de la puissance ceux qui y sont soumis. 3° La puissance n'appartient qu'à un seul, l'ascendant mâle le plus âgé de la ligne paternelle⁽⁴⁾. Le pouvoir

(2) G. I, 134. Plus tard, le préteur donne au père des interdits *de liberis exhibendis, ducendis*, pour faire valoir son droit.

(3) Aussi, au point de vue du droit public n'y a-t-il aucune différence entre un *filiusfamilias* et un *paterfamilias*. Pourvu qu'il ait atteint l'âge légal, le fils jouit du *jus suffragii* et du *jus honorum*.

(4) Ainsi un arrière-grand-père paternel aura à la fois sous sa puissance son fils, son petit-fils, son arrière-petit-fils, et ceux-ci, si avancés qu'ils soient en âge, y resteront soumis.

de commander ne comporte point de partage. Un seul doit gouverner, tous les autres doivent obéir.

Ainsi organisée, la puissance paternelle est considérée par les Romains comme une institution du *jus civile* propre à eux seuls. On la trouve, il est vrai, chez d'autres peuples de l'antiquité où le régime patriarcal a été en vigueur et cette similitude n'a pas échappé à l'esprit observateur du jurisconsulte Gaius (G. I, 55). Mais, ce qui caractérise le droit romain et lui fait une place à part, c'est la persistance avec laquelle cette puissance s'est maintenue jusqu'aux dernières époques sans presque rien perdre de sa rigueur archaïque. A cet égard il est bien vrai de dire qu'elle est une institution foncièrement romaine.

Pendant la période du *jus civile* le législateur n'intervient guère dans les rapports du *pater* et des enfants soumis à sa puissance. La *potestas* s'exerce sans limite et sans contrôle. La loi des XII Tables toutefois remédia à un abus qui, même pour les temps primitifs, parut trop choquant. Elle décida qu'un *filius familias* vendu trois fois de suite par le *pater* serait libéré de la puissance paternelle. L'*interpretatio* postérieure admit qu'une seule vente produirait le même effet à l'égard de la *filia* et des petits-enfants, *nepotes* (G. I, 132). Pour le reste, les mœurs vinrent, ici encore, corriger l'âpreté du droit. L'intervention des censeurs, gardiens des *boni mores*, restreignit l'exercice arbitraire de la *patria potestas* dans de sages limites (5). D'ailleurs, maîtres d'eux-mêmes dans la vie publique, chargés par leur père de la gestion de pécules considérables, les fils de famille jouissaient d'une grande indépendance de fait, initiation nécessaire à leur rôle futur de *patres-familias*.

Ces tempéraments n'affaiblirent pas toutefois la forte organisation de la *patria potestas*. Ils ne lui retirèrent rien de l'influence heureuse qu'elle a exercée sur les destinées du peuple romain. Groupée autour du *pater*, chaque famille formait une unité, une sorte de corporation vivant d'une vie propre au sein de l'Etat, ayant son chef, ses biens patrimoniaux, ses règles de conduite (6). C'était pour les enfants une école de discipline et de respect. Les fils y recevaient des leçons de gouvernement qu'ils appliquaient ensuite dans la vie publique. Ils y avaient appris à obéir, ils en sortaient dignes de commander.

(5) Lorsqu'il y avait lieu de sévir contre l'enfant, le père devait consulter un conseil, *consilium propinquorum*. V. Cuq, *Les inst. juridiques des Romains*, p. 156.

(6) *Familia appellatio refertur ad corporis cujusdam significationem* (195, § 2. Dig., *De verb. signif.*, L. Ulp.).

36. — *Période du jus gentium, droit du Bas-Empire.* — L'antique constitution de la famille tendit à s'altérer vers la fin de la période républicaine. Le contrôle censorial ayant peu à peu disparu, le pouvoir du *pater* subsistait sans entrave, sans contrepoids. Le législateur dut intervenir pour le limiter et la loi empiéta sur un domaine jusque-là soustrait à son action. Au surplus, les Césars n'étaient point disposés à maintenir les anciennes traditions qui assuraient à la famille une sorte de vie à part dans l'État. C'est en s'inspirant de ces considérations que la législation impériale a fait des brèches successives au pouvoir souverain du *paterfamilias* (1).

a) *Pouvoirs sur la personne.* — La *potestas vitæ ac necis* est peu à peu retirée au *pater* par les constitutions impériales, à partir du II^e siècle, en sorte qu'au Bas-Empire, il ne lui reste plus qu'un droit de correction (2). D'après une constitution de Justinien, l'exposition libère l'enfant de la puissance et le rend *sui juris*. La vente des enfants, est interdite par Dioclétien. Cette prohibition est reproduite par Constantin qui toutefois permet encore de vendre les nouveau-nés en cas d'extrême misère des parents. Enfin Justinien enlève au père le droit de faire l'abandon de ses enfants à la victime du délit commis par ceux-ci (3).

b) *Pouvoirs sur les biens.* — En ce qui concerne l'acquisition d'un patrimoine propre, le droit civil ancien n'avait pas mieux traité l'enfant de famille qu'un esclave (4). Tout ce qu'il acquérait était acquis au *pater* qui devenait ainsi par son intermédiaire propriétaire et créancier (5). Le développement de la théorie des pécules devait, avec le temps, apporter une assez grave atteinte à ce principe et dans une large mesure donner à l'enfant de famille une situation indépendante.

Il arrivait souvent que le *pater*, imitant en cela ce qu'il faisait avec les esclaves, confiât à ses enfants la gestion d'un pécule (V. n° 23). Il se déchargeait ainsi d'une administration parfois trop lourde, en même temps qu'il initiait l'enfant de famille au rôle d'administrateur qu'il aurait plus tard à remplir, une fois devenu *sui*

36. — (1) Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, pp. 129, 130.

(2) Marcianus exprime ce changement en disant que la puissance paternelle *in pietate debet non atrocitate consistere* (5. Dig., *De lege Pomp.*, XLVIII, 9).

(3) V. n° 53 pour cette faculté d'abandon, appelé *abandon noxal*.

(4) Toutefois on le reconnaissait capable de s'obliger civilement non seulement par ses délits comme l'esclave, mais même par ses contrats (V. n° 122).

(5) Le droit civil n'avait pas admis que le *pater* pût devenir débiteur à la suite des engagements pris par l'enfant de famille. C'est la même règle que pour l'esclave (V. n° 23, note 4). Les réformes prétoriennes à cet égard furent bien plutôt suggérées par l'intérêt du père que par le désir d'accroître effectivement la personnalité juridique de l'enfant (V. n° 194).

juris. Ce pécule composé de biens provenant du père était pour cette raison appelé *peculium profectitium*. Sur ces biens qu'à tout instant le *pater* pouvait reprendre, l'enfant de famille n'avait aucun droit de propriété. De même que pour l'esclave, cette concession de pécule n'était donc qu'une atténuation de fait à la rigueur du droit. Ce principe subsista sans altération aucune jusqu'à la fin. Il en fut autrement pour les biens acquis par l'enfant de famille de toute autre personne que son père. Ces biens forment aussi des pécules : *peculium castrense*, *quasi castrense*, *adventitium*. Mais ici le droit impérial devait se relâcher de la rigueur ancienne et reconnaître aux enfants de famille la qualité et les droits de propriétaire.

1° *Peculium castrense*. — Le mouvement commença par le *peculium castrense*. On appelait ainsi l'ensemble des biens acquis par le fils de famille en sa qualité de militaire, *in castris* (6). Par faveur pour les militaires, Auguste permit aux fils de famille de disposer par testament des biens formant leur *peculium castrense* (pr. Inst., *Quib. non est permis.*, II, 12). Ce privilège fut confirmé à plusieurs reprises par les empereurs suivants. Ainsi, on s'habitua peu à peu à considérer ce pécule comme un patrimoine à part, distinct en droit, comme il l'était déjà en fait, du patrimoine du *pater*. Il devint le patrimoine du fils de famille (3, § 10, Dig., *De minor.*, IV, 4, Ulp.), en sorte que le *filius familias* eut sur les biens qui en faisaient partie tous les droits d'un *paterfamilias* (2. Dig., *Ad senat. Maced.*, XIV, 6, Ulp.). Il put les aliéner, intenter seul les actions qui les concernaient, en disposer par testament. Mais s'il mourait sans avoir testé, les biens revenaient au *pater*, non par droit d'héritage, mais en vertu de son droit de puissance, absolument comme s'il se fût agi d'un pécule ordinaire, *peculium profectitium* (7). Justinien supprima ce dernier vestige de la puissance paternelle. Il décida que le *peculium castrense* laissé par le fils de famille mort *intestat*, serait dévolu aux héritiers de celui-ci comme une succession véritable.

2° *Peculium quasi castrense*. — Ce pécule, créé par Constantin au profit des fils de famille qui occupaient un office dans la maison

(6) Rentraient par conséquent dans ce pécule les économies faites sur la solde, la part dans le butin, les libéralités adressées au *filius* en considération de son état.

(7) Il y a intérêt à constater que le *pater* reprenait les biens non *jure hereditario*, mais *jure peculii* (2. Dig., *De castr. pec.*, XLIX, 17, Ulp.). Car, le père n'était tenu des dettes que jusqu'à concurrence de l'actif recueilli, *de peculio*, alors que, s'il eût été traité comme héritier, il aurait été tenu *in infinitum* même sur ses biens propres. On a déjà vu une situation du même genre à propos des affranchis *latini juniani*, dont les biens sont attribués au patron *jure peculii* (V. n° 27, note 5).

impériale, comprenait tout ce qu'ils avaient acquis à ce titre. Plus tard, les avocats, les prêtres, tous les fonctionnaires purent avoir un pécule de ce genre, composé des biens acquis par eux à l'occasion de leur profession. Ce pécule était traité comme le pécule *castrense*, de là son nom de pécule *quasi castrense*.

3° *Peculium adventitium*. — La première idée de ce pécule vient des constitutions du Bas-Empire qui retirent au père de famille la propriété des biens recueillis par ses enfants dans la succession de leur mère, *bona materna*, ou leur provenant par succession ou donation de leurs ascendants maternels, *bona materni generis*. Justinien généralisa ces décisions, en les étendant à tous les biens acquis par l'enfant de famille à n'importe quel titre, pourvu qu'ils ne fissent partie d'aucun des pécules admis jusqu'alors, *profectitium*, *castrense*, *quasi castrense*. Ces biens, *bona adventitia*, *peculium adventitium*, sont la propriété de l'enfant. Le père n'en a que l'usufruit et l'administration : c'est tout ce qui lui reste du pouvoir absolu qu'il avait autrefois (8).

On voit maintenant ce qui subsiste du principe ancien en vertu duquel l'enfant de famille est incapable de rien acquérir pour lui-même, d'avoir par conséquent un patrimoine. Tout ce qui entre dans son *peculium castrense* ou *quasi castrense*, tout ce qui fait partie de ses *bona adventitia* lui appartient. Seuls les biens provenant d'une concession faite par le père demeurent la propriété de celui-ci. Le *peculium profectitium* de l'ancien droit, persiste en face des pécules du droit nouveau comme un vestige dernier de l'antique dépendance de l'enfant de famille.

2° Sources de la puissance paternelle.

37. — *Première source. Le mariage. — Notion générale et historique.* — Les causes qui créent la puissance paternelle sont au nombre de trois : le mariage, l'adoption, la légitimation. Le mariage est celle qui mérite d'être étudiée la première. Elle est la cause naturelle et normale d'établissement de la puissance. L'adoption, si ancienne que puisse être cette institution, n'est qu'un artifice légal destiné à produire le même effet que le mariage. Quant à la légitimation, son caractère anormal et sa date relativement récente la laissent au troisième rang.

(8) A la différence des pécules *castrense* et *quasi castrense*, le pécule *adventitium* peut appartenir aux filles aussi bien qu'aux fils. Les droits des enfants sur ce pécule sont d'ailleurs plus restreints que sur les pécules *castrense* et *quasi castrense*.

Le mariage du droit primitif peut se définir, l'union légitime de l'homme et de la femme, *justæ nuptiæ, justum matrimonium*, en vue de la procréation d'enfants légitimes qui assureront la durée de la famille et la perpétuité des sacrifices domestiques. Il importe dès lors que la femme soit pleinement associée à ce culte privé qu'elle va contribuer à perpétuer, à cette famille dont elle assure la continuité. Il faut qu'il y ait entre elle et son mari communion absolue des intérêts divins et humains, *divini et humani juris communicatio*. Et il importe au but même que les époux se proposent que leur union ne soit pas éphémère, que le lien conjugal ne puisse être facilement rompu. Aussi le mariage est-il contracté en principe pour toute la vie, il est un *consortium omnis vitæ*. Le jurisconsulte Modestin, bien qu'il écrive dans un temps où l'antique caractère du mariage s'était altéré, en donne encore une définition où l'on retrouve l'écho des traditions du passé : *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* (1. Dig., *De rit. nupt.*, XXIII, 2) (1).

Cette notion élevée de l'union conjugale, les Romains l'ont eue, semble-t-il, dès les premiers jours de leur histoire. Puis elle est allée en s'affaiblissant, à mesure que s'altéraient les mœurs primitives. L'histoire de ces transformations doit être retracée. Elle seule permet de comprendre la théorie juridique du mariage et des autres institutions du droit privé qui en dépendent(2).

38. — *Du mariage avec manus.* — Dans les débuts, la notion du mariage est intimement liée à celle de la *manus*. Le mariage établit entre les deux époux une association d'existence et d'intérêts. Mais dans ce *consortium*, les deux associés sont loin d'avoir une situation égale. La femme, *uxor*, est, il est vrai, élevée au rang social du mari et participe avec lui aux cérémonies du culte domestique. Néanmoins, sa condition est nécessairement subordonnée dans cette famille nouvelle où elle vient d'être admise et où seul le *paterfamilias* a le droit de commander. Aussi est-elle placée sous la puissance ou *manus* du chef de famille (G. I, 109). Ce sera le mari lui-même, *maritus, vir*, qui sera investi de cette puissance s'il est *sui juris*; ce sera le *pater* du mari, si ce dernier est encore

37. — (1) V. également le rescrit de Gordien : *uxor quæ socia rei humanæ atque divinæ domus suscipitur* (4. Cod., *De crim. expil.*, IX, 32).

(2) Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique*. Droit romain : La *manus*, la paternité et le divorce, pp. 3-17; Gide, *Étude sur la condit. privée de la femme*, 2^e édit., par Esmein, pp. 113, 114; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, liv. II, ch. II; Muirhead, *Introd. hist.*, trad. Bourcart, sect. 9, pp. 32 et suiv., sect. 14, p. 83.

sous la puissance de son *pater*. L'effet de la *manus* est tout à fait analogue à celui de la puissance paternelle. La femme *in manu* devient l'égale d'une *filiafamilias*. Comme celle-ci elle est *alieni juris*, soumise à la puissance du chef de famille, aussi bien que ses propres enfants dont elle est considérée comme la sœur. Elle n'a point de patrimoine; tous les biens qu'elle avait en propre au jour du mariage appartiennent désormais à celui qui a sur elle la *manus*; elle devient incapable d'en acquérir de nouveaux. Puisque la femme est *filia loco* dans la famille de son mari, elle cesse de faire partie de la famille où elle est née. Elle sort de la puissance de son *pater*, elle n'a plus aucun rapport de parenté civile avec ses anciens agnats. Devenue étrangère à sa famille naturelle, la femme appartient tout entière à la famille de son mari, *in familiam viri transire* (G. I, 111).

Ces effets de la *manus* montrent que grâce à elle s'établit entre les deux époux cette communauté de droits et d'intérêts dans laquelle la communauté des existences trouve son complément nécessaire. La *manus* doit donc être envisagée comme faisant produire à l'union légitime ses pleins et entiers effets (1). Mais elle ne doit pas être confondue avec cette union elle-même. Aussi faut-il distinguer avec soin les formes de la conclusion du mariage et les modes d'établissement de la *manus* (2).

1° *Formes du mariage*. — Le mariage n'intéressant que la famille, le droit n'a pas à intervenir pour en régler les formes. Cet acte n'est pas à proprement parler de son domaine. Certaines cérémonies pourtant sont usitées en vue de constater publiquement l'établissement de la vie commune et l'admission de la femme au culte privé du mari. La femme est conduite en pompe solennelle à la maison du mari, où elle va lui être livrée, *deductio mulieris in domum mariti*. Il la reçoit en lui offrant le feu et l'eau, *igni et aqua accipere*, pour bien marquer qu'il l'admet dans la communauté des sacrifices domestiques (3). Mais ces cérémonies traditionnelles ne sont pas la condition de l'existence d'un mariage. A supposer qu'on s'en passe, il n'y aura pas moins *justæ nuptiæ*.

38. — (1) Les règles de droit relatives à la *manus* sont considérées comme exclusivement propres aux Romains (G. I, 108).

(2) La théorie du mariage, ses conditions de validité, ses effets au point de vue des enfants, sont étudiés par Gaius indépendamment de la *manus* dont il ne s'occupe qu'après avoir parlé de la puissance paternelle (G. I, 108-116).

(3) Pour plus de détails, V. Marquardt, *La vie privée des Romains* (trad. Henry), I, pp. 50 et suiv. La *deductio mulieris* est une cérémonie qui rappelle le rapt des épouses, forme de conclusion du mariage dans la famille patriarcale débutante. V. Brisaud, *Manuel de l'histoire du droit français*, pp. 427, 430, note 1.

2° *Modes d'établissement de la manus.* — Quant à la *manus*, elle s'établit de trois manières : *farreo*, *coemptione*, *usu* (4). La *manus* s'établit *farreo*, *confarreatio*, par une cérémonie religieuse, destinée à associer solennellement la femme au culte privé du mari. Les époux offrent à Jupiter un sacrifice où ils font usage d'un pain de farine d'épeautre, *far*, *farreus panis*. Des paroles solennelles, *certa et solemnia verba*, sont prononcées, conformément au formalisme primitif, et tous ces rites ont lieu en présence de dix témoins (G. I, 112; Ulp., *Reg.*, IX). Ce mode paraît le plus ancien des trois. On conjecture qu'il était réservé aux seuls patriciens. La *coemptio* est une forme exclusivement profane, probablement faite pour les plébéiens. Elle se décompose en deux actes distincts mais simultanés destinés à se compléter l'un l'autre. D'une part, la femme est vendue par le procédé de vente solennelle, *mancipatio*, à celui qui va exercer sur elle la *manus*. D'autre part, des paroles solennelles sont échangées entre les époux, et ces paroles sont destinées à préciser les effets de cette vente, à bien marquer que la femme est reçue et qu'elle consent à être reçue dans la puissance du mari (5).

Un trait commun à la *confarreatio* et à la *coemptio*, c'est que la *manus*, produit de ces deux actes, paraît s'établir au moment où se forme l'union conjugale. Il n'en est plus ainsi avec l'*usus*. Ce mode s'applique à un mariage, légitime sans doute, mais qui n'avait pas été accompagné de *manus*. La femme restée alors dans sa famille ne passait pas dans celle du mari. Mais, cette *transitio in familiam mariti* pouvait se produire au cours du mariage. Il suffisait pour cela que pendant une année la femme fût demeurée sans interruption avec son mari. Cette année de cohabitation continue était considérée comme une sorte de possession prolongée de la femme en tant que personne soumise au droit d'autrui, *usus* (6). La

(4) Les textes les plus importants relatifs à la *manus* : Gaius, I, 108-116; Boeth, *ad Cic. Top.* (Orelli, p. 299); Servius, *ad Georg.*, I, 31; *ad Aeneid.*, IV, 103, sont d'accord pour énumérer ces trois modes dans l'ordre suivant : *usu*, *farreo*, *coemptio*. Mais il n'y a aucune induction à en tirer au point de vue de l'ordre chronologique de leur apparition. Car ces auteurs, Gaius surtout, énumèrent d'abord ceux de ces modes tombés les premiers en désuétude. Sur les nombreuses questions que soulève l'apparition successive de ces trois procédés et les besoins particuliers auxquels répondait chacun d'eux, V. Marquardt, *Vie privée des Romains* (trad. Henry), t. I, p. 40 et suiv.

(5) Gaius I, 113. est heureusement complété sur ce point par Boethius (cit. note 4) qui rapporte ainsi les paroles solennelles : *sese in coemendo* (en faisant l'acte de vente) *invicem interrogabant : vir ita ; an sibi mulier materfamilias esse vellet ; illa respondebat velle. Item mulier interrogabat : an vir sibi paterfamilias esse vellet. Ille respondebat velle.* Il y a là un engagement réciproque solennel, une sorte de *sponsio* suivie de *restipulatio*, bien en harmonie avec le formalisme de l'ancien droit

(6) Cette analogie avec l'usucapion est quelque peu forcée, puisque l'usucapion ne

manus qui n'avait point été acquise tout d'abord se trouvait établie par l'usage, *usu* (G. I, 111). L'association des deux époux consolidée par l'effet du temps recevait du temps son couronnement nécessaire (7).

39. — *Du mariage sans manus.* — Pendant longtemps le mariage accompagné de *manus* fut le cas normal. Peu à peu pourtant le mariage sans *manus*, autrefois exceptionnel, devint la forme habituelle de l'union conjugale. L'union n'en était pas moins légitime, *justa*. Les enfants se rattachaient au père, ils tombaient sous sa puissance. Mais la femme ne sortait plus de sa famille naturelle. Elle restait sous la puissance de son *pater* ou sous la tutelle de ses tuteurs. Si elle était *sui juris*, elle conservait son patrimoine sur lequel le mari n'acquerrait aucun droit. Etrangère à la famille du mari, elle n'y était plus traitée comme *filia*, n'avait plus les droits de succession attachés à ce titre, n'était plus unie à ses enfants par les liens de la parenté civile ou *agnatio*. Au mariage sans *manus* manquait donc ce lien juridique étroit, cette communauté permanente d'intérêts que crée la puissance. La femme, désormais indépendante de l'homme, n'était plus son associée. L'union ainsi rabaissée parut longtemps encore un mariage d'ordre inférieur où la femme n'atteignait pas à la pleine dignité d'épouse et de mère (1). Cette raison arrêta la décadence trop rapide de la *manus*, jusqu'au jour où la corruption toujours croissante des mœurs rendit de plus en plus nombreux les mariages sans *manus*. La fin de la République voit s'opérer ce changement. Sous les premières années du principat, la *manus* perd de plus en plus du terrain; du temps des Antonins elle a comme un semblant d'existence; à l'époque classique il n'en est plus question (2). A ce moment on ne connaît plus d'autre espèce de mariage que le mariage sans *manus*.

s'applique qu'à des choses corporelles et non à des *jura*. En réalité, il n'y a là qu'une consécration d'une volonté persistante qui s'affirme par des faits au lieu d'être déclarée solennellement comme dans la *confarreatio* et la *coemptio*.

(7) La loi des XII Tables connaît la *manus* acquise *usu*, puisqu'elle donne à la femme le moyen de l'éviter. Pour cela, l'épouse n'a qu'à désertier trois nuits de suite le domicile conjugal, *trinoctio abesse*. De cette façon l'*usus* était interrompue, et cette interruption était appelée *usurpatio*, comme l'interruption de l'usucapion (G. I, 111) (V. n° 92).

39. — (1) La femme simplement appelée *uxor* ne portait plus le titre de *materfamilias* (Cicéron, *Top.* 3). Ajoutons dans le même ordre d'idées que les unions sans *manus* n'étaient pas indissolubles au même degré que les autres. La facilité plus grande de la rupture du lien conjugal devait également faire considérer le mariage sans *manus* comme moins respectable que l'autre (V. n° 45).

(2) V. Marquardt, *Vie privée des Romains* (Trad. Henry), t. I, pp. 75 et suiv.

C'est de lui seul qu'il sera traité désormais, à propos des quatre questions suivantes : 1° conditions de validité du mariage ; 2° effets du mariage ; 3° causes de dissolution ; 4° unions autres que les *justæ nuptiæ*.

40. — I. *Conditions de validité du mariage.* — A l'époque classique, comme plus tard, sous Justinien, quatre conditions sont requises pour qu'il y ait *justæ nuptiæ* : 1° Les époux doivent consentir au mariage et ce consentement doit être suivi d'un commencement d'établissement de la vie commune ; 2° Ils doivent avoir l'aptitude physique au mariage, autrement dit avoir atteint l'âge de puberté ; 3° Ils doivent avoir le *jus connubii*, c'est-à-dire l'aptitude légale nécessaire pour contracter les *justæ nuptiæ* ; 4° Enfin il est nécessaire que les personnes qui ont sur les époux le droit de puissance aient consenti à l'union (Ulp., *Reg.*, V, § 2).

1° *Consentement des époux.* — Le mariage exige le consentement des deux époux. Mais, pas plus qu'autrefois, on exige d'eux une déclaration solennelle de volonté. Le formalisme ancien est partout en décadence, ce n'est pas le moment de l'imposer pour la première fois à un acte qui jusqu'alors en a été exempt. Toutefois, ce serait une erreur de croire que le seul accord des volontés suffise. Il faut qu'il soit complété, corroboré, par un commencement d'établissement de la vie en commun. Le mariage, en effet, est moins aux yeux des Romains un acte de droit qu'un état de fait qui produit des conséquences de droit. Or, comme cet état de fait consiste dans l'association des existences, il faut pour qu'il y ait mariage, que cette association ait commencé, que la vie commune ait été inaugurée. Les cérémonies traditionnelles et notamment la *deductio mulieris in domum mariti* étaient jugées suffisantes pour produire ce résultat (1). Mais rien n'empêchait, semble-t-il, de faire commencer autrement le *consortium*.

2° *Puberté.* — Les deux époux doivent avoir l'aptitude physique au mariage, c'est-à-dire avoir atteint l'âge de puberté. Le but même du mariage justifie cette condition. Il s'agit d'assurer la perpétuité de la famille. Ceux-là seuls par conséquent ont le droit de contracter mariage qui sont reconnus aptes à engendrer ou à concevoir. L'âge auquel se révèle cette aptitude à la génération est appelé *pubertas*. Les personnes qui l'avaient atteint étaient pubè-

40. — (1) On n'exigeait pas à cet effet qu'il y eût eu un rapprochement sexuel entre les époux, et tel est le sens de la règle : *nuptias non concubitus sed consensus facit* (30. Dig., *De reg. jur.*, L, 17, Ulp.).

res, *puberes*, celles au contraire qui n'y étaient pas encore arrivées étaient *impubères*, *impuberes*.

Mais le passage de l'impuberté à la puberté n'ayant pas lieu pour tout le monde à un âge invariablement identique, les Romains, dans le principe, s'en rapportèrent à l'appréciation du *pater* ou du tuteur. De bonne heure cependant, on admit que les femmes à l'âge de 12 ans révolus seraient censées pubères. Pour les hommes l'ancienne règle subsista. Toutefois, comme l'arrivée de la puberté entraînait, surtout pour ces derniers, des conséquences importantes au point de vue de la capacité juridique, les jurisconsultes cherchèrent à faire prévaloir ici encore le principe d'un âge fixe⁽²⁾. Les Proculiens proposèrent l'âge de 14 ans, mais les Sabinien, s'en tenant aux traditions, estimaient que c'était là une question de fait qu'on qu'on ne pouvait résoudre que *ex habitu corporis*. La controverse ne cessa qu'avec Justinien, qui pour des motifs de décence faciles à comprendre, la trancha dans le sens de l'opinion proculienne (G. I, 196 ; pr. Inst., *Quib. mod. tut. fin.*, I, 22)⁽³⁾.

41. — *Conditions de validité du mariage* (Suite). — 3° *Jus connubii*. — A l'aptitude physique doit se joindre l'aptitude légale, *jus connubii*, la capacité de droit qui fait que l'union est *justa* (Ulp., *Reg.*, V, § 3). Ce *jus connubii* chacun des époux doit l'avoir personnellement, chacun d'eux doit aussi l'avoir vis-à-vis de l'autre. Il y a donc à distinguer deux sortes d'incapacités provenant du défaut de *jus connubii* : les incapacités absolues, les incapacités relatives.

1. *Incapacités absolues*. — L'incapacité est dite absolue lorsqu'elle fait obstacle à ce qu'une personne puisse contracter des *justæ nuptiæ* avec aucune autre personne. Sont frappés d'incapacité absolue tous ceux qui n'ont pas la qualité de citoyen : latins, pérégrins, barbares, et tous les esclaves (V. nos 30, 32, 23). Mais cette incapacité devint de plus en plus rare. Par voie de concessions individuelles ou générales, les non citoyens furent peu à peu dotés du *jus connubii*. Du jour où le titre de citoyen fut donné à

(2) L'arrivée de la puberté mettait fin, en effet, à la tutelle des impubères *sui juris* du sexe masculin, tandis que les femmes *sui juris* restaient placées en tutelle perpétuelle.

(3) Certaines personnes bien qu'ayant dépassé l'âge de puberté ne pouvaient se marier à raison d'un accident physique qui leur enlevait toute aptitude à la génération. Il ne faut pas confondre ces personnes, *castrati*, avec les *spadones* dont l'impuissance provient d'un vice organique impossible à constater avec certitude et qui, par suite, peuvent se marier. Pour une raison du même genre, le mariage restait également permis à ceux qui avaient dépassé l'âge où cesse, en général, la faculté de génération.

tous les habitants de l'Empire, le *jus connubii* ne fit plus défaut qu'aux barbares et aux esclaves (1).

II. *Incapacités relatives.* — Ceux qui jouissent du *jus connubii* et pourtant ne peuvent contracter des *justæ nuptiæ* avec certaines personnes déterminées sont frappés d'une incapacité relative. Les incapacités relatives sont fondées ou sur des considérations d'ordre politique, ou sur des raisons de moralité publique.

1° Parmi les premières, mentionnons celles qui dérivent de la prohibition des *justæ nuptiæ* entre patriciens et plébéiens (V. n° 30), entre ingénus et affranchis (V. n° 27), entre les *clarissimi* et les affranchis ou ceux qui sont adonnés aux professions théâtrales (V. n° 30), entre les fonctionnaires et les femmes nées ou domiciliées dans la province où ils exercent leur fonction.

2° Les incapacités fondées sur des motifs de morale publique sont celles qui proviennent de la parenté ou de l'alliance.

a) *Parenté.* — La prohibition du mariage entre proches parents repose sur des raisons de haute moralité qui paraissent s'être révélées et imposées dès le principe aux Romains (2). On se montre d'ailleurs plus rigoureux pour les mariages entre parents en ligne directe, que pour ceux entre parents en ligne collatérale. La ligne directe est la série des parents qui descendent les uns des autres. La ligne collatérale est le groupe des parents qui, sans descendre les uns des autres, descendent d'un auteur commun. Pour déterminer la parenté entre deux personnes, on compte par degrés, *gradus*, c'est-à-dire par intervalles entre deux générations successives. Mais ce calcul ne se fait pas de la même façon dans les deux lignes. En ligne directe, on n'a qu'à compter le nombre des degrés qui séparent l'un de l'autre les deux parents. C'est ainsi que le père et ses enfants sont parents au premier degré, les grands-parents et les petits-enfants au second degré. En ligne collatérale, on va de l'un des parents à l'auteur commun, pour redescendre de l'auteur commun vers l'autre parent, et c'est le nombre total de degrés ainsi trouvé qui détermine le degré de parenté. Ainsi deux frères sont au second degré, un oncle et un neveu au troisième, deux cousins au quatrième.

En ligne directe, la parenté faisait obstacle au mariage *in infi-*

41. — (1) Comme récompense d'un certain temps de service militaire, les Empereurs donnaient aux *veterani* le *jus connubii* avec la femme qu'ils avaient épousée ou épouseraient (G. I, 57).

(2) Elle est également fondée sur des raisons d'ordre physiologique qui n'avaient pas échappé à l'observation des anciens. De pareilles unions sont à la fois contraires au droit religieux et aux lois, ce sont des *nefarix et incestæ nuptiæ* (G. I, 59, 64).

nitum, c'est-à-dire quel que fût le nombre de degrés séparant le parent ascendant de son descendant (G. I, 59). En ligne collatérale, le mariage ne fut prohibé d'abord qu'entre frère et sœur, oncle et nièce, tante et neveu, les grands-oncles et grand'tantes, se trouvant également compris dans la prohibition. Sous Claude, le sénat voulant complaire à la passion de l'empereur pour sa nièce Agrippine, autorisa le mariage entre l'oncle paternel et la nièce (G. I, 62). Les autres prohibitions subsistèrent. Constantin revint aux anciens principes en interdisant de nouveau les mariages entre oncle et nièce. Quant aux unions entre cousins-germains, quoique peu fréquentes en fait, elles ne furent prohibées que par les premiers empereurs chrétiens, mais autorisées par Arcadius et Honorius, elles sont encore licites sous Justinien.

b) *Alliance*. — L'alliance, *affinitas*, est le rapport juridique qui rattache l'un des époux aux parents de l'autre. Il y a donc alliance en ligne directe et en ligne collatérale. Ainsi le père du conjoint, *socer*, sa mère, *socrus*, sont des alliés en ligne directe de l'autre conjoint. De même, l'époux en secondes nocces est allié en ligne directe des enfants du premier lit de son conjoint. C'est ainsi encore que le frère ou la sœur du conjoint (beau-frère et belle-sœur), est l'allié en ligne collatérale de l'autre époux. Entre alliés en ligne directe, le mariage est prohibé *in infinitum*. Entre alliés en ligne collatérale, il n'y avait pas à l'époque classique d'obstacles au mariage. Constance prohiba le mariage entre beau-frère et belle-sœur, et cette prohibition fut maintenue par Justinien (3).

42. — *Conditions de validité du mariage* (Suite). — 4°. *Consentement des personnes ayant le droit de puissance*. — Lorsqu'une personne *alieni juris* se marie, il lui faut le consentement de celui qui a sur elle la puissance paternelle. Mais ce consentement n'est pas exigé pour mettre en garde l'*alieni juris* contre les entraînements irréfléchis. Une raison d'un tout autre ordre avait fait admettre cette condition de validité du mariage. Il s'agit en effet de perpétuer le culte des ancêtres, de continuer la famille. Il importe donc que le *pater* soit consulté : on ne peut lui imposer malgré lui des continuateurs de sa personne et de son culte familial (1). Le

(3) Il est bien évident que les prohibitions dérivant de l'alliance n'ont leur effet que lorsque le mariage d'où découle l'alliance est déjà dissous. Jusque-là, en effet, l'union de deux alliés est rendue impossible par l'existence de l'époux du chef duquel l'alliance provient (G. I, 63).

42. — (1) Cette raison explique la nécessité du consentement du *pater* au mariage de ses fils. Elle ne vaut pas pour les filles que le mariage avec *manus* fait sortir de

droit de consentir au mariage des enfants est donc un attribut de la puissance paternelle (2. Dig., *De rit. nup.*, XXIII, 2, Paul). On comprend par suite pourquoi ce droit n'appartenait pas à tous les ascendants et ne s'exerçait pas à l'égard de tous les descendants.

1° Ceux-là seuls devaient consentir au mariage qui avaient le droit de puissance ou devaient l'avoir un jour. Ainsi le *filiius* a besoin du consentement du père, le *nepos* du consentement du grand-père et du père. La *filia* doit avoir le consentement du père, la petite-fille, *neptis*, n'a besoin que du consentement du grand-père, actuellement investi de la puissance, et peut se passer du consentement de son père. Par application du même principe, la mère ou les ascendants maternels n'ont jamais à consentir au mariage. 2° Tout enfant de famille, si avancé qu'il fût en âge, devait obtenir le consentement du *pater*. Mais dès qu'un enfant était *sui juris*, il pouvait, si jeune qu'il fût, se marier sans le consentement de personne. Toutefois, des constitutions du Bas-Empire décidèrent qu'avant vingt-cinq ans, les femmes *sui juris* ne pouvaient se marier sans le consentement de leur père, et à son défaut, sans celui de leur mère ou de leurs proches parents. On voit poindre, dans ces décisions, le premier germe de l'idée qui inspire le législateur moderne : la nécessité de protéger l'enfant tant qu'il n'a pas atteint l'âge de la maturité et de la réflexion.

43. — II. *Effets du mariage.* — Le mariage produit ses effets : 1° à l'égard des époux ; 2° à l'égard des enfants qui sont nés du mariage.

1° *Rapports des époux.* — Dans le mariage avec *manus*, la femme est vis-à-vis de son mari ou du *pater* du mari, l'égale d'une fille, *loco filiæ*. Toutes les règles concernant les rapports des époux découlent de ce principe, effet de la *transitio in familiam mariti*. Cette *transitio* n'a plus lieu dans le mariage sans *manus*. L'indépendance de la femme vis-à-vis du mari telle est désormais la caractéristique générale de la nouvelle forme de l'union. Au point de vue des biens, les patrimoines des deux époux restent distincts. Mais cette séparation d'intérêts pécuniaires, si peu en harmonie

la famille. On comprend toutefois qu'un *pater* ne puisse perdre que de son plein gré sa puissance sur sa fille. Aussi le *pater* dans le mariage avec *coemptio* donne-t-il son consentement, puisqu'il abdique sa puissance au profit de celui qui acquiert la *manus* (V. n° 38). Plus tard, lorsque le mariage sans *manus* est devenu la règle, c'est simplement par respect pour le *pater* de la femme que son consentement doit être obtenu.

avec le but du mariage, donnera bientôt naissance à la théorie originale de la dot. Il en sera traité plus loin (V. nos 171 et suiv.). Au point de vue de la personne, la femme mariée n'est point sous la puissance du mari ou du *pater* de celui-ci. *Alieni juris* elle reste sous la *potestas* de son propre *pater*; *sui juris* elle n'est sous aucune puissance (1). Le mari n'a donc aucun pouvoir sur la femme, la femme aucune obligation légale envers son mari (2). La femme mariée est pleinement libre. L'absolue soumission d'autrefois a fait place à l'extrême indépendance et cette absence totale d'autorité maritale n'a pas peu contribué au discrédit dans lequel tombe au début de l'Empire l'union conjugale. Mais de ce mal devait sortir un bien. Un principe que n'avait pas connu l'ancien droit commence à se dégager. Le mariage a cessé d'être un rapport de puissance; il est devenu une association. Or, les associés sont égaux et cette égalité de droits engendre une réciprocité d'obligations, auxquelles le mari n'échappe pas plus que sa femme. Telle est l'obligation de fidélité dont la violation constitue l'adultère, *adulterium*, et peut être invoquée par tous deux comme une cause de divorce (3).

2° *Rapports des enfants avec leurs parents et les parents de ceux-ci.* — Pour ce qui est des enfants nés du mariage sans *manus*, la logique de l'institution nouvelle commandait de leur faire à l'égard de leurs deux parents une situation égale. Il n'en fut rien toutefois. Puisque le mariage sans *manus* était tenu pour légitime, on jugea bon de faire produire à ce mariage les effets du mariage avec *manus*, en ce qui concerne les rapports avec le père. Les enfants, par conséquent, suivent la condition du père, *patris conditionem sequuntur* (G. I, 56). Ils prennent son nom, sa condition sociale, sont placés sous sa puissance ou, s'il est *alieni juris*, sous la puissance de son *pater*. Ils sont, en un mot, de la famille civile du père; ils lui appartiennent tout entiers, comme jadis la mère appartenait tout entière à la famille du mari (4). Aussi sont-ils rattachés au *pater* et aux parents *per masculos* de celui-ci par le lien

43. — (1) Le *pater* qui a gardé la puissance sur sa fille mariée peut soit la revendiquer contre le mari, soit exercer les interdits *de filia exhibenda* ou *ducenda* et mettre ainsi fin au mariage (V. n° 45).

(2) Tout au plus, admet-on que la femme doit le respect, la *reverentia*, à son mari (14, § 1. Dig., *Solut. matr.*, XXIV, 3).

(3) Sur l'adultère en droit criminel, v. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit. Droit Romain*, pp. 71 et suiv. Ajoutons comme autres exemples d'obligations communes aux deux époux, l'interdiction d'intenter des actions pénales ou infamantes, le droit d'opposer aux poursuites du conjoint le bénéfice de compétence (V. nos 175, 302).

(4) On verra de même à propos du régime des biens, qu'on a transporté certaines règles du mariage ancien au mariage nouveau (V. nos 172, 174).

civil d'agnation. Il n'en est plus de même à l'égard de la mère. Dans les idées anciennes, en effet, on ne peut appartenir à la fois à deux familles, et puisque les enfants sont dans celle du père, ils sont nécessairement exclus de celle de la mère. Entre la mère et eux, il n'y a aucun lien civil, aucun rapport de puissance ni de tutelle, aucune parenté, aucun droit de succession. Le lien qui rattache les enfants à la mère est purement naturel ; c'est la cognation. Ce résultat est dû en somme à l'attachement obstiné des Romains à leurs anciennes idées. Ils reculèrent devant les conséquences que comportait l'institution d'un mariage sans *manus*. L'épouse était devenue l'égale du mari, la mère ne devint pas l'égale du père. Il y eut dès lors une contradiction permanente, un désaccord de plus en plus flagrant entre le principe du mariage sans *manus* et certains de ses effets. Il fallut de longs siècles pour qu'ici la logique des choses triomphât des résistances du droit⁽⁵⁾.

44. — *De l'agnation.* — On vient de voir que l'agnation, *agnatio*, ou parenté civile est opposée à la cognation, *cognatio*, ou parenté naturelle (10, § 4. Dig., *De grad.*, XXXVIII, 10, Paul). L'existence de deux sortes de parenté est la conséquence des idées anciennes sur l'organisation de la famille. Elle n'est plus en harmonie avec les idées actuelles⁽¹⁾. Pour nous, la parenté dérive exclusivement des liens du sang. Elle est le lien qui unit les enfants à leurs ascendants des deux sexes (parenté en ligne directe), ou qui unit entre eux ceux qui descendent, soit par les hommes, soit par les femmes, d'un auteur commun (parenté en ligne collatérale). Telle était déjà la *cognatio* romaine, fondée exclusivement sur les liens du sang, indépendante de l'idée de mariage légitime, de l'idée de puissance. A cette parenté naturelle les Romains opposent l'*agnatio* qui provient des *justæ nuptiæ*, comme aussi des autres sources de la *patria potestas*. Le fondement de l'agnation est donc uniquement la puissance paternelle. Aussi l'agnation est-elle la seule parenté que connaisse le vieux droit romain, la seule admise comme

(5) Ce fut l'œuvre du droit prétorien et surtout du droit impérial qui sanctionnèrent les relations juridiques entre la mère et les enfants, en établissant entre eux des droits de succession réciproque (V. nos 238, 239).

44. — (1) On retrouve encore aujourd'hui le régime de la parenté civile chez des peuples de race aryenne, tels que les Hindous du Pandjab, et en général dans tout le droit hindou moderne. La parenté civile est également en vigueur à l'heure actuelle chez les Slaves méridionaux de l'Europe orientale. Elle était pratiquée dans le droit grec ancien. Sumner Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, pp. 107, 156 ; *L'ancien droit*, p. 142 ; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, livre I, ch. v.

engendrant des droits au profit de ceux qu'elle unit. C'est la parenté du *jus civile* par contraste avec la cognation, parenté selon la nature et selon le *jus gentium*.

Les premiers parmi les agnats sont les personnes soumises à la puissance d'un même *pater* : enfants nés de lui *ex justis nuptiis*, adoptés ou adrogés, femme *in manu*, petits-enfants *ex filio*. Toutefois dans leurs rapports avec le *pater* commun, on ne les traite pas d'agnats. Ils sont appelés *sui heredes* (V. n° 235) (10, § 3. Dig., *De grad.*, XXXVIII, 10, Paul). Mais ces mêmes individus sont agnats entre eux. L'agnation n'existe, à vraiment parler que dans la ligne collatérale. Elle est le lien qui unit tous ceux qui sont placés sous la puissance du même *pater*. Mais elle ne s'arrêtait pas à ce premier cercle. Les enfants du *pater* venant à se marier, fondaient à leur tour des familles nouvelles. Toutefois les enfants nés de ces unions n'étaient pas tous destinés à entrer dans le lien d'agnation. Les enfants des filles, en effet, en étaient exclus, puisqu'ils se rattachaient à la famille civile de leur *pater*. Seuls les enfants des fils restaient dans la famille de leur père; ils étaient agnats des agnats de leur père, et agnats entre eux. Les mêmes résultats se produisaient lorsqu'ils se mariaient à leur tour. Ainsi, après plusieurs générations, la famille civile finit par comprendre un groupe de personnes descendant toutes par les mâles d'un auteur mâle commun et qui se trouveraient toutes placées sous sa *patria potestas*, si cet ancêtre avait pu vivre assez longtemps pour la conserver jusqu'à ce moment (G. I, 156; III, 10).

Tant que les agnats restaient soumis à la puissance du *pater* auteur commun, l'agnation ne produisait entre eux aucun effet. Il fallait attendre son décès. Alors seulement pouvaient se réaliser les conséquences de l'agnation. Elle donnait le droit à chacun des agnats de recueillir la succession *ab intestat* des autres agnats, morts sans laisser de *sui heredes*. En outre, les agnats de sexe mâle avaient droit à la tutelle de leurs agnats impubères et aussi de leurs agnates même pubères (V. n°s 235, 56, 62).

Le rapport de parenté qu'établit l'agnation a quelque chose d'artificiel, puisqu'il ne résulte pas pour tous des liens du sang mais dérive pour tous de la puissance. D'une part, en effet, figurent parmi les agnats des personnes qui ne descendent pas de l'auteur commun : ce sont les adoptés et les femmes *in manu*. D'autre part, ne sont pas comptés au nombre des agnats et ne sont que cognats, les parents qui descendent de l'auteur commun par les femmes, et aussi ceux qui, descendant de l'auteur commun par les hommes, ont perdu leurs droits d'agnation à la suite d'une *capitis*



deminutio. La parenté, qu'on appelle cognation, *cognatio*, n'a rien d'artificiel, puisqu'elle unit tous les parents par le sang. La famille cognatique comprend en effet outre les agnats, ceux des parents qui ne sont pas agnats ou qui ont cessé de l'être⁽²⁾. Mais la cognation produit des effets moins importants que l'agnation. Elle fait obstacle au mariage dans les cas précédemment indiqués. Elle confère aux cognats des droits de succession réciproque. Mais c'est là un avantage qui ne leur fut reconnu qu'assez tardivement, par le préteur d'abord et ensuite par les constitutions impériales (V. n^{os} 238, 239).

De la gens. — A l'institution de l'agnation se rattache celle de la *gens*⁽³⁾. La *gens* n'est qu'une *agnatio* plus étendue. A l'époque où les institutions primitives sont encore dans toute leur pureté, la *gens* est le groupe de tous ceux qui se rattachent par les mâles à un ancêtre mâle commun, depuis longtemps décédé. La communauté d'origine de tous les membres d'une *gens*, *gentiles*, se révèle par la communauté du nom, *gentilitium nomen*, qui est le nom de l'ancêtre primitif, *dux et princeps generis*. Ainsi comprise, la *gens* est le type originaire de la famille patriarcale. Les membres de cette famille formaient entre eux une sorte de corporation ayant des *sacra* à elle, *sacra gentilitia*, un droit de juridiction et de censure sur tous les *gentiles*, des biens qui formaient le patrimoine collectif de ses membres, et dont la jouissance n'était concédée aux chefs de famille que d'une façon temporaire. La nécessité de conserver intact ce patrimoine commun, d'empêcher les biens qui le composaient d'être dissipés ou de passer à des mains étrangères, avait dicté certaines règles déterminant les rapports de chaque *gentilis*

(2) Parmi les agnats, il en est qui, issus de l'auteur commun sont nécessairement cognats entre eux. D'autres, comme les adoptés ou les femmes *in manu*, sont considérés fictivement comme les cognats de leurs agnats. De là le principe : *qui est adoptivus et cognatus est* (10, §4. Dig., *De grad.*, XXXVIII, 10, Paul). Mais la réciproque n'est pas vraie. Celui qui est cognat, n'est pas nécessairement agnat. Ceux-là seuls sont à la fois agnats et cognats (non fictifs) qui sont entrés dans la famille par la naissance *ex justis nuptiis*.

(3) Les textes où il est parlé de la *gens* romaine proviennent d'écrivains qui n'ont vu l'institution qu'à l'époque de son déclin et qui, par suite, ne se sont pas rendu un compte exact de son origine et de son rôle véritable. V. pourtant la définition de Q. Mucius Scaevola rapportée par Cicéron, *Topic*, 5, le seul texte un peu significatif. C'est seulement dans ces dernières années que la science des institutions primitives, formule sur cette question des solutions qui, si elles ne sont pas définitives, sont du moins très voisines de la vérité. On retrouve, en effet, l'équivalent de la *gens* romaine chez des peuples appartenant comme les Romains à la race indo-européenne : les Grecs, les Celtes, les Slaves méridionaux, les Hindous. V. Sumner Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, pp. 321, 322 ; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, livre II, ch. x ; Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, livre I, pp. 30 et suiv. ; Lécivain, *Darembert et Saglio, Dictionn. des antiq. grecques et rom.*, v^o *Gens*.

avec la *gens*. C'est ainsi que la *gens* avait droit de recueillir la succession *ab intestat* du *gentilis* décédé, que la curatelle du *gentilis* fou ou prodigue et la tutelle du *gentilis* impubère ou de la femme pubère appartenait à la *gens* (V. nos 235, 63, 56).

A une époque qu'on ne peut préciser, la *gens* tendit à se dissoudre. Il se produisit en elle un travail de désagrégation qui eut pour résultat de donner le pas à l'agnation sur la gentilité. Il était naturel que ce mouvement se produisît. Dans le sein même de la *gens*, les *gentiles* cherchaient à se grouper avec ceux qui étaient leurs plus proches parents, c'est-à-dire avec ceux qui descendaient comme eux d'un des membres de la *gens* mort depuis peu d'années. Celui-là était l'ancêtre connu, tandis que l'auteur premier de la *gens* était depuis longtemps oublié, souvent même légendaire. Le cercle ainsi formé dans l'intérieur de la *gens* constitue un groupe moins étendu, mais organisé sur le même modèle. Ce sont précisément les personnes de ce groupe, qu'on appela *agnati*, *ad gnati*, comme pour bien marquer qu'à leur égard la communauté d'origine avait un caractère de certitude plus assuré que pour les autres *gentiles*. Déjà la loi des XII Tables consacre officiellement la prééminence des *agnati* sur les *gentiles*, puisqu'elle appelle les agnats avant les *gentiles* à la succession *ab intestat* et à la tutelle. Cette décadence devait s'accroître davantage par la suite, en sorte qu'à l'époque impériale et dès ses débuts la *gens* n'existe plus comme institution et n'est plus qu'une curiosité historique⁽⁴⁾.

Le même mouvement de dissociation qui amena la disparition de la *gens* devait entraîner la ruine de l'agnation. Le groupement des agnats en une famille associée convenait encore à l'époque où les faibles (impubères, fous, prodiges, femmes) ne trouvaient pas dans des institutions d'Etat une protection suffisante, où l'individu qui fondait une famille ne se sentait pas assez fort pour se passer du groupe. L'intervention de l'Etat dans les tutelles et curatelles restreignit le rôle prépondérant joué à cet égard par les agnats (V. nos 56, 62, 63). La tendance à l'individualisme trouva à se satisfaire grâce à la liberté testamentaire permettant d'écarter les agnats des successions et des tutelles (V. nos 235, 56). Enfin, les injustices auxquelles aboutissaient en matière successorale la composition artificielle de la famille agnatique hâtèrent le mouvement de défaveur qui se dessinait de plus en plus. Ainsi s'est dissous le groupement agna-

(4) Gaius (III, 17) signale la disparition de l'institution par l'effet de la désuétude. Au premier commentaire (I, § 164 a) il donnait une notion de la *gentilitas* à propos de la tutelle. Mais ce passage du manuscrit est demeuré indéchiffrable.

tique, dernier vestige de la famille communautaire gentilice. Il a fait place à la famille naturelle des cognats, composée de tous les parents, tant de la ligne paternelle que de la ligne maternelle. C'est sous Justinien seulement que cette transformation est définitive. Il a supprimé les droits des agnats et consacré le triomphe du système de la parenté naturelle (V. n° 240).

45. — III. *Dissolution du mariage.* a) *Causes de dissolution indépendantes de la volonté des époux.* — Ces causes, au nombre de trois sont la mort de l'un des conjoints, à laquelle on assimile la perte de la liberté ou de la cité, le droit antique estimant avec raison que cesser d'être sujet de droit ou cesser de participer au *jus civile*, c'est une sorte de mort. En cas de mort, l'époux survivant redevient libre de contracter une nouvelle union, *secundæ nuptiæ*. Il importe toutefois de distinguer à cet égard entre le mari et la femme. La femme veuve devait, selon les anciens usages religieux, porter le deuil, *lugere maritum*, pendant dix mois; et, par suite, elle ne pouvait se remarier avant l'expiration de ce délai⁽¹⁾. Plus tard, lorsque les traditions religieuses s'altérèrent, l'interdiction de se remarier ne se justifia plus que par le danger des confusions de part, *turbatio sanguinis*. Car, si la veuve pouvait se remarier immédiatement, on ne saurait à qui, du second ou du premier mari, attribuer l'enfant qui naîtrait d'elle. Ce résultat est évité, si la femme attend dix mois depuis le décès, puisque tel est le délai maximum de la grossesse. Avec les empereurs chrétiens, ce délai de viduité subsista, mais fut porté à douze mois. La prohibition changea encore une fois de caractère. Désormais, elle se fonde sur des considérations de convenance beaucoup plus que sur la crainte d'une confusion de part⁽²⁾. Quant au mari, il n'avait jamais été tenu de *lugere uxorem*, et par suite, il pouvait se remarier immédiatement après la mort de sa femme. Mais lorsque le délai de viduité fut porté à douze mois pour la femme, le mari eût dû être astreint au même délai; il n'en fut rien toutefois, bien que les raisons de convenance fussent identiques.

b) *Cause de dissolution dépendant de la volonté des époux: Divorce.* — Si la volonté des époux est indispensable à la conclusion du lien conjugal, elle est, du moins dans le droit très ancien, impuis-

45. — (1) La sanction n'était pas la nullité du mariage, mais une peine religieuse. L'édit du préteur prononçait en ce cas l'infamie (1. Dig., *De his qui not. infam.*, III, 2, Julian.).

(2) Dans notre droit, la femme veuve est encore astreinte au délai de viduité de dix mois (V. art. 228, C. civ.).

sante à le rompre. Le mariage est par essence indissoluble. La mort seule y peut mettre fin. Toutefois il fut admis que le mari ou son *pater* pouvaient briser l'union en renvoyant la femme, *repudiare*. Ce droit de *repudium*, contraire à l'idée d'indissolubilité, n'en existe pas moins à Rome, comme d'ailleurs dans toutes les vieilles législations admettant la subordination de la femme. Il est une conséquence du pouvoir de juridiction domestique conféré par la *manus* inséparable du mariage. Il ne s'exerçait pas cependant d'une façon arbitraire et sans contrôle (3). Quant à la femme, la position dépendante que lui faisait la *manus* la privait du droit à la répudiation. Véritable *filiafamilias*, elle est obligée de subir la puissance sans pouvoir en secouer le joug.

Dans le mariage sans *manus*, la femme devenue l'égale du mari a comme lui le droit de répudiation, si elle est *sui juris*. *Alieni juris* son *pater* peut la reprendre au mari en intentant contre lui l'action en revendication ou les interdits (V. n° 35). Quant au mari il conserva le droit de *repudium* qu'il avait autrefois, mais sans limitation et sans contrôle. Enfin, les deux époux pouvaient d'un commun accord mettre fin à l'union, se séparer à jamais, prendre chacun une route différente, *di vertere, divortium*. Là où le simple consentement avait suffi pour lier, le simple consentement parut suffisant pour délier (4). L'expression *divortium* finit d'ailleurs par être employée comme terme générique, pour désigner aussi bien la répudiation par l'un des époux que la rupture de l'union à la suite d'une volonté commune.

Cette extrême fragilité du lien conjugal dans le mariage sans *manus* dut être pour beaucoup dans le maintien des mariages avec *manus* (V. n° 39). Là, en effet, le mari, seul maître de répudier était à l'abri des caprices de la femme et de l'immixtion arbitraire de son beau-père. Un jour vint cependant, où on reconnut à la femme *in manu* elle-même la faculté de *repudiare*. Le mariage avec *manus* devenait presque aussi fragile que l'union sans *manus*. D'autre part, on interdit au *pater* de rompre arbitrairement le mariage de sa fille restée en sa puissance (5). Le mariage sans *manus* à son tour devenait un peu plus stable, son maintien ne dépendait plus de la

(3) Les motifs de répudiation avaient été déterminés par la coutume, et limités à certains cas graves : l'adultère, l'intempérance (V. Caton, cité par Gell., *Noct. att.*, X, 23). En outre, la décision du chef de famille devait être approuvée par le *consilium propinquorum* où étaient appelés les cognats de la femme.

(4) C'est là une application de la règle dite du *contrarius actus* (V. n° 196).

(5) C'est seulement une constitution d'Antonin le Pieux qui vint enlever au *pater* ce droit : *ne bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur* (1, § 5. Dig., *De lib. exhib.*, XLIII, 30, Ulp.; Paul, *Sent.*, V, 6, § 15).

volonté d'un tiers. L'équilibre s'était établi : il n'y avait plus de différence entre les deux formes de mariage au point de vue de la rupture volontaire. Le nombre des divorces, autrefois restreint, s'était d'ailleurs accru dans des proportions considérables. Sous l'Empire, le divorce est devenu la cause la plus ordinaire, la cause normale de dissolution du mariage (6).

Le divorce par consentement mutuel n'exigeait aucune forme. Quant à la répudiation, la loi *Julia de adulteriis* exigea que l'époux affirmât sa volonté en présence de sept témoins, pubères et citoyens. Un affranchi de l'époux était chargé de transmettre à l'époux répudié la déclaration de répudiation certifiée par les témoins, *libellus repudii*. C'est ce qu'on appela : *ex lege repudium mittere*. Une fois divorcés, les époux redevenaient libres de contracter une nouvelle union. On n'avait pas imposé ici à la femme un délai de viduité. Les Empereurs chrétiens, au Bas-Empire, ne paraissent pas avoir touché à cette législation du divorce (7).

46. — *Des unions autres que les justæ nuptiæ.* — Le mariage n'est pas le seul mode possible d'union. Il en est d'autres que le droit romain admet, mais en les plaçant au-dessous des *justæ nuptiæ*. Ces unions sont néanmoins légales ; ce sont : le *matrimonium sine connubio*, le concubinat, *concubinatus*, enfin le *contubernium*. Toute autre union reste en dehors du domaine du droit ; elle n'est qu'un fait dont la loi n'a pas à tenir compte, à moins qu'elle n'y voie un délit, comme l'adultère ou l'inceste.

1° *Matrimonium sine connubio.* — On appelle ainsi l'union entre deux personnes qui, à raison de leur nationalité, n'ont pas le *jus connubii*. Tel est le mariage entre un citoyen romain et une femme latine ou pérégrine, ou aussi entre deux pérégrins ou deux latins. Ces unions que le *jus gentium* tient pour valables sont souvent appelées, à cause de cela, mariages du droit des gens. On les oppose de la sorte aux *justæ nuptiæ* envisagées comme unions du *jus civile* (G. I, 66-78) (1). Elles devinrent rares à partir de la consti-

(6) V. Marquardt, *Vie privée des Romains* (trad. Henry), t. I, pp. 82 et suiv. et les nombreux textes cités.

(7) Le divorce par consentement mutuel, supprimé par Justinien (Nov. 117, Ch. 10) fut rétabli par son successeur Justin II (Nov. 140). Quant au droit de répudiation il demeure intact, sauf la limitation de plus en plus étroite des cas légitimes de répudiation (Nov. 117, Ch. 8, 9), et des peines pécuniaires, en cas de répudiation injustifiée.

46. — (1) Ces unions pouvaient se transformer en *justæ nuptiæ* soit par la concession aux conjoints du *jus connubii*, soit par l'effet de l'*erroris causæ probatio* (V. n° 51).

tution de Caracalla qui fit citoyen tout habitant de l'*orbis romanus*. Sous Justinien, la suppression des latins juniens leur enlève toute raison d'être.

2° *Concubinatus* (2). — Le concubinat, *concupinatus*, appelé par une constitution impériale *inæquale conjugium* est une union de fait où la femme ne peut atteindre au rang social du mari. Dans l'ancien droit, cette impossibilité tient à la situation rabaissée que fait à la femme sa naissance, certaines déchéances ou l'exercice de certaines professions jugées déshonorantes (3). A l'époque impériale, on retrouve encore le *concupinatus*, comme une union d'ordre inférieur, ne produisant pas les effets des *justæ nuptiæ*, mais certainement licite. Comme à cette époque les rangs sociaux sont un peu moins tranchés, il paraît plus difficile de discerner la *concupina* de l'*uxor*. La condition rabaissée de la femme n'en fait pas nécessairement une *concupina*. Cela dépend des faits qui ont accompagné ou suivi la formation de l'union. La femme a-t-elle été traitée en *uxor* par le mari, il y a *justæ nuptiæ*. Là où au contraire elle n'a pas le traitement qui convient à l'*uxor*, il n'y a que *concupinatus* (Paul, *Sent.*, II, 20) (4). Quant aux effets, le *concupinatus* diffère des *justæ nuptiæ* en ce que la *concupina* n'est pas traitée par le droit comme une *uxor* (son adultère n'est pas puni par la loi *Julia de adulteriis*), en ce que les enfants ne sont pas *justi* et ne tombent pas sous la puissance de leur père. Mais au Bas-Empire certaines décisions prouvent qu'on tient ce genre d'union comme légal. On attribue à la concubine un droit de succession, on tend à rattacher les enfants, appelés *liberi naturales*, à leur père, soit en leur donnant un droit de succession, soit en les reconnaissant aptes à être légitimés (V. n° 51) (5).

3° *Contubernium*. — On appelle ainsi l'union de deux esclaves ou d'un esclave et d'une personne libre. Elle était considérée en droit comme n'ayant aucune valeur légale (V. n° 23-2°).

(2) Ortolan, t. II, n° 122; Gide, *Nouvelle Revue historique de droit*, 1880, pp. 377 et suiv., 409 et suiv., a essayé de faire prévaloir une théorie contraire à celle généralement adoptée jusqu'ici, théorie dont on trouvera la réfutation dans Accarias, t. I, n° 100, et dans le *Journal des savants*, 1880, mars, art. de Giraud.

(3) Sous la République, l'union d'un patricien et d'une plébéienne et le mariage non accompagné de *manus* ont dû être considérés pendant un temps comme des *inæqualia conjugia*; Esmein, *Mélanges, La manus*, etc., p. 26.

(4) Les fiançailles, la *deductio in domum mariti*, la rédaction de l'écrit où se trouve consignée la dot, *instrumentum dotale*, tels peuvent être les faits, auxquels on reconnaîtra l'*affectus maritalis*, et par suite l'union légitime.

(5) Cette forme d'union subsista malgré les efforts faits par les empereurs chrétiens pour la détruire. Ce n'est que trois siècles après Justinien, sous Léon le Philosophe, qu'elle disparut.

Sort des enfants nés en dehors des justæ nuptiæ. — Les enfants nés en dehors des *justæ nuptiæ* sont désignés sous le nom de *liberi non justî* ou *injustî* (*Vat. frag.*, § 194). On appelle spécialement *liberi naturales* ceux qui sont nés du concubinat, *vulgo concepti* ou *spurii* ceux qui sont nés d'une femme qui n'a eu que des relations passagères avec un homme (G. I, 64). Les *liberi non justî* sont toujours rattachés à leur mère, par le fait matériel et indéniable de l'accouchement (V. n^{os} 22, 31). Aussi suivent-ils sa condition, prennent-ils son nom, sa nationalité, et deviennent-ils ses cognats. On tient compte de ces liens de parenté pour les obstacles au mariage et pour les droits de succession réciproque. On est loin d'être aussi bien renseigné sur les relations entre les *liberi non justî* et leur père. Dans le cas d'enfants *vulgo concepti*, le père est inconnu en fait comme en droit. Mais dans les autres cas le père est connu en fait. Reste la question de savoir s'il y a entre lui et ses enfants des rapports de droit. Il est certain que la puissance paternelle et, par suite, les liens d'agnation font ici défaut. D'autre part, le droit romain n'a jamais admis la reconnaissance des enfants illégitimes permettant au père de se rattacher à ses enfants par un lien légal (6). Il semble donc qu'on puisse poser en principe qu'il n'y a aucun rapport de droit entre l'enfant illégitime et son père, même connu en fait.

Sources de la puissance paternelle.

(Suite).

47. — *Deuxième source : Adoption.* — Les *justæ nuptiæ* étaient la source ordinaire de la puissance paternelle. Par elles, le chef de famille pouvait avoir des enfants qui continuaient les *sacra privata*, héritaient de son nom et de son patrimoine. Mais une union restée inféconde, la mort prématurée des enfants, pouvaient tromper l'attente du père de famille. Il fallait trouver un moyen qui lui permit de s'assurer en dehors des *justæ nuptiæ* un successeur de sa race. Tel était le but de l'adoption, institution qu'on retrouve, pour répondre à des besoins semblables, dans d'autres législations antiques, artifice légal destiné à imiter la nature (1). L'usage de ce pro-

(6) Il faut toutefois réserver ce qui vient d'être dit des *liberi naturales* nés du concubinat.

47. — (1) C'est ainsi que, dans le droit hindou, l'adoption est destinée, avec beaucoup d'autres modes d'affiliation, à assurer la continuité du sacrifice funèbre. Il en était de même en Grèce. V. Sumner Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume*

céde d'affiliation, assez fréquent sous la République, se généralisa sous l'Empire à mesure que les mariages légitimes devinrent plus rares et moins féconds (2). A l'époque dernière, l'adoption subsiste encore. Elle tend toujours au même but, mais elle a perdu son antique caractère en même temps qu'ont disparu les idées religieuses sur lesquelles elle était fondée.

Il y a à Rome deux espèces d'adoption, suivant que la personne adoptée est *sui juris* ou *alieni juris*. L'adoption porte dans chacun de ces cas un nom différent : *adrogatio* dans le premier, *adoptio* dans le second (1, § 1. Dig., *De adopt.*, I, 7, Modest.). Ces deux variétés de l'adoption diffèrent au point de vue des formes, des effets, des conditions de validité (3).

48. — Formes. — I. Formes de l'adrogation. — Il est vraisemblable que, des deux espèces d'adoption, l'*adrogatio* a été pratiquée la première. C'est aussi celle où les formalités exigées font le mieux apparaître le caractère politique et religieux de l'institution. Trois périodes doivent être distinguées ici dans le développement du droit.

1^{re} Période. Au début, l'*adrogatio* intéressant à la fois le culte et la cité, n'était possible qu'avec le concours des pontifes et du peuple. Les pontifes devaient donner leur approbation au projet d'adoption. Une enquête préalable était instituée par le collège pontifical et menée avec le plus grand soin. On recherchait si le futur *pater* avait atteint un âge assez avancé pour ne plus pouvoir espérer d'enfant né de lui, si l'adrogation ne cachait pas une spéculation deshonnête et ne tendait pas surtout à enrichir l'adrogeant aux dépens de l'adrogé, si enfin l'adrogation, en assurant la continuation des *sacra* de l'adrogeant, n'allait pas consommer la ruine des *sacra* de l'adrogé (1). Il était non moins nécessaire que l'adrogation

primitive. Le culte des ancêtres, p. 121; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, livre II, ch. iv; Beauchet, *Histoire du droit privé de la Rép. Athén.*, II, pp. 2-7; P. Gide et Caillemer, *Darembert et Saglio, Dictionn. des antiq.*, v^o *Adoption*; Viollet, *Hist. du droit civil français*, pp. 481-488.

(2) L'adoption a dû servir également à corriger ce qu'avait d'artificiel la composition de la famille civile, en y faisant entrer des descendants, *nepotes ex filio emancipato*, *nepotes ex filia*, enfants nés *ex injustis nuptiis*, qui en étaient exclus.

(3) La *transitio ad plebem*, acte par lequel un patricien se faisait plébéien, afin de pouvoir épouser une plébéienne ou pour arriver au tribunat, ne paraît pas être une adoption produisant tous les effets attachés par le droit à cet acte. Il en est de même de l'*adoptio testamentaria*, disposition testamentaire ayant pour but et effet unique de permettre à l'adopté de prendre avec la fortune de l'adoptant le nom de celui-ci. Bouché-Leclercq, *Manuel des inst. rom.*, pp. 385, 387; Girard, *Manuel élém.*, p. 165.

48. — (1) L'intervention du collège pontifical et l'objet de son enquête sont signalés par Gell., *Noct. att.*, V, 19. Cf. Cicéron, *De dom.*, 13.

fût approuvée par le peuple qui avait intérêt à ce que l'adrogation projetée ne vînt pas diminuer la dignité de la famille de l'adrogeant (2). Devant les comices par curies comparaissent l'adrogeant et l'adrogé. Trois questions, *rogationes*, étaient posées; l'une à l'adrogeant pour lui demander s'il voulait l'adrogé comme enfant légitime; l'autre à l'adrogé pour obtenir son consentement; la troisième au peuple afin qu'il eût à donner son approbation. De là le nom d'*arrogatio*, *adrogatio*. Plus tard, on appelait encore l'adrogation, *adoptio per populum* (G. I, 98, 99, 100).

2° *Période*. Lorsque les curies ne se rassemblèrent plus effectivement, et qu'à leur place il n'y eut plus qu'un vain simulacre d'assemblée populaire, la réunion des trente licteurs présidés par le magistrat, la décision préalable des pontifes dut être considérée comme la formalité essentielle. Tel fut le droit des débuts de l'Empire, et tel il paraît être encore à l'époque classique, bien que les textes juridiques fassent à peine allusion à l'intervention pontificale (G. I, 102).

3° *Période*. La participation des comices à l'acte d'adrogation subsistait toujours à titre de survivance (3). Elle cessa d'avoir sa signification, lorsque tout souvenir des droits de l'assemblée populaire fut perdu. Désormais, l'adrogation se fit par rescrit du prince, *principali rescripto*, et ce changement nous apparaît à l'époque de Dioclétien comme accompli depuis assez de temps (2, 6. Cod., *De adopt.*, VIII, 48). A ce moment a cessé également le rôle joué par les pontifes, et l'enquête autrefois conduite par eux est confiée aux magistrats. Tel est encore le droit sous Justinien (§ 4. Inst., *De adopt.*, I, 11).

II. *Formes de l'adoption*. — L'*adoptio* (sens étroit) est un acte moins grave que l'adrogation. Ici aucun chef de famille ne disparaît : ni les pontifes, ni le peuple n'ont à intervenir. Il s'agit uniquement de faire passer un enfant de famille de la puissance de son *pater* naturel sous celle d'un *pater* nouveau. Ce résultat ne peut être atteint par la voie d'une cession de la puissance pater-

(2) L'adrogation enlevant aux agnats et à la *gens* de l'adrogé leurs espérances de succession *ab intestat*, il fallait que l'assemblée des *gentes* approuvât cette atteinte aux droits des membres de la famille civile. Il y a là une situation tout à fait semblable au cas du testament fait par le *paterfamilias*. Elle était régie par les mêmes principes (V. n° 230).

(3) On rencontre souvent en droit romain des institutions qu'un observateur superficiel jugerait inexplicables et qui ne sont que des survivances d'institutions anciennes depuis longtemps abolies, de même que dans le monde physique certains organes d'animaux ou de végétaux qui paraissent sans utilité ne sont que des vestiges derniers d'organismes autrefois complets. Les survivances d'institutions sont des organes sociaux réduits.

nelle, car cette puissance est considérée comme incessible. Mais ce qui ne peut être obtenu directement, l'esprit ingénieux des juristes s'efforça de le réaliser par un détour. Il suffisait que le père naturel renonçât d'abord au droit de puissance, et laissât ensuite l'adoptant revendiquer ce droit comme sien. L'*adoptio* se décompose donc en deux actes successifs, qui se complètent l'un par l'autre.

1° Le père naturel devait d'abord abdiquer sa puissance. Pour arriver à ce résultat, on mit à profit la disposition de la loi des XII Tables, d'après laquelle trois mancipations successives pour un *filius*, une seule pour une *filia* ou un *nepos*, mettaient fin à la puissance paternelle (V. n° 35). En conséquence, le père mancipait une première fois son fils à l'adoptant, en faisant promettre à ce dernier par un pacte dit *pactum fiduciæ* qu'il affranchirait immédiatement le fils du *mancipium* ainsi établi. Retombé sous la puissance paternelle à la suite de cet affranchissement, le fils était encore mancipé deux fois par le père. Après la troisième mancipation, le père avait perdu sa puissance, et l'enfant était placé sous le *mancipium* de l'adoptant (4). Le premier résultat était atteint.

2° On passait alors à la seconde partie de l'acte, celle qui devait procurer à l'adoptant le droit de puissance sur l'enfant de famille. A cet effet, l'adoptant mancipait de nouveau, *remancipatio*, l'enfant au *pater*, puis il se présentait avec celui-ci et l'enfant devant le magistrat. Là l'adoptant revendiquait le droit de puissance paternelle sur l'enfant. Le père naturel détenteur de l'enfant et par conséquent défendeur à ce procès fictif, ne contredisait pas la prétention de l'adoptant, et le préteur en la consacrant ne faisait, sous couleur de constater un droit préexistant, que reconnaître le droit nouveau œuvre de la volonté commune des parties (G. I, 134) (5). A raison de l'intervention du magistrat, l'*adoptio* était appelée *adoptio imperio magistratus* (G. I, 98).

L'adoption continua à être ainsi pratiquée pendant l'époque classique. Mais au temps de Justinien, les formes vieilles et les fictions surannées sont mises de côté. Il suffit que l'adoptant se présente devant le magistrat avec le père et l'enfant, et que la volonté des parties soit constatée dans les *acta publica* du magistrat.

(4) Une seule mancipation étant suffisante pour faire cesser la puissance paternelle sur la *filia* ou le *nepos*, l'adoptant investi du *mancipium* n'avait qu'à remanciper l'enfant au *pater*.

(5) On a déjà vu (V. n° 26) à propos de l'affranchissement *vindicta* une application de cet expédient consistant dans un procès simulé. On le retrouvera à propos de l'acquisition de la propriété et des servitudes (V. nos 87, 104, 109).

49. — *Effets de l'adoption.* — 1° *Droit antérieur à Justinien.* — Qu'il s'agisse d'*adrogatio* ou d'*adoptio* (sens étroit), l'effet de l'acte est toujours identique : l'adopté tombe sous la puissance de l'adoptant, comme s'il était né de lui *ex justis nuptiis*. Aussi prend-il le nom de l'adoptant, est-il associé à ses *sacra privata*, devient-il l'agnat de ceux qui sont comme lui sous la puissance de l'adoptant et en même temps l'agnat de tous les agnats de ce dernier (1). Toutefois l'*adrogatio* s'appliquant à une personne *sui juris*, produit des effets plus pleins que l'*adoptio*. En effet, l'adrogé ne tombe pas seul sous la puissance paternelle. Ses enfants et sa femme, si elle est *in manu*, y sont soumis avec lui. L'*adoptio* au contraire reste personnelle à l'adopté : ses enfants déjà nés, sa femme *in manu*, demeurent en dehors de la *familia* et de la puissance de l'adoptant. Au point de vue des biens, on peut observer une autre différence notable. L'adrogation fait acquérir à l'adrogéant les biens de l'adrogé, tandis que l'adoption n'est pas une cause d'acquisition pour le *pater* nouveau (2). L'adopté en effet étant un *alieni juris* n'a pas de patrimoine qui puisse être acquis par le père adoptant.

2° *Droit de Justinien.* — Les effets de l'adrogation n'ont pas été modifiés. Il n'en est pas de même de l'adoption dont le caractère et les effets se sont lentement transformés, surtout sous l'influence du droit prétorien. Le préteur s'est efforcé, en effet, de remédier à certaines conséquences iniques de l'adoption, en maintenant l'adopté dans son ancienne famille, tout en lui assurant certains droits successoraux dans sa famille adoptive (V. n° 238). Cette conception nouvelle qui n'a trouvé son expression définitive que dans notre Code civil (V. art. 347-350, C. civ.), a influé sur la législation de Justinien et l'a amené à distinguer suivant que l'adoptant est ou non l'ascendant de l'adopté. Dans le premier cas, l'adoption (*adoptio plena* des interprètes) conserve la plénitude de ses anciens effets. Dans le second cas (*adoptio minus plena* des interprètes), elle ne donne plus à l'adoptant la puissance paternelle et n'opère aucun changement de famille. Son unique effet est de donner à l'adopté des droits de succession *ab intestat* dans la succession du père adoptif (§ 2, Inst., *De adopt.*, I, 11).

50. — *Conditions de validité de l'adoption.* — Outre les formes

49. — (1) Il était même considéré fictivement comme leur cognat (V. n° 44, note 2), mais il ne devenait pas le cognat des simples cognats de l'adoptant.

(2) V. n° 265; 15, pr. Dig., *De adopt.*, I, 7, Ulp.

ci-dessus décrites, il est d'autres conditions de validité tenant à la personne de l'adoptant ou de l'adopté.

I. *Conditions relatives au pater adoptant.* — De ces conditions, les unes, communes à l'*adrogatio* et à l'adoption proprement dite, sont au nombre de deux. 1° Pour être capable d'adopter il faut pouvoir exercer la puissance paternelle; et de là résulte que ni les esclaves, ni les *non cives*, ni les femmes, ni les *alieni juris* ne peuvent adopter (1). 2° L'adoption devant imiter la nature, n'est possible que si l'adoptant est plus âgé que l'adopté, et même s'il a dix-huit ans de plus que ce dernier, l'âge de dix-huit ans, *plena pubertas*, étant considéré comme celui où l'homme est réellement apte à la génération (G. I, 106). Les autres conditions sont spéciales à l'adrogation. 1° L'adrogation n'est permise qu'à ceux qui ont passé l'âge où ils peuvent avoir des enfants, âge qui fut fixé à soixante ans. On ne veut pas, en effet, que la faculté d'adroger soit un encouragement au célibat ou à la stérilité. 2° Aussi l'adrogation est-elle interdite à ceux qui ont déjà des enfants légitimes, soit par suite des *justæ nuptiæ*, soit par l'effet d'une précédente adoption.

II. *Conditions relatives à l'adopté.* — Certaines personnes étaient incapables d'être adrogées ou adoptées par qui que ce fût. Tels étaient les esclaves, car la puissance paternelle ne s'exerce que sur des personnes libres. Les femmes et les impubères qui pouvaient être l'objet d'une *adoptio (stricto sensu)* ne pouvaient être adrogés. Les formes mêmes de l'adrogation s'y opposaient, car ni les femmes ni les impubères n'étaient admis dans l'assemblée des comices. Cette incapacité disparut à l'égard des femmes à partir du moment où l'adrogation se fit par rescrit du prince. Pour les impubères elle fut supprimée par un rescrit d'Antonin le Pieux (2).

50. — (1) A partir de Dioclétien, on permit à la femme d'adroger pour remplacer les enfants qu'elle aurait perdus. L'adrogé ne tombait pas alors sous la puissance de la femme, mais était censé né d'elle *ex justis nuptiis*. Ici l'adrogation est donc détournée dans une certaine mesure de son but primitif. Elle n'est plus comme chez nous qu'une institution destinée à favoriser des sentiments d'affectivité naturelle.

(2) Ce rescrit est adressé au collège des pontifes. Il autorisait l'adrogation, mais à la condition qu'elle pût se justifier par une *justa causa* dont l'appréciation était laissée aux pontifes (G. I, 102). En même temps, comme l'adrogation faisait entrer l'adrogé dans une famille nouvelle et enlevait ainsi à ses héritiers éventuels leurs espérances de succession, on admit que si l'adrogé mourait encore impubère, l'adrogeant devrait restituer ses biens à ses héritiers. D'autres précautions étaient prises dans l'intérêt de l'adrogé lui-même. V. Accarias, t. I, n° 112.

Sources de la puissance paternelle.

(Suite).

51. Troisième source : Légitimation. — La légitimation est un moyen pour le père naturel d'obtenir sur certains *liberi non justis* la *patria potestas*, qu'il n'a pas lors de leur naissance. Déjà à l'époque classique, ce résultat pouvait être atteint dans deux cas : 1° Lorsqu'un non citoyen obtenait du prince le droit de cité, il pouvait en outre, par une concession spéciale, obtenir la puissance sur ses enfants déjà nés (G. I, 93). 2° Lorsqu'une personne avait, lors de son mariage, commis une erreur sur sa nationalité ou sur celle de son conjoint, elle pouvait, lorsqu'elle avait eu un enfant, prouver son erreur, *erroris causæ probatio*, et effacer ainsi le vice de l'union, qui était transformée en *justæ nuptiæ*. En même temps, la cité était acquise aux deux époux ou à celui des deux qui ne l'avait pas, et l'enfant tombait sous la puissance paternelle (G. I, 67-76) (1).

Au Bas-Empire, toute distinction entre les *cives* et *non cives* a disparu; il n'est donc plus question de ces causes de légitimation (2). A leur place apparaît la légitimation par oblation à la curie. Cette espèce de légitimation a son origine dans la difficulté qu'on avait au Bas-Empire à recruter la curie ou sénat des villes. Les curiales ou décurions, membres de cette assemblée, étaient comme tels chargés de la répartition et du recouvrement des impôts. Ils répondaient sur leurs propres biens de leur rentrée régulière. Cette charge si onéreuse, jointe à d'autres non moins lourdes, écartait les citoyens de la curie. Aussi les empereurs avaient-ils essayé d'assurer son recrutement. Suivant une tendance de l'époque, ils avaient déclaré héréditaire la fonction de curiale. Mais lorsqu'il s'agissait d'enfants nés *ex concubinato*, ceux-ci, ne suivant pas la condition du père, échappaient à l'application de la règle. Aussi Théodose le Jeune et Valentinien permirent-ils au père décurion de légitimer ses enfants nés du concubinat en les présentant à la curie, et ils étendirent ce droit au père qui n'était pas décurion. Ce

51. — (1) La loi *Ælia Sentia* permettait aussi au latin junien de se présenter devant le magistrat et, à charge de prouver qu'il avait contracté mariage et que de cette union il lui était né un enfant déjà âgé d'un an, il obtenait la cité et la puissance paternelle (G. I, 29).

(2) V. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 471-477; Esmein, *Cours élément. d'histoire du droit français*, p. 7; G. M. *Grande Encyclopédie*, v° *Légitimation*.

mode de légitimation fut aussi déclaré applicable aux filles : il suffisait, pour cela, qu'elles fussent mariées à un curiale. Sous Justinien la légitimation par oblation à la curie subsiste. Mais elle ne produit pas des effets aussi pleins que les modes dont il va être parlé. L'enfant n'a alors aucun rapport de parenté légitime avec les parents de son père.

Sous l'influence des idées chrétiennes, deux nouveaux modes de légitimation s'introduisirent dans le droit : la légitimation par mariage subséquent et par rescrit du prince. On a vu qu'à l'époque classique les *liberi naturales* nés du concubinat, n'étaient rattachés à leur père par aucun lien légal (V. n° 46). Mais rien n'empêchait le père d'en faire des *justi liberi* par le moyen d'une adrogation (V. n° 47, note 2). Ces principes se modifièrent. Le concubinat, tout en restant licite fut regardé comme une union dégradante. Les enfants qui en étaient issus étaient considérés comme entachés d'une souillure morale. On pensa qu'il était juste de permettre au père d'effacer cette tache en réparant sa propre faute, c'est-à-dire en convertissant son union en un véritable mariage. De là, la légitimation par le mariage subséquent des deux concubins, et comme corollaire, l'interdiction pour le père naturel d'adroger les enfants nés *ex concubinato*. Introduite par Constantin, interdite par Justin, cette légitimation fut de nouveau autorisée par Justinien, mais à la condition qu'aucun obstacle au mariage n'existât au jour où se plaçait la conception de l'enfant, en sorte que les enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin, ne pouvaient être légitimés par mariage subséquent (§ 13, Inst., *De nupt.*, I, 10) (V. art. 331, C. civ.). Son effet était de donner aux enfants à qui elle s'appliquait, tous les droits résultant de la filiation *ex justis nuptiis*. Pour le cas où le père ne pouvait épouser sa concubine, à raison du prédécès ou de l'indignité de celle-ci, la légitimation était accordée par rescrit impérial. Elle produisait les mêmes effets que la légitimation par mariage.

3° Extinction de la puissance paternelle.

52. — *Causes d'extinction.* — Les causes qui mettaient fin à la puissance paternelle peuvent se répartir en deux classes : les unes la font cesser sans rompre le lien d'agnation, les autres entraînent la rupture de ce lien.

I. *Causes d'extinction laissant subsister le lien d'agnation.* — La mort du *pater* met normalement fin à la puissance et rend *sui*

juris ceux des enfants de famille qui, au jour du décès, se trouvent sous la puissance immédiate du *pater* décédé. Ceux au contraire qui, au décès du *pater*, ne sont pas sous sa puissance immédiate, ne deviennent pas *sui juris*; ils tombent sous la puissance de celui qui jusque-là les séparait du *pater* décédé (G. I, 127). A la mort il faut assimiler la perte de la liberté ou de la cité par le *pater*. Institution du *jus civile*, la puissance paternelle ne peut subsister au profit de celui qui a cessé d'être citoyen, à plus forte raison, d'être homme libre (G. I, 128, 129) (1).

II. *Causes d'extinction entraînant rupture du lien d'agnation.* — La puissance s'éteint malgré la volonté du père en même temps que se brise le lien d'agnation quand l'enfant de famille perd la liberté ou la cité (V. n° 66). Car la puissance ne peut s'exercer que sur un homme libre et un citoyen. La puissance et avec elle l'agnation cesse par la volonté du père, lorsqu'il donne un enfant de famille en adoption, une fille *in manum*. L'émancipation est également un mode d'abdication volontaire de la puissance, entraînant rupture de l'agnation. Mais ici, l'enfant de famille devient *sui juris*.

Le très ancien droit n'a pas dû connaître l'émancipation. Pratique ensuite à titre exceptionnel, elle dut être d'abord une pénalité appliquée à l'enfant, désormais banni de la famille, privé de ses droits d'agnation et notamment du droit de succéder à son *pater* ou à ses agnats. La forme employée pour réaliser l'émancipation prouve bien que l'institution n'est pas d'origine ancienne, et qu'elle n'est pas antérieure aux XII Tables. On mit en effet fort ingénieusement à profit la disposition de la loi interdisant au *pater* de manciper ses enfants (V. n° 35). Cette prohibition avait été créée pour infliger une déchéance au père qui avait abusé de son pouvoir. Elle lui fournit le moyen de se défaire d'une puissance dont il ne voulait plus (2). S'il s'agissait d'un *filius*, le père le mancipait trois fois de suite à un tiers comme dans l'adoption *stricto sensu* (V. n° 48). De cette façon, le fils était libre de la puissance paternelle, mais il tombait sous le *mancipium* du tiers. Or tel n'est point le but pour-

52. — (1) A l'époque païenne, certaines dignités sacerdotales (flamine de Jupiter, vestales) paraissaient incompatibles avec la situation des *alieni juris* et les exemptaient par suite de la puissance (G. I, 130). Par imitation du droit ancien ces dispenses sont remplacées sous Justinien par d'autres en faveur des évêques, patrices, consuls, etc.

(2) Ainsi détournée de son but, la loi sert à un objet autre que celui qu'avait prévu le législateur. C'est bien la preuve que l'émancipation était un acte anormal, ne répondant pas à une nécessité bien marquée, puisqu'il n'avait pas paru digne d'une réglementation à part.

suivi par le *pater*, puisqu'il veut que le fils soit libre de toute puissance. Aussi, était-il convenu avec ce tiers que celui-ci devrait affranchir immédiatement l'enfant du *mancipium*, de façon à le rendre ainsi *sui juris*. De là le nom d'*emancipatio*, qui signifie à proprement parler, affranchissement du *mancipium* : *e mancipio*. S'il s'agissait d'un *nepos* ou d'une *filia*, une seule mancipation suivie d'affranchissement du *mancipium* était suffisante. Mais ce compare à qui l'enfant était mancipé acquérait par l'effet de l'affranchissement des droits de tutelle et de succession sur l'émancipé. Il était naturel que le *pater* cherchât à se réserver ces avantages. Il y parvenait en convenant avec le tiers qu'après la troisième (ou l'unique) mancipation, celui-ci lui céderait son pouvoir de *mancipium*. Le père pouvait dès lors procéder lui-même à l'affranchissement et il obtenait ainsi les droits réservés à l'affranchisseur (G. I, 132).

Les ventes successives (ou la vente unique) dont l'enfant de famille avait été l'objet, l'avaient placé dans une condition voisine de l'esclave et par suite avaient mis fin à l'agnation entre lui, son *pater* et ses agnats. Il était désormais sans famille (3). Il perdait aussi tous les droits de succession qui étaient la conséquence de sa qualité de *suus* et d'agnat (4). Mais ces effets désavantageux étaient compensés par les avantages inhérents à sa condition nouvelle. Devenu *sui juris*, il acquérait pour lui-même, pouvait avoir un patrimoine (5). Il pouvait fonder une famille civile et devenir lui-même *pater*. D'ailleurs, il demeurait le cognat des membres de son ancienne famille, et comme tel bénéficiait des droits de plus en plus sérieux attachés par le préteur à ce titre (V. n° 238). En définitive, l'émancipation se résolvait en un avantage pour l'émancipé. De moins en moins elle évoquait l'idée d'une déchéance et rien n'empêchait plus de la rechercher comme un bienfait. Toutefois, l'émancipé restait attaché à celui qui l'avait affranchi du *mancipium* (*manumissor*) par un lien analogue à celui qui unit l'affranchi au patron. Aussi ce *manumissor* avait-il droit à la tutelle de l'émancipé et à sa succession *ab intestat* s'il mourait sans enfants.

Si les effets défavorables de l'émancipation se sont atténués

(3) Les effets de l'émancipation étaient exclusivement personnels à l'émancipé. Ses enfants déjà nés lors de l'émancipation restaient sous la puissance du *pater*.

(4) Le droit prétorien est venu corriger ici d'une façon fort heureuse la rigueur du droit civil. Il a accordé à l'émancipé des droits de succession *ab intestat* à l'égal des autres enfants du *pater* (V. n° 238).

(5) On avait admis qu'il pouvait conserver en toute propriété le pécule profectice qu'il administrait, s'il ne lui avait pas été retiré expressément.

assez rapidement, il n'en a pas été de même de la rigueur et de la complexité des formes. C'est à Justinien seulement qu'est due leur simplification. Consacrant une pratique suivie avant lui, il supprima les mancipations successives suivies d'affranchissement. Dès lors, l'émancipation résulte d'une simple déclaration faite par le père devant le magistrat, les droits de tutelle et de succession continuant à appartenir au père émancipateur comme lorsqu'autrefois il procédait à l'affranchissement de l'enfant (§ 6, Inst., *Quib. mod. jus pot. solv.*, I, 12)⁽⁶⁾.

II. — AUTRES FORMES DE LA PUISSANCE.

53. — *Puissance sous forme de manus et de mancipium.* — On a signalé l'existence, à côté de la puissance paternelle, de deux autres formes de la *potestas* : la *manus* et le *mancipium* (V. n° 34). La *manus* a été étudiée à propos du mariage (V. n° 38). Il reste à signaler certaines applications de cette institution, où la *manus* dégénérée est détournée de son but primitif en vue de certains résultats que le droit ne permettait pas d'atteindre par une autre voie. Dans ces hypothèses, une femme se soumet par la *coemptio* à la *manus* d'un individu qui n'est pas son mari et qui s'engage à renoncer immédiatement à sa puissance. Ce que veut la femme, ce n'est donc pas entrer dans une famille nouvelle, mais rompre les liens d'agnation qui l'unissaient à l'ancienne. Elle obtient ainsi le droit de tester et elle échappe à la tutelle agnatique (G. I, 115, 115 a) (V. nos 230, 62). Car la *manus* n'est que provisoire. Il est entendu par un pacte, *pactum fiduciæ*, entre la femme et l'acquéreur de la *manus*, que celui-ci abdiquera son pouvoir, ce qu'il fait en émancipant la femme, comme on émancipe une *filia* (V. n° 52). Ici, la *manus* n'est donc point l'accompagnement du mariage, elle n'est point établie *matrimonii causa*, elle n'est que fiduciaire, *fiduciæ causa* (1). C'est un pur expédient dont l'apparition dans le droit est significative. Elle témoigne du profond discrédit où est tombée l'antique institution. Après les mariages avec *manus*, on en est venu aux mariages sans *manus*, pour finir par la *manus* sans mariage.

(6) C'est cette forme simplifiée qui a été retenue par notre droit (V. art. 477, C. civ.).

53. — (1) Cicéron (*Pro Mur.*, 12) confirmé par Gaius (I, 136) nous révèle une autre application de la *manus* fiduciaire. Elle permettait à la femme appelée à une hérédité de se soustraire, tout en la recueillant, à la charge des *sacra*. Le droit profane est employé ici à tourner les prescriptions du droit religieux.

Quant au *mancipium*, c'est une puissance analogue à celle du maître sur l'esclave, bien que ce soient des personnes libres, les enfants de famille, qui y soient soumis. Leur *pater* pouvait en effet les vendre, *mancipare*, à un tiers (V. n° 35). L'effet de cette *mancipatio*, était précisément de constituer au profit de ce tiers le pouvoir appelé *mancipium* (G. I, 117) (2). Dans l'ancien droit on trouve deux applications du *mancipium* : 1° lorsque le *pater* pour tirer profit du travail de l'*alieni juris* le plaçait sous le *mancipium* d'un tiers, en échange d'une rémunération; 2° lorsque l'enfant de famille ayant commis un délit, le *pater* l'abandonnait à la victime du délit, *ex noxali causa mancipio dare* (G. I, 140) (V. nos 36, 53). Avec le progrès des mœurs, la première application du *mancipium* ne pouvait manquer de disparaître. De fait, il n'en est plus question à la fin que dans le cas où poussé par l'extrême misère, le père se résoud à manciper son enfant. Seul, le *mancipium* à la suite d'abandon noxal resta en usage jusqu'à Justinien qui l'a supprimé (3).

L'individu placé *in mancipio* était dans une situation voisine de l'esclavage, *loco servi* (G. I, 138). Il était tenu de travailler pour celui qui avait le *mancipium* et tout ce qu'il acquérait devenait la propriété de ce dernier. Toutefois, sa condition différait de celle de l'esclave. Il ne perdait ni la liberté, ni la cité et par suite, le *mancipium* venant à cesser, il n'était point traité comme affranchi. Les modes de cessation du *mancipium* étaient le cens, la *vindicta*, le testament. De plus, le *mancipium* constitué par abandon noxal prenait fin, malgré la volonté de celui qui l'avait obtenu, dès que, par son travail, l'*alieni juris* avait réparé le préjudice causé.

QUATRIÈME DIVISION DES PERSONNES

Personnes en tutelle ou en curatelle, et personnes non soumises à la tutelle ou à la curatelle.

54. — *Notion de la tutelle et de la curatelle.* — Parmi les personnes *sui juris*, il en est que la faiblesse du développement

(2) Le terme *mancipium* a pour signification originale : propriété, *manu captum*. Il désigne par suite l'esclave, objet de propriété (V. n° 21), et aussi ce pouvoir spécial dont nous traitons au texte. Bréal et Bailly, *Dictionn. étymol. lat.*, v° *Manus*.

(3) Le *mancipium* fut pratiqué comme expédient destiné à mettre fin à la puissance paternelle, dans l'adoption et l'émancipation (V. nos 48, 52). Dans ces hypothèses, le *mancipium* n'est pas destiné à durer. Le tiers qui l'a obtenu s'est en effet engagé par pacte de fiducie à le faire cesser aussitôt établi. Aussi peut-on dire qu'ici le *mancipium* est créé *fiduciæ causa*.

intellectuel, conséquence du jeune âge, du sexe, ou de certains troubles cérébraux, rend incapables de gérer leurs biens. Ces personnes ont une intelligence et une volonté, mais pas assez fortes pour se rendre compte des conséquences que leurs actes peuvent avoir pour leur patrimoine. Aussi, les soumet-on à une sorte de pouvoir qui n'est point une puissance véritable mais qui en tient lieu. C'est suivant les cas, la tutelle ou la curatelle, *tutela vel curatio*. De là, une dernière division des personnes. Les unes sont en tutelle ou en curatelle, et les autres exemptes de ces deux pouvoirs : *quædam vel in tutela sunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur* (G. I, 142).

Dans le droit romain primitif, la tutelle et la curatelle ne sont que des mesures de défiance prises dans l'intérêt de la famille civile. On craint que par impéritie certaines personnes ne compromettent le patrimoine qu'elles ont recueilli dans la succession paternelle, et qu'ainsi elles ne portent atteinte aux droits éventuels de la famille civile appelée à leur succéder. Plus tard, cette considération étroitement intéressée fit place à une idée plus humaine : la protection due par la société aux incapables. La conception nouvelle se combinant avec l'ancienne, transforma le caractère de la tutelle et de la curatelle. Cette transformation se traduisit, d'une part par la disparition de certaines applications de la tutelle et par la création de tutelles et curatelles nouvelles, d'autre part par l'introduction de certaines garanties protectrices auxquelles le droit ancien n'avait pas songé.

Sont en tutelle : 1° les impubères des deux sexes, 2° les femmes pubères. Sont en curatelle : 1° les fous, 2° les prodigues, 3° les mineurs de vingt-cinq ans.

TUTELLE

1° Tutelle des impubères des deux sexes.

55. — *Définition et caractères de la tutelle.* — Sont en tutelle les impubères des deux sexes, c'est-à-dire les enfants qui n'ont pas atteint l'âge de puberté, fixé comme il a été dit plus haut (V. n° 40). C'est donc l'absence de capacité intellectuelle qui justifie ici la condition faite à l'enfant. Tant qu'il n'est pas pubère, il est un *pupillus, pupilla*; une personne est chargée de défendre ses intérêts, c'est le tuteur, *tutor* (*tueri*, protéger) et le pouvoir de ce tuteur sur le pupille constitue la tutelle, *tutela* (1).

55. — (1) *Pupus* signifie petit garçon, *pupa* petite fille. Bréal et Bailly, *Dict. étymol. lat.*, v° *Pupus*.

La tutelle tient lieu à l'impubère de la puissance paternelle qui a pris fin pour lui de trop bonne heure ou qu'il n'a jamais connue (2). Aussi a-t-elle passé par les mêmes transformations historiques. Au début, elle n'est point une institution de protection pour le pupille mais une mesure de précaution prise contre lui, dans l'intérêt du groupe familial. Ce que l'on veut, c'est sauvegarder les intérêts des agnats et des *gentiles*, héritiers *ab intestat* de l'impubère. Il importe dès lors que celui-ci soit placé sous une surveillance telle qu'il ne puisse dilapider son patrimoine au préjudice de sa famille civile, et il est logique que ceux-là soient investis de ce droit qui ont intérêt à la conservation de ses biens (1, pr. Dig., *De leg. tut.*, XXVI, 4, Ulp.). Il sera donc soumis à une espèce de puissance qui, semblable à toutes celles du droit primitif, s'exerce sans restriction, sans contrôle. C'est ce point de vue que Servius Sulpicius mettait en relief dans sa définition de la tutelle : *vis ac potestas in capite libero jure civili data ac permessa* (1, pr. Dig., *De tutelis*, XXVI, 1, Paul) (3). Toutefois, la tutelle impliquait de la part des tuteurs certains devoirs, *officia*, envers leurs pupilles. Mais leur observation était garantie non par les lois mais par les mœurs (4).

Ainsi se maintinrent les choses tant que ne s'altéra pas la constitution traditionnelle de la famille patriarcale. Elles changèrent lorsqu'il fut permis au *pater* de désigner par testament un tuteur à ses enfants impubères. De cette façon il excluait de la tutelle les membres de la famille civile, et comme il pouvait confier la protection des biens de l'enfant à un homme de son choix, qui n'avait aucun intérêt personnel à leur conservation, il faisait de la tutelle une charge sans profit, *onus*, organisée dans le seul intérêt du pupille. Plus tard, cette transformation s'accrut. On voit les magistrats intervenir pour donner un tuteur au pupille qui n'en a pas dans sa famille ou n'en a pas reçu de son père. Ils remplacent le tuteur momentanément incapable de gérer la tutelle, donnent au

(2) Elle a pris fin de trop bonne heure quand le *pater* meurt, perd la liberté ou la cité avant la puberté de l'enfant, ou l'émancipé impubère. L'enfant ne l'a jamais connue, lorsqu'il s'agit d'un esclave affranchi étant encore impubère (V. n° 56).

(3) Les expressions du jurisconsulte se retrouvent presque identiques dans Gelle (*Noct. att.*, V. 19). La tutelle des femmes qui a conservé son caractère archaïque assez tard est appelée *potestas*, dans Cicéron, *Pro. Mur.*, 12. Cette puissance s'exerce comme la puissance paternelle sur une personne libre, *caput liberum*. V. cette expression employée par Gaius, I, § 166, 168.

(4) Ainsi conçue, la tutelle est bien, comme le dit Servius, une institution du *jus civile*. C'est seulement plus tard lorsqu'elle devint une mesure de protection pour l'impubère qu'on put la considérer comme appartenant au *jus gentium* (G. I, 189). V. Accarias, t. I, n° 124. Dans le droit des Germains, la tutelle paraît avoir eu le même caractère que dans le droit romain primitif. Viollet, *Histoire du droit civil français*, pp. 531, 532.

pupille une action pour forcer le tuteur à rendre des comptes. La tutelle cesse dès lors d'être une puissance domestique organisée dans l'intérêt des tuteurs. Elle devient une mesure de protection pour les impubères à raison de leur jeune âge. Ce n'est plus un droit pour la famille civile, mais une charge publique, *munus publicum*, imposée au tuteur au nom de l'intérêt général et s'exerçant sous la surveillance de l'autorité publique. Cette idée nouvelle se fait jour déjà à côté de l'ancienne dans la définition de Servius. Pour lui, la tutelle a été établie *ad tuendum eum qui propter ætatem suam sponte se defendere nequit*. A l'époque classique, la tutelle conserve quelques traits de sa physionomie ancienne, mais le caractère de protection l'emporte. Tel est l'aspect de l'institution sous Justinien et dans le droit moderne.

Quatre questions seront examinées au sujet de la tutelle des impubères : 1° Délation ; 2° Effets ; 3° Cessation ; 4° Garanties données aux pupilles contre leur tuteur.

56. — I. *Délation de la tutelle.* — Tout événement de nature à rendre un impubère *sui juris* donne lieu à la tutelle. Il en est donc ainsi dans trois cas : 1° Lorsque le *pater* mourait, perdait la liberté ou la cité ; 2° Lorsqu'un maître affranchissait son esclave impubère ; 3° Lorsque le *pater* émancipait son enfant impubère. De ces trois cas, le premier exige seul des explications détaillées⁽¹⁾.

L'impubère qui est devenu *sui juris* sans affranchissement ou émancipation, peut être soumis à l'une des trois tutelles suivantes : 1° Tutelle des agnats ou des *gentiles*, déferée par la loi et appelée à cause de cela tutelle légitime ; 2° Tutelle déferée par le père dans son testament ou tutelle testamentaire ; 3° Tutelle déferée par le magistrat.

Ces trois formes de la tutelle n'ont fait leur apparition que successivement et dans l'ordre que nous venons d'indiquer. Dans le principe, la tutelle était dévolue exclusivement à ceux que la coutume appelait à la succession *ab intestat* de l'impubère, c'est-à-dire à ses agnats et à ses *gentiles*. Plus tard, les pères de famille prirent l'habitude de désigner, dans leur testament, un tuteur à leurs enfants impubères. Ils enlevaient ainsi aux agnats et aux *gentiles* le droit à la tutelle pour le donner à une personne de leur choix. La loi des XII Tables reconnut ces deux espèces de tutelle, mais

56. — (1) Dans les deux derniers cas, il suffit de savoir que l'impubère est placé sous la tutelle de celui qui l'a affranchi de la servitude ou du *mancipium*, de son patron dans le cas d'esclavage, du *manumissor* dans le cas d'émancipation (V. n° 52).

donna la préférence à celle qui émanait de la volonté du père. Ce n'est qu'à défaut de tuteur nommé par le père, que la loi revenant à l'antique coutume, appelait à la tutelle ceux qui avaient droit à la succession du pupille (2). Longtemps cette législation parut suffisante. Mais bientôt se présentèrent des cas où le pupille n'avait ni tuteur testamentaire ni tuteur légitime. Il fallut recourir au magistrat pour lui demander de nommer un tuteur. C'est ainsi que la tutelle déferée par le magistrat vint s'ajouter aux deux autres. Plusieurs lois de l'époque républicaine la réglementèrent pour Rome et les provinces.

1° *Tutelle testamentaire*. — Le *pater* a le droit de désigner dans son testament, le tuteur des enfants impubères que son décès va rendre *sui juris* (G. I, 144). Ce droit de nommer un tuteur, *dare tutorem*, est un attribut de la puissance paternelle, un corollaire du pouvoir souverain du chef de famille. Aussi est-il refusé à la mère, aux ascendants maternels, au père qui a émancipé son enfant, au père dont l'enfant n'est pas né *ex justis nuptiis*. La nomination du tuteur, comme toute autre disposition testamentaire accessoire, était soumise à des formes : elle devait être exprimée en termes impératifs ; elle ne pouvait précéder l'institution d'héritier (3). Régulièrement faite, elle devait être observée rigoureusement ; aucune autorité n'avait à intervenir pour contrôler ou confirmer le choix du *pater*. Mais faite sans l'emploi des formes requises ou par quelqu'un qui n'avait pas la puissance paternelle, la *datio tutoris* était de nul effet.

Cette rigueur exagérée finit par s'atténuer. A mesure que décroissait le formalisme, on devait chercher à faire prévaloir la volonté du disposant sur des exigences de pure forme. D'autre part, la tutelle devenant une institution de protection, le droit de désigner un tuteur testamentaire put être concédé à des personnes qui n'avaient pas la puissance mais étaient attachées à l'impubère par des liens de sûre affection. Ces idées nouvelles conduisirent à reconnaître la validité de la *datio tutoris* contenue dans un testament nul en la forme, émanant d'un père qui avait perdu la puissance, ou de parents qui ne l'avaient jamais eue, tel le père naturel à l'égard de l'enfant né *ex concubinato* ou la mère. L'application stricte des principes aurait conduit ici à appeler les tuteurs légi-

(2) Le même phénomène s'est produit pour la dévolution de la succession. La succession des agnats et des *gentiles* a d'abord existé seule, puis la succession testamentaire a pris le pas sur elle (V. n° 228).

(3) G. I, 149. Cette dernière exigence ne disparut que sous Justinien (§ 3. Inst., *Qui testam. tut.*, I, 14).

times. On préféra respecter la volonté du testateur, pensant que son choix éclairé valait mieux qu'une désignation légale due au hasard de la naissance. Toutefois la décision du testateur n'est plus souveraine. Elle doit être confirmée par le magistrat (4).

2° *Tutelle légitime des agnats et des gentiles.* — A défaut de tuteur testamentaire, la tutelle de l'impubère était confiée à ses agnats. La loi des XII Tables leur avait attribué expressément ce droit. Aussi cette espèce de tutelle est-elle appelée légitime, *tutela legitima* (G. I, 155) (5). Si la loi défère la tutelle aux agnats c'est parce qu'ils sont appelés en première ligne à recueillir la succession de l'impubère. La tutelle leur permet de veiller à la conservation du patrimoine qui peut leur revenir : *ut qui sperarent hanc successionem iidem tuerentur bona ne dilapidarentur* (1, pr. Dig., *De leg. tut.*, XXVI, 4, Ulp.). A défaut d'agnats, la tutelle légitime revenait à la *gens*. Aucun texte, il est vrai, ne mentionne cette application de la tutelle légitime. Mais on sait qu'à défaut d'agnats la succession était déferée aux *gentiles*, et, d'autre part, qu'il y a une correspondance constante entre la vocation héréditaire et la tutelle. On peut donc conclure avec certitude à l'existence de la tutelle déferée à la *gens*. Elle disparut de bonne heure avec le *jus gentilitium* lui-même. La tutelle des agnats a subsisté jusqu'à Justinien avec le droit d'agnation.

3° *Tutelle déferée par le magistrat.* — Cette variété de la tutelle est de date relativement récente. Longtemps l'État s'abstint d'intervenir dans la nomination du tuteur. La tutelle, en effet, est une *potestas* qui appartient à celui que le *pater* a désigné pour prendre sa place (tuteur testamentaire), ou à ceux qui font partie de la famille civile (tuteurs légitimes). Mais des cas pouvaient se présenter où il n'existait ni tuteur testamentaire ni tuteurs légitimes. Pour la première fois, la société se préoccupe de la protection due à l'impubère. Le magistrat est investi du droit de désigner le tuteur (6). A Rome, une loi Atilia attribue cet office au préteur urbain assisté

(4) V. *De confirmand. tut.*, Dig., XXVI, 3. Lorsque l'enfant est né *ex concubinato* ou lorsque c'est la mère qui désigne le tuteur, on exigeait que l'enfant eût reçu quelque chose par testament ou eût été institué héritier, afin de ne confirmer qu'une désignation dictée par un sentiment de bienveillance pour l'enfant.

(5) Lorsque le tuteur testamentaire ne pouvait immédiatement entrer en fonctions on n'appelait pas les tuteurs légitimes. C'eût été se mettre en opposition avec la volonté du testateur qui a manifesté son intention formelle de les exclure. De là le principe : *quamdiu testamentaria tutela separatur legitimam cessare* (11, pr. Dig. *De test. tut.*, XXVI, 2, Ulp.). C'est en vertu de la même règle que les héritiers légitimes sont exclus tant qu'on a chance d'avoir un héritier testamentaire (V. n° 228).

(6) Comme le *pater*, le magistrat *dat tutorem*. C'est lui en effet qui, au nom de la société, tient la place du père et assure la protection de l'impubère.

du collège des tribuns du peuple. Dans les provinces, les lois Julia et Titia confient la nomination aux gouverneurs (G. I, 185). Sous Claude, ce furent les consuls qui eurent cette mission que Marc-Aurèle attribua à un préteur spécial, *prætor tutelaris*. En province la désignation appartient sous l'Empire aux magistrats municipaux, sauf lorsque la fortune du pupille dépassait un certain chiffre, auquel cas elle était réservée aux gouverneurs (7).

57. — II. *Effets de la tutelle. Notions générales.* — Si l'impubère est placé en tutelle, c'est qu'on le juge incapable, à raison de son âge, de gérer seul ses biens. Toutefois cette incapacité n'est ni permanente ni complète. On admit qu'à partir d'un certain âge, l'impubère pouvait faire en personne des actes concernant son patrimoine. Il n'en pouvait d'ailleurs être autrement. Les actes du droit primitif, tous solennels, exigent pour leur validité l'intervention personnelle de celui que l'acte concerne. L'impubère était donc forcé d'agir lui-même lorsqu'il s'agissait d'un acte de ce genre. Tantôt il pouvait l'accomplir seul, tantôt il lui fallait le concours de son tuteur qui lui assurait un complément de capacité en se portant *auctor*, en fournissant son *auctoritas*.

Ces principes purent suffire pendant un temps. Cependant on dut d'assez bonne heure se préoccuper du cas où le pupille n'était pas parvenu à un âge assez avancé pour agir personnellement. Qu'allaient devenir ses biens? Pouvait-on les laisser à l'abandon? Le tuteur poussé par son intérêt personnel lorsqu'il était héritier éventuel de l'impubère, ou désireux d'accomplir les obligations morales résultant de la tutelle, intervenait alors. Il gérait le patrimoine du pupille, sauf à rendre compte de ses actes de gestion. Cette intervention du tuteur d'abord volontaire devint forcée. On le rendit responsable du défaut de gestion et des fautes commises par lui en gérant. Ainsi, à côté de l'*auctoritas* se dessinait une seconde forme de l'intervention du tuteur, la *gestio* ou administration. Mais l'*auctoritas* est toujours restée la fonction essentielle du tuteur (V. n° 59).

En résumé, les effets de la tutelle des impubères ne peuvent être déterminés avec précision qu'en résolvant successivement ces deux questions qu'il est impossible de séparer l'une de l'autre,

(7) Avec le temps, on finit par admettre que la tutelle serait déférée par le magistrat, même en présence d'un tuteur testamentaire ou légitime, lorsque celui-ci ne pouvait exercer momentanément ses fonctions. Telle était l'hypothèse où il fallait nommer un tuteur spécial, *certæ causæ*, par exemple au cas de procès entre le tuteur et son pupille (G. I, 184).

mais qu'il faut aborder l'une après l'autre : 1° quelle est la mesure exacte de l'incapacité du pupille ; 2° quels sont les pouvoirs du tuteur.

58. — *Incapacité du pupille.* — Les Romains ont suivi ici les indications de la nature. Ils ont tenu compte de l'état du développement intellectuel de l'impubère, et ont fait croître sa capacité en même temps que son âge. De là, la division des impubères en trois catégories, correspondant à trois phases successives de l'évolution mentale de l'enfant : les *infantes*, les *infantiæ proximi*, les *pubertati proximi*. 1° Les *infantes* sont ceux qui ne peuvent pas parler, *qui fari non possunt*, et par conséquent ne peuvent prononcer les paroles solennelles nécessaires à la conclusion des actes juridiques. 2° Les *infantiæ proximi* ont cessé d'être *infantes* ; ils peuvent parler, mais ne sont pas encore assez avancés pour comprendre la portée des paroles qu'ils prononcent. 3° Les *pubertati proximi* sont assez rapprochés de l'âge de puberté pour avoir l'intelligence de ce qu'ils disent et de ce qu'ils font, *jam aliquem intellectum habent* (G. III, 109) (1). Mais on n'avait pas fixé d'avance l'âge où finirait chacune de ces périodes. Ce fut toujours là une question de fait, sauf pour l'*infantia* qu'on considère au Bas-Empire comme terminée à sept ans accomplis (2).

Il faut montrer maintenant comment s'efface progressivement l'incapacité du pupille, à mesure qu'il croît en âge. Trois situations juridiques différentes correspondent aux trois stades successivement parcourus de la naissance à la puberté.

1° Tant qu'il est *infans*, l'impubère est complètement incapable, absolument comme un *furiosus*, auquel les jurisconsultes le comparent (G. III, 109). Aussi ne peut-il faire, ni seul, ni avec l'*auctoritas tutoris*, aucun acte juridique.

2° Sorti de l'*infantia* et devenu *infanti proximus*, l'impubère reste incapable de s'obliger par ses délits. Mais il devient capable de faire seul les actes juridiques licites, à la condition qu'ils ne portent pas atteinte à l'intégrité de son patrimoine. De là la distinction qu'admit le droit ancien entre les actes qui rendent la condition

58. — (1) Il est probable que cette division n'a pas toujours existé avec les nuances délicates qu'elle implique. Gaius (III, 109), prouve bien que les *infantiæ proximi* ont dû fort longtemps être traités comme les *infantes*.

(2) V. Girard, *Manuel élément. de droit romain*, p. 197, note 3. En acceptant l'âge de sept ans comme fin de l'*infantia*, on s'inspira sans doute d'une théorie très accréditée dans l'antiquité et que ne contredit pas la science moderne (V. Bain, *Science de l'éducation*, p. 128, note 1), suivant laquelle il s'opérerait dans le cours de chaque période septennale une transformation des individus.

meilleure et ceux qui la font pire. Les premiers, ceux qui font entrer une valeur dans le patrimoine, peuvent être faits par le pupille seul, *sine tutore auctore*. Pour les seconds, ceux qui font sortir une valeur du patrimoine, il lui faut l'*auctoritas tutoris* (G. III, 107) (3). Un temps vint où cette distinction cessa d'être en harmonie avec les idées plus raffinées d'un droit en progrès (4). On la conserva pourtant jusqu'à la fin, grâce aux décisions d'équité qui vinrent se surajouter à elle pour en atténuer la rigueur (pr. Inst., *De auct. tut.*, I, 21) (5).

3° Devenu plus voisin de la puberté que de l'*infantia*, *pubertati proximus*, le pupille conserve la capacité de faire des actes licites, sans toutefois que cette capacité soit accrue par l'effet de l'âge. Seul il peut faire les actes qui rendent sa condition meilleure, il lui faut toujours l'*auctoritas tutoris* pour ceux qui rendent sa condition pire. Pour ce qui est des actes illicites on le considère comme plus avancé que le pupille *infantiæ proximus*. Il comprend la portée des actes délictueux qu'il commet. Il est *culpæ capax*, il s'oblige par ses délits (G. III, 208) (6).

59. — Pouvoirs du tuteur. — Le pouvoir du tuteur se distingue des véritables puissances, en ce qu'il ne s'exerce pas sur la personne. C'est là également une différence capitale avec notre tutelle moderne qui comprend, à côté de l'administration des biens, la garde de l'enfant (V. 450, 108, C. civ.). A Rome, le tuteur n'a pas la garde, *custodia*, du pupille. Celui-ci n'a même pas son domicile

(3) Acquérir la propriété, devenir créancier, cesser d'être débiteur, tels sont les actes de la première catégorie. Rentrent dans la seconde les actes inverses : aliéner la propriété, devenir débiteur, cesser d'être créancier.

(4) Les actes juridiques du droit plus récent sont des opérations complexes qui, supposant un échange de valeurs, impliquent à la fois augmentation et diminution du patrimoine. Or, ces deux effets sont inséparables dans l'intention des parties et le droit récent tient compte de cette intention dont le plus ancien droit faisait facilement bon marché.

(5) Lorsque l'impubère faisait seul un contrat synallagmatique, le droit ancien, sacrifiant l'équité à la logique, maintenait le contrat en tant que générateur d'une créance et l'annulait en tant que productif d'une dette. On finit par donner au pupille le choix entre le maintien du contrat pour le tout, ou son annulation pour le tout (13, § 29. Dig., *De act. emt.*, XIX, 1, Julian). Dans les actes unilatéraux (par exemple un prêt fait au pupille), on admettait jadis qu'il devenait propriétaire des choses prêtées sans devenir débiteur de leur restitution. Un rescrit d'Antonin le Pieux décida que le pupille serait obligé jusqu'à concurrence de son enrichissement (5, pr. Dig., *De auct. et cons. tut.*, XXVI, 8, Ulp.).

(6) Dans ce cas, il ne s'oblige pas seulement jusqu'à concurrence de son enrichissement, mais pour le tout. C'est qu'en effet, le tiers lésé par le délit n'a pas commis la faute d'avoir, comme dans le cas d'un acte licite, traité avec un pupille non autorisé. Ici, s'il est devenu créancier c'est sans le vouloir. Il est juste qu'il puisse obtenir l'intégralité de sa créance.

chez le tuteur, il est confié à ses parents naturels, notamment à la mère. Cette distinction si tranchée entre la garde et la tutelle remonte aux temps où les pupilles étaient toujours sous la tutelle de leurs agnats. Si on avait confié à ces derniers la garde de l'enfant, ils auraient pu être tentés de se débarrasser de lui afin de recueillir sa succession *ab intestat*. Lorsque la tutelle ne fut plus uniquement déferée aux agnats, la garde du pupille aurait pu être laissée au tuteur, surtout au tuteur testamentaire. Mais la force des traditions l'emporta et les deux rôles restèrent toujours séparés.

Les pouvoirs du tuteur romain ont donc uniquement trait aux biens du pupille. Son intervention peut se manifester sous deux formes différentes : ou bien il agit comme *auctor*, ou comme gérant, *auctoritatem interponere, negotia gerere* (Ulp., *Reg.*, XI, 25). De ces deux rôles l'ancien droit n'a tout d'abord admis que le premier. Aussi l'*auctoritas* peut-elle être regardée comme le trait caractéristique de la fonction du tuteur. Le rôle de gérant n'a pris quelque importance juridique qu'à partir du moment où la tutelle a commencé à devenir une institution de protection (V. nos 57, 61).

1° *Auctoritas*. — Ici le pupille agit lui-même. Le tuteur ne fait qu'intervenir pour lui donner un complément de capacité. Sa présence et son concours à l'acte garantissent à ceux qui traitent avec lui la validité de l'acte fait par celui-ci. Le tuteur n'est qu'*auctor*, et son intervention consiste à *auctoritatem præstare* ou *interponere* (1). L'*auctoritas* donnée au pupille le rend capable, comme il a été dit plus haut, de faire des actes qui rendent sa condition pire. Elle lui est inutile lorsque l'acte rend sa condition meilleure. Cette *auctoritas* n'est ni une autorisation donnée par avance ni une ratification procurée après coup. Ses formes le prouvent, en même temps qu'elles témoignent de l'ancienneté de ce mode d'intervention. 1° Le tuteur devait être présent au moment de l'acte. Son *auctoritas* ne pouvait être donnée ni avant ni après, mais *statim in ipso negotio*. 2° Il devait coopérer effectivement à l'acte par la prononciation de paroles solennelles, en réponse sans doute à une interrogation que lui adressait celui qui traitait avec le pupille, *auctorne fis? auctor fio* (2).

2° *Gestion*. — Ici la fonction du tuteur ne se distingue en au-

59. — (1) Les mots *auctor*, *auctoritas*, ont dans la langue juridique le sens de garant, garantie. Bréal et Bailly, *Dictionn. étymol. lat.*, v° *Augeo* (V. n° 148).

(2) La nécessité de la présence *in ipso negotio* est une application du principe ancien de la continuité de l'acte (V. nos 163, 264), la nécessité des paroles solennelles en forme interrogative avec réponse concordante est une des caractéristiques de la promesse du droit primitif (V. n° 134).

cune façon de celle d'un administrateur quelconque gérant la fortune d'autrui. Le tuteur gérant paraît seul dans l'acte. Le pupille y reste étranger, comme si cet acte ne le concernait pas (3). L'étendue des pouvoirs de gestion était d'ailleurs aussi large que possible. Le tuteur pouvait agir comme s'il était propriétaire des biens du pupille; avec cette restriction toutefois qu'il ne pouvait user de ses pouvoirs que dans l'intérêt du pupille (27. Dig., *De admin. et peric. tut.*, XXVI, 7, Paul). Ainsi, il pouvait toucher les revenus, percevoir les fruits, poursuivre les débiteurs, exercer les actions, aliéner à titre onéreux. On finit cependant par lui interdire l'aliénation à titre onéreux des *prædia rustica vel suburbana*, c'est-à-dire des immeubles bâtis ou non, situés à la campagne ou dans la banlieue des villes. C'est ce que décida un sénatusconsulte rendu à la suite d'une *oratio* de Septime Sévère (1, § 2. Dig., *De reb. eor.*, XXVII, 9, Ulp.).

Entre ces deux modes d'intervention, le tuteur n'avait pas en principe le droit de choisir. Son rôle lui était imposé dans chaque cas, soit par l'âge du pupille, soit par la nature de l'acte à accomplir. Les principes à cet égard peuvent se résumer ainsi : 1° Il ne pouvait être question d'*auctoritas* que si le pupille avait dépassé l'*infantia* et était présent. Encore *infans*, le pupille peut agir, mais il ne comprend pas ce qu'il fait. Absent il ne peut agir. Pour le pupille *infans* ou absent, le tuteur n'a donc pas le choix, il ne peut que gérer. 2° Lorsqu'il s'agissait d'un acte qui, à raison de ses formes ou de sa nature, ne pouvait être fait que par la personne intéressée elle-même, le tuteur ne pouvait être qu'*auctor* (4). De là résulte que l'*infantia* ou absence du pupille rendait ces actes absolument impossibles. 3° C'est seulement lorsque l'acte n'exigeait pas la participation de la personne intéressée, et pouvait se faire par mandataire, que le tuteur pouvait faire agir le pupille en lui donnant l'*auctoritas* nécessaire, ou intervenir lui-même comme gérant (5).

60. — III. *Cessation de la tutelle.* — La tutelle des impubères prenait fin d'une façon définitive à la suite de causes personnelles

(3) Telle est la conséquence du principe de la non représentation par autrui dans les actes juridiques. On finit cependant par s'en écarter quelque peu à l'époque classique, en décidant qu'à la fin de la tutelle toutes les actions qui s'étaient fixées sur la tête du tuteur passeraient au pupille à titre d'actions utiles.

(4) Tels étaient la *mancipatio*, l'affranchissement, l'adition d'hérédité.

(5) Notons que le tuteur ne pouvait pas jouer le rôle d'*auctor* dans un acte où il était personnellement intéressé, car on craignait qu'il ne sacrifiait les intérêts du pupille aux siens : *tutor in rem suam auctor esse non potest* (G. I, 184).

au pupille lorsqu'il atteignait la puberté, lorsqu'il mourait avant ce moment, lorsqu'il cessait d'être *sui juris*, lorsqu'il perdait la cité. La tutelle pouvait aussi prendre fin pour des causes personnelles au tuteur, cas auquel il cessait ses fonctions, mais était remplacé par un tuteur nouveau. Ces causes sont notamment : la mort du tuteur, la perte de la liberté ou de la cité, la perte des droits d'agnation qui ne met fin qu'à la tutelle légitime, le fait par le tuteur de faire agréer une excuse, l'exclusion du tuteur comme *suspectus* à la suite du *crimen suspecti tutoris*.

61. — IV. *Garanties données au pupille contre le tuteur.* — L'immixtion du tuteur dans les affaires du pupille, les pouvoirs fort étendus qu'implique son rôle d'administrateur général, exposent l'impubère à des dangers de plus d'un genre. Confiés à un tuteur malhabile, peu diligent, peu scrupuleux ou franchement malhonnête, les biens peuvent perdre de leur valeur et la tutelle terminée, ne pas être restitués dans leur intégrité. Tant que la tutelle demeura une institution familiale soustraite au contrôle de l'État, on ne songea pas à prémunir les pupilles contre ces périls. Bien gérer le patrimoine, intervenir à propos pour ne pas laisser dépérir les biens, les conserver et les restituer intégralement à la fin de la tutelle, tel était le devoir, *officium*, du tuteur. Mais ce devoir était du domaine de la morale. Il n'avait rien d'une obligation légale (1). Les mœurs suffisaient à donner pleine sécurité aux pupilles. De bonne heure pourtant, la loi des XII Tables avait cru devoir réprimer la fraude du tuteur, mais sans aller jusqu'à le rendre responsable d'une gestion maladroite ou négligente. Le droit prétorien d'abord, le droit civil de la fin de la République ensuite, étendirent le champ de la responsabilité du tuteur, à vrai dire créèrent la notion de cette responsabilité. Le droit civil admet dès lors une action en reddition de comptes, le *judicium tutelæ*. Désormais devenue une institution de protection pour ceux que leur jeune âge empêche de défendre eux-mêmes leurs intérêts, la tutelle est une source d'obligation légale. Le droit de l'époque impériale ne se contente pas de maintenir cette conception nouvelle. Il la fortifie en multipliant le nombre des garanties assurées au pupille. Les phases successives de cette lente évolution méritent d'être retracées (2).

61. — (1) Le juriconsulte Massurius Sabinus cité par Gell. (*Noct. att.*, V, 13) place l'*officium* du tuteur envers son pupille en tête de tous les devoirs : *in officiis apud majores ita observatum est, primum tutelæ, deinde hospiti, deinde clienti.*

(2) Parmi les mesures protectrices, les unes précèdent l'entrée en fonctions, les autres

1° La loi des XII Tables admettait deux voies de droit contre le tuteur. Elles existent encore dans le dernier état du droit, sous Justinien. La première, le *crimen suspecti tutoris*, était ouverte à tous, excepté au pupille, à l'effet de faire écarter de la tutelle, comme suspect, le tuteur dont la gestion était entachée de fraude, *qui non ex fide tutelam gerit* (3). Quant à l'autre voie, *actio rationibus distrahendis*, elle permettait au pupille de faire condamner son tuteur à raison des valeurs pupillaires qu'il avait détournées et qu'il retenait indûment. A vraiment parler, comme son nom l'indique, elle tendait à séparer, *distrahere*, les comptes, *rationes*, du pupille de ceux du tuteur. La *potestas* qu'exerce celui-ci durant la tutelle, lui avait permis de traiter comme siens les biens du pupille. Mais, la tutelle finie, il importe que cette confusion cesse et que les deux patrimoines redeviennent distincts. L'action est précisément destinée à indemniser le pupille, au cas où le tuteur conserve des choses qu'il devait restituer (4).

2° Ainsi restreintes aux cas de fraude, ces deux voies de droit étaient insuffisantes. Elles n'organisaient pas la responsabilité du tuteur à raison des fautes plus ou moins graves commises dans sa gestion. Le droit prétorien offrit au pupille un recours plus efficace. L'édit considérant le tuteur comme gérant d'affaires, *negotiorum gestor*, donnait contre lui le *judicium (in factum) negotiorum gestorum* (5). L'idée d'une responsabilité se faisait jour. Mais elle était bornée au cas où le tuteur avait géré. Celui-ci n'était pas tenu comme tuteur, mais comme gérant.

L'obligation de fournir *cautio* avant de commencer la gestion

lui sont postérieures. Si l'on adopte ce classement comme procédé d'exposition, on se rend compte de l'état du droit arrivé au dernier terme de son développement. Mais on ne voit plus dans un relief suffisant sa marche progressive. Des recherches nouvelles, encore inédites, nous ont amené à préférer l'ordre historique à l'exposé dogmatique des précédentes éditions.

(3) V. 1. Dig., *De susp. tut.*, XXVI, 10, Ulp.; Inst. *De susp. tut.*, I, 26. Ici perce déjà la préoccupation qui plus tard sera dominante. La surveillance du tuteur est élevée au rang de question d'intérêt général. Toute personne a le droit d'agir par le *crimen* et de prendre en main la défense du pupille.

(4) C'est dire que l'action, du moins dans ses débuts, n'a pas eu le caractère pénal. Elle était au double, il est vrai. Mais ce double comprend la valeur de la chose détournée, plus la même valeur à titre d'indemnité pour la privation de la chose. Plus tard, en présence de l'*actio tutelæ*, l'action *rationibus distr.* cessa d'avoir sa raison d'être. Elle subsista pourtant. Sa survivance est une anomalie que les juriconsultes essaient en vain d'expliquer en lui attribuant le caractère pénal ou mixte (1, § 19-24; 2, Dig., *De tut. et rat. distr.*, XXVII, 3, Ulp. Paul) (55, § 1, Dig., *De adm. et per. tut.*, XXVI, 7, Tryph.).

(5) L'existence d'une action *negotiorum gestorum* prétorienne, applicable à tous les cas où quelqu'un a géré avec ou sans mandat la fortune d'autrui, a été rendue très vraisemblable par les recherches de Wlassak : *Zur geschichte der negotiorum gestio* (V. n° 186).

fut une seconde manifestation de la sollicitude du préteur pour les pupilles. Cette innovation, postérieure aux lois Atilia, Julia et Titia, date vraisemblablement de l'époque républicaine. Elle consistait dans l'obligation, pour les tuteurs légitimes ou désignés par le magistrat sans enquête préalable, de s'engager par stipulation, *cautio*, envers le pupille, à gérer de façon à sauvegarder l'intégrité du patrimoine de celui-ci : *rem pupilli salvam fore* (6). Grâce à la généralité des termes de cet engagement, le pupille pouvait agir contre le tuteur, une fois la tutelle finie, pour se faire indemniser de tout préjudice causé par sa mauvaise administration. La promesse du tuteur était d'ailleurs renforcée par l'engagement de plusieurs fidéjusseurs qui assuraient au pupille une garantie contre l'insolvabilité du tuteur, débiteur principal (G. I, 199). Elle constituait une *satisdatio*.

3° Cette dernière création du préteur suggéra bien rapidement aux jurisconsultes l'idée d'un progrès nouveau. On généralisa le principe qui servait de fondement à la *cautio* : à savoir que le tuteur est tenu, comme tel, de gérer les biens du pupille au mieux des intérêts de celui-ci. On admit à la charge de tout tuteur une obligation fondée sur sa *fides*, c'est-à-dire sur un engagement qu'il était censé avoir pris (7). Et on donna au pupille une action fondée sur cet engagement présumé et au juge le pouvoir d'apprécier si, dans sa gestion, le tuteur s'était conformé en bon père de famille, *bonus vir*, à cet engagement. Le *judicium* ou *actio tutelæ directa* est donc de la catégorie des *judicia bonæ fidei* (G. I, 191 ; 1, pr. Dig., *De tut. et rat. distr.*, XXVII, 3, Ulp.). C'est d'ailleurs une action du droit civil. Désormais, la tutelle est une source d'obligation, indépendante de la gestion d'affaires. Tout tuteur est tenu envers son pupille de *rationem reddere*, c'est-à-dire de rendre compte, à la fin de la tutelle, des faits de gestion et des valeurs pupillaires qui sont entre ses mains. L'action nouvelle est déjà connue du temps de Cicéron (8). Elle a sur les voies de droit anciennes l'avantage d'avoir une portée plus large et d'être de bonne foi.

4° Le droit de l'époque impériale a conservé et développé ce

(6) Les tuteurs testamentaires seuls sont exemptés de cette obligation, parce que le choix du testateur est censé n'avoir porté que sur un tuteur dont la probité et l'habileté sont suffisamment éprouvées (G. I, 200).

(7) *Fides* signifie à vraiment parler l'observation de ce qui a été promis : *dictorum conventorumque constantia et veritas* (Cicéron, *De off.*, I, 7).

(8) Le *judicium tutelæ* est mentionné au *De nat. Deor.*, III, 30, au *De off.*, III, 17, etc. Il figure avec les *judicia mandati* et *pro socio* dans le groupe qui paraît le plus ancien des *judicia*, *in quibus additur ex fide bona* (V. n° 301).

système de garanties. Seule, l'action de gestion d'affaires a disparu comme inutile (9). Mais le *judicium tutelæ* reproduit encore un des traits essentiels de cette action. Il n'est ouvert que contre le tuteur qui a géré; il n'est pas donné contre celui qui s'est abstenu, alors même que cette abstention a été préjudiciable au pupille (4, § 3, Dig., *Rem pup.*, XLVI, 6, Ulp.). C'était là une lacune qui ne fut comblée qu'à partir de Claude. C'est alors qu'apparaît pour la première fois l'idée de responsabilité pour défaut de gestion. Elle ne se dégage pleinement et n'est consacrée définitivement que sous Marc Aurèle (10). Tout tuteur, dès qu'il a connaissance de sa vocation est tenu de gérer. S'il néglige de le faire, il est exposé à l'action *tutelæ* (11).

En même temps, pour assurer la restitution des valeurs pupillaires, on imposait au tuteur entrant en charge, l'obligation de dresser un inventaire, *inventarium*, *repertorium*, des biens du pupille; pour mettre le pupille à l'abri de l'insolvabilité du tuteur, on lui donnait un *privilegium*, ou droit d'être payé avant tout créancier, sauf les créanciers hypothécaires, *privilegium* transformé plus tard en hypothèque (V. n° 224); et pour surcroît de garantie, un sénatusconsulte de l'époque de Trajan permettait aux pupilles qui avaient poursuivi le tuteur et ses fidéjusseurs sans avoir obtenu paiement intégral, d'intenter une *actio subsidiaria* contre les magistrats qui auraient négligé d'exiger du tuteur, des fidéjusseurs, ou se seraient contentés de fidéjusseurs insolubles.

Reste à mentionner une action donnée par le droit civil contre le pupille pour le contraindre à rembourser au tuteur les avances faites pour son compte au cours de la gestion. C'est l'*actio tutelæ contraria*. Le droit civil semble l'avoir admise d'assez bonne heure, malgré quelques hésitations, à raison de son évidente équité (12).

(9) L'*actio rationibus distrahendis* est une superfétation (V. note 4, ci-dessus); quant à l'*actio ex stipulatu* née de la *cautio*, elle a subsisté parce qu'elle procurait à certains pupilles une garantie de plus, l'engagement accessoire des fidéjusseurs.

(10) Sous Claude, les parents du pupille peuvent s'adresser aux consuls et leur demandent de statuer *extra ordinem* contre le tuteur qui se refuse à gérer. Les consuls décrètent alors que, en s'abstenant, le tuteur le fait à ses risques, *suo periculo cessare*. Une constitution de Marc Aurèle complète cette innovation. Elle décide que le tuteur, est, dès le jour où il a connaissance de sa nomination, dans la situation de celui qui, cité devant les consuls, n'a pas obtempéré à leur ordre, et que dès ce moment, *suo periculo cessat* (1, § 1, Dig., *De adm. et per. tut.*, XXVI, 7, Ulp.).

(11) L'action *tutelæ* est donnée ici sous la forme *utilis*. Et cette circonstance montre bien qu'on est en présence d'une conception qui ne rentre pas dans le cadre normal où jusque-là on a tenu l'institution (4, § 3, Dig., *Rem pup.*, XLVI, 6, Ulp.).

(12) L'objection vient de ce que le pupille ne peut pas s'obliger *sine tutore auctore* et que, d'autre part, le tuteur ne peut être *auctor in rem suam*. Elle est formulée dans 1, pr. Dig., *De contr. tut.*, XXVII, 4, Ulp.

Du jour d'ailleurs où on contraignit le tuteur à gérer, il y eut une raison de plus pour ne pas lui refuser un moyen de se faire rembourser de ses avances. Assuré qu'il est de les récupérer, il ne saurait se refuser à administrer. L'*actio tutelæ contraria* assure donc, quoique d'une façon indirecte, la bonne administration des affaires du pupille. Elle peut figurer aussi dans le tableau des garanties imaginées dans l'intérêt de l'impubère.

2° Tutelle des femmes pubères.

62. — *Notion générale.* — Parvenus à l'âge de puberté, les hommes sont désormais délivrés de la tutelle. Il n'en est pas de même des femmes, du moins dans le droit ancien. Pour elles, la tutelle se prolonge et dure toute la vie. Cette tutelle perpétuelle des femmes est un legs de l'âge patriarcal. Préoccupée de conserver les biens dans la famille, la coutume primitive se défie de l'inexpérience de la femme. On craint qu'héritières de leur part du patrimoine paternel, les femmes, même pubères, ne dissipent inconsidérément ces biens, ou ne les fassent passer, par un mariage accompagné de *manus*, à une famille étrangère. On évite ce danger en les plaçant en tutelle perpétuelle. La tutelle des femmes est donc, comme la tutelle des impubères à ses débuts, une mesure de défiance bien plus qu'une institution de protection. Elle est dirigée contre la femme, elle n'est pas faite pour elle. Et la raison avouée de cette défiance, c'est l'irréremédiable faiblesse d'esprit de la femme, *levitas animi, infirmitas sexus* (1). Un temps vint cependant où ce motif parut aux Romains peu concluant. C'était l'époque où, avec les autres institutions anciennes, la tutelle des femmes était en pleine décadence. Les jurisconsultes ont peine alors à comprendre la raison d'être de cette tutelle ou de ce qui subsiste d'elle (G. I, 190) (2). La science actuelle est mieux informée. La tutelle des femmes, rapprochée des autres institutions du droit primitif, ne lui paraît plus une anomalie.

62. — (1) C'est par cette raison que Cicéron justifie l'institution : *mulieres omnes propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt* (*Pro Mur.*, 12). Gaius (I, 144, 190) dit : *propter animi levitatem*.

(2) Gaius seul est frappé de l'existence d'une institution similaire chez d'autres peuples (G. I, 193). La tutelle des femmes se retrouve dans le droit hindou, où elle est encore actuellement en usage, en Europe dans le droit grec antique, et dans les lois des peuples scandinaves d'où elle n'a disparu qu'à une époque assez rapprochée de la nôtre. V. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, édit. Esmein, pp. 103 et suiv.; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, liv. II, ch. VIII; Sumner Maine, *L'ancien droit*, pp. 144, 145.

L'étude de cette variété de la tutelle permet donc d'envisager sous un de ses aspects les plus originaux la condition juridique faite à la femme dans la famille primitive. En même temps, elle met bien en lumière les principes qui régissaient à l'origine la tutelle des impubères. En effet, le même esprit inspire dans le début ces deux institutions. Mais, comme la tutelle des femmes ne s'est pas modifiée dans le cours du temps pour se transformer en mesure de protection, les textes qui en parlent sont restés purs de tout compromis entre les deux principes qui successivement ont dominé la tutelle des impubères. Ils expriment donc fidèlement l'état du droit ancien.

Il y a ici, comme pour les impubères, trois espèces de tutelle possibles : 1° la tutelle légitime déférée aux agnats ou, à leur défaut, aux *gentiles* (G. I, 157) (3); 2° la tutelle testamentaire émanant du *pater* ou de celui qui a la *manus* (G. I, 145, 148); 3° à défaut de tuteur légitime ou testamentaire, la tutelle déférée par le magistrat (G. I, 173 et sq.).

La femme en tutelle n'est point incapable. En règle générale, elle peut agir seule, et n'a pas besoin d'être suppléée par son tuteur. Aussi ce dernier n'est-il jamais appelé à administrer. Il n'a d'autre fonction que de *præstare auctoritatem* pour certains actes pour lesquels la femme est traitée comme l'impubère sorti de l'*infantia*. Ce sont ceux qui, diminuant son patrimoine, peuvent porter atteinte aux droits éventuels de la famille légitime. Tels sont : la *conventio in manum*, le testament, l'aliénation d'une *res Mancipi*, toute obligation (G. I, 192) (4). L'intervention du tuteur étant réduite ici à la prestation de l'*auctoritas*, on n'a jamais songé à le rendre responsable, et à donner contre lui l'*actio tutelæ* (G. I, 191 ; Ulp. *Reg.* XI, 25).

L'institution de la tutelle des femmes n'était pas destinée à durer. Tandis que la tutelle des impubères, remède d'une infirmité naturelle, devait subsister en s'épurant, la tutelle des femmes, instrument de défiance et d'oppression, n'avait à attendre du temps aucune transformation utile. Ce fut contre la tutelle légitime que la réaction se produisit tout d'abord. La tutelle testamentaire fournis-

(3) Les filles de famille, à la mort du *pater*, ont pour tuteurs légitimes leurs frères ou oncles paternels. Les femmes *in manu* devenues veuves ont pour tuteurs légitimes leurs propres fils ou les frères ou oncles paternels de leur mari.

(4) Pour la *conventio in manum*, v. Cicéron, *Pro Flacc.*, 34. Les femmes ne peuvent non plus, sans l'*auctoritas*, figurer dans une *legis actio* ou dans un *judicium legitimum* (Ulp., *Reg.*, XI, 27). C'est par l'énumération des actes qui leur sont interdits qu'on peut se faire une idée assez exacte du champ d'action restreint du commerce juridique dans l'ancien droit.

sait déjà un moyen commode et sûr de l'écartier⁽⁵⁾. Sous Claude, une loi vint la supprimer (G. I, 157)⁽⁶⁾. Puis ce furent les tutelles testamentaires ou celles déferées par le magistrat qui perdirent tout caractère sérieux. Le tuteur n'étant plus alors l'héritier *ab intestat* de la femme, n'avait pas, comme les tuteurs légitimes, intérêt à empêcher la diminution du patrimoine. Souvent, il donnait son *auctoritas* pour la forme, *dicis gratia*, souvent même il était contraint par le préteur à la donner (G. I, 190). Ainsi s'accroît chaque jour la décadence de cette antique institution qui disparaît pièce à pièce, et bien avant le Bas-Empire tombe dans l'oubli sans laisser de trace.

CURATELLE

63. — *Personnes placées en curatelle.* — La curatelle, *curatio*, *cura*, concerne trois catégories de personnes : les fous, les prodigues, les mineurs de vingt-cinq ans. Mais ces diverses applications de l'institution sont d'époques différentes.

I. *Curatelle des fous.* — La loi des XII Tables avait organisé la curatelle des fous. Mais elle ne s'occupait que des *furiosi*, c'est-à-dire de ceux chez qui la perte des facultés intellectuelles se manifestait par un état pathologique appelé *furor*. On désignait ainsi une affection mentale admettant des intervalles lucides. Dans ses moments de lucidité, le *furiosus* est pleinement capable. Mais la *furor* survenant, on peut craindre qu'il ne dissipe ses biens et ne compromette ainsi les droits de ses héritiers légitimes. La loi des XII Tables le place sous la surveillance de ceux-ci; elle confie la curatelle à ses agnats et à leur défaut à sa *gens*. Aussi cette curatelle est-elle appelée légitime (Ulp., *Reg.*, XII, 2)⁽¹⁾. Mais la loi était incomplète. L'individu atteint d'insanité permanente, *insanus* ou *mente captus*, méritait lui aussi d'être placé en curatelle. Cette

(5) L'emploi de la *manus tutelæ evitandæ causa* est aussi une preuve de la décadence de la tutelle légitime (V. n° 53). La *tutoris optio* porta d'ailleurs un coup sérieux à la tutelle testamentaire. Le mari pouvait par testament laisser à sa femme *in manu* le choix de son tuteur, ce qui permit aux femmes de prendre un tuteur à leur dévotion (G. I, 150 et suiv.).

(6) Seule subsiste avec son caractère antique la tutelle légitime du patron et de l'émancipateur (G. I, 192).

63. — (1) La loi des XII Tables s'exprimait ainsi : *Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto* (Cicéron, *De invent.*, II, 50). Ce texte est remarquable, car il appelle la curatelle *potestas* et il parle d'elle comme s'exerçant sur la personne, *in eo*, aussi bien que sur le patrimoine, *pecuniaque ejus*. Mais la garde du *furiosus* a dû être plus tard enlevée aux agnats.

lacune fut comblée lorsque la curatelle se transforma, comme la tutelle, en institution de protection. Ici toutefois, le curateur est désigné par le magistrat : la curatelle n'appartient plus nécessairement aux membres de la famille civile (G. I, 200) (§ 4, Inst., *De curat.*, I, 23).

II. *Curatelle du prodigue.* — Le prodigue, *prodigus*, dissipe et détruit son patrimoine au détriment de sa famille. Ces actes de dilapidation, il les accomplit sous l'empire d'une sorte de *furor*. Aussi la loi des XII Tables le traite-t-elle comme un *furiosus* et le place-t-elle sous la curatelle de ses agnats ou de sa *gens* (Ulp., *Reg.*, XII, 2). Mais il faut qu'au préalable, il ait été jugé incapable de gérer raisonnablement son patrimoine. Un décret de la *gens*, remplacé plus tard par un décret du préteur, doit lui interdire l'administration de ses biens. Aussi les modernes appellent-ils interdit ce *prodigus cui bonis interdicitur*. Mais la loi n'avait prévu que la dissipation des biens familiaux, c'est-à-dire recueillis par le prodigue dans la succession *ab intestat* de son père (2). Cette lacune disparut plus tard. Le prodigue est soumis à la curatelle quand il dissipe ses biens, quelle qu'en soit l'origine. Mais ici, c'est le magistrat qui nomme le curateur (1, pr. Dig., *De cur. fur.*, XXVII, 10, Ulp.).

III. *Curatelle des mineurs de vingt-cinq ans.* — Le moment de la puberté marquait théoriquement le commencement de la capacité juridique. Mais à cet âge, l'individu encore adolescent, *adolescens*, n'a ni l'expérience, ni la maturité nécessaires pour diriger ses affaires. Cette situation était sans inconvénient pour les femmes, placées en tutelle perpétuelle. Il n'en était pas de même pour les hommes. On pensa qu'il était utile de leur continuer jusqu'à un certain âge la protection qu'ils avaient pu trouver dans la tutelle ou la puissance paternelle. On songea à les mettre à l'abri des fraudes dont ils pouvaient être victimes. Mais les tentatives qu'on fit dans ce but n'aboutirent pas immédiatement à la création d'une application nouvelle de la curatelle. De date relativement ancienne, elles émanent du droit civil et du droit honoraire. Le droit impérial sut ici comme ailleurs profiter des expériences faites, tout en introduisant à propos les innovations nécessaires.

1° *Droit civil; loi Plætoria.* — Une loi *Plætoria* de l'époque républicaine fixa l'âge de la pleine capacité à vingt-cinq ans. Celui

(2) Telle est la conséquence que l'on peut tirer de la formule d'interdiction rapportée par Paul, *Sent.*, III, 4a, § 7. Les biens provenant du travail personnel ou d'une institution d'héritier faite par le *pater* n'étaient pas des biens familiaux, *bona paterna avita que* et pouvaient être dissipés sans provoquer l'interdiction.

qui avait dépassé cet âge, *legitima ætas*, le *major XXV annis* n'avait besoin d'aucune protection. Il en est autrement de celui qui ne l'a pas atteint, *minor XXV annis*. Pour ce dernier, la loi organise un régime de protection qui rappelle celui déjà essayé par les XII Tables en faveur de l'impubère. Elle permet à tout citoyen de poursuivre par un *judicium publicum* celui qui a circonvenu l'*adolescens* et a profité de son inexpérience pour lui faire conclure un acte désavantageux. Cette action entraînait des déchéances d'ordre politique (3).

2° *Droit prétorien. Restitutio in integrum.* — Avec la loi *Plætoria* apparaît déjà la pensée qui, plus tard, guidera le droit dans toutes ses créations en faveur des incapables : protéger l'intérêt particulier dans une vue d'intérêt général (4). Mais on n'avait pas été assez loin dans cette voie. La loi était inapplicable dans les cas les plus fréquents, ceux où le mineur de vingt-cinq ans avait conclu un acte désavantageux, sans qu'on pût accuser le cocontractant d'avoir tenté de le circonvenir. Et, en un autre sens, on avait été trop loin. La menace d'une poursuite suffisait pour écarter les personnes qui voulaient traiter avec le mineur. La protection était un obstacle aux transactions sérieuses, elle ruinait le crédit de la personne protégée (5). Le droit prétorien trouva un moyen plus efficace de venir en aide à la faiblesse d'esprit du mineur, *fragile... et infirmum... consilium* (1, pr. Dig., *De min.*, IV, 4, Ulp.). Il lui permit de demander la *restitutio in integrum* contre tout acte qui lui avait fait éprouver un préjudice ayant sa cause dans son inexpérience. L'effet de cette voie de droit était que l'acte, tout en restant valable *jure civili*, était rescindé *jure prætorio* et les choses remises en l'état où elles étaient avant sa conclusion (6).

En même temps que la protection du mineur était plus complète, la sécurité des transactions était devenue moins précaire. Le préteur avait compris en effet que trop de facilité dans l'octroi de sa *restitutio* éloignerait les contractants (24, § 1. Dig., *De min.*, IV,

(3) Cicéron, *De off.*, III, 15; *De nat. deor.*, III, 30. La loi *Plætoria* allait-elle plus loin? Le *judicium publicum* qu'elle organise ressemble au *crimen suspecti tutoris*. Donnait-elle en outre au mineur de vingt-cinq ans une voie de droit civile qui lui permit d'échapper aux effets de l'acte consenti par lui ou qui lui assurât la restitution des valeurs par lui livrées en exécution de cet acte? C'est là une question encore obscure. V. Girard, *Manuel élém.*, pp. 226, 227.

(4) C'est l'idée de Cicéron, *de nat. deor.*, III, 30. L'action de la loi *Plætoria* est appelée par lui : *judicium publicum rei privatæ*.

(5) Plaute qui écrit peu de temps après la loi fait ressortir ce résultat de l'excès de protection : *Pseud.*, I, 3, 69, 70.

(6) On verra que la *restitutio in integrum* était accordée également aux majeurs de vingt-cinq ans, mais dans des cas exceptionnels (V. n° 307).

4, Paul). Aussi ne l'accordait-il que comme une faveur exceptionnelle, *extraordinarium auxilium*, après examen sérieux des faits, dans un délai fort court, une année utile, et seulement à défaut de toute autre voie de droit commun permettant de faire tomber l'acte ou d'indemniser le mineur. Toutefois, l'emploi de ce moyen était toujours à craindre. La pratique permit à ceux qui voulaient traiter avec le mineur de se mettre plus complètement à l'abri en exigeant qu'il se fit assister d'un curateur spécial (7). En théorie, le contractant restait toujours exposé à la *restitutio*, en fait la présence du curateur était une garantie qui lui donnait toute chance d'y échapper.

3° *Droit impérial. Curatelle permanente.* — Ce fut Marc-Aurèle qui permit aux mineurs de demander au magistrat un curateur général et permanent. Mais ils ne pouvaient pas être contraints d'en recevoir un. S'ils n'en avaient pas, les tiers étaient autorisés à leur imposer un curateur spécial lorsqu'il s'agissait d'actes qu'ils ne pouvaient se dispenser de faire avec eux, par exemple un procès ou un paiement à effectuer entre leurs mains. Tel est encore l'état du droit sous Justinien (§ 1, Inst., *De curat.*, I, 23). La création d'une curatelle générale et permanente pour les mineurs de 25 ans ne pouvait manquer de réagir sur leur capacité et par contre-coup sur l'admission de la *restitutio in integrum* en leur faveur. Ces conséquences de l'innovation de Marc-Aurèle seront exposées à propos des effets de la curatelle (V. n° 64).

64. — *Effets de la curatelle.* — Ici, comme dans la tutelle, il y a deux questions connexes : celle de l'incapacité des personnes *in curatione*, celle des pouvoirs du curateur. Et ici aussi c'est de l'étendue de l'incapacité que dépend la nature et la portée des pouvoirs de celui qui supplée ou assiste l'incapable.

1. *Incapacité.* — 1° *Fous.* Le *furiosus*, pleinement capable dans ses intervalles lucides, *intermissionis tempore*, était absolument incapable dans ses crises de folie. Tous les actes qu'il faisait alors étaient nuls, comme émanant d'une personne qui n'a pas consenti, sans qu'on eût à rechercher si ces actes rendaient la condition meilleure ou pire (1, § 12. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7, Gaius). En somme, le *furiosus* passait par des alternances de capacité et d'incapacité absolue, exactement modelées sur son état mental. Cela n'allait pas sans de graves inconvénients. Car, pour apprécier

(7) Il est possible que la pratique ait admis, dès après la loi *Plætoria*, l'intervention de ce curateur spécial. Capitolinus, *Vit. Marci*, 10 : *De curatoribus, cum ante non nisi ex lege Plætoria... darentur.*

la validité d'un acte il fallait après coup rechercher s'il avait été ou non accompli dans un moment de rémission. Le droit romain ne paraît pas avoir reculé devant les difficultés de fait qu'entraîne cette règle. Notre droit l'a sagement écartée (V. art. 489, C. civ.). Quant au *mente captus*, son incapacité était permanente et totale.

2° *Prodigues*. L'incapacité des prodigues est plus restreinte. Il convient et il suffit qu'elle soit bornée aux actes dont l'effet est de diminuer leur patrimoine, c'est-à-dire rendant leur condition pire. Et c'est à cette solution en harmonie avec le but de l'interdiction que la doctrine aboutit.

3° *Mineurs de vingt-cinq ans*. Le mineur de vingt-cinq ans était pleinement capable selon le droit civil ancien. Il l'est encore après la loi *Plætoria*. Il l'est même après qu'on lui eut octroyé la *restitutio in integrum*. Car cette voie de droit, si elle efface les effets de l'acte attaqué, respecte théoriquement sa validité. Le mineur, quoique capable d'agir seul, pouvait donc se soustraire aux conséquences de ses actes (1). Il y avait là une anomalie que la législation impériale s'efforça de faire disparaître en organisant la *vænïa ætatis* (2). Un rescrit impérial accordait cette faveur sur leur demande, aux hommes à partir de vingt ans, aux femmes à partir de dix-huit ans. La *vænïa* mettait fin à la curatelle permanente et rendait impossible son rétablissement. Elle fermait pour tout acte postérieur le recours à la *restitutio in integrum* (3). On avait trouvé ainsi un moyen terme entre les deux systèmes extrêmes successivement pratiqués : celui du droit civil qui, considérant les mineurs comme capables au sortir de la puberté, les exposait à tous les périls ; celui du préteur qui nuisait au crédit du mineur par excès de protection. En traitant en majeurs de vingt-cinq ans ceux qui obtenaient la *vænïa ætatis*, le droit impérial aboutissait au résultat qu'admet notre législation moderne, quand elle fixe à vingt et un ans l'âge de majorité (V. art. 338, C. civ.).

II. *Fonctions du curateur*. — La notion que le droit ancien se fait de la fonction du curateur s'exprime dans le nom même qui sert à le désigner. Le curateur n'est qu'un administrateur ; il soigne,

64. — (1) On verra plus bas que, pourvu d'un curateur général, le mineur était incapable de rendre seul sa condition pire. En sorte que la capacité n'appartenait qu'au mineur non pourvu de curateur.

(2) La *vænïa ætatis* paraît avoir été imaginée sous Septime-Sévère et Caracalla, et réorganisée sous Constantin (3, pr. *Dig. de min.*, IV, 4, Ulp.); (2 *Cod. De his qui væn.*, II, 45).

(3) Toutefois le mineur restait soumis à l'application du sénatusconsulte de Septime-Sévère sur l'inaliénabilité des *prædia rustica vel suburbana* qui avait fini par être étendu au mineur agissant seul.

curat, les biens du *furiosus* ou du *prodigus*. Il n'intervient que comme gérant (4). Il ne pouvait être question pour lui d'assister l'incapable, comme le tuteur quand il fournit son *auctoritas* à l'impubère. Cette différence essentielle se comprend aisément. Car, puisque la volonté manque totalement au *furiosus* et au *prodigus* qui lui est assimilé, la coopération du curateur à l'acte qu'il veut conclure est inutile. Elle ne saurait compléter une volonté absente. Pour les mineurs de vingt-cinq ans il en fut autrement. Ici s'est peu à peu introduit un mode particulier d'intervention du curateur, le *consensus* (5). On peut voir en lui une imitation de l'*auctoritas*, mais datant d'une époque où le formalisme est abandonné. Aussi, le *consensus* n'est-il pas exprimé en termes sacramentels, il n'exige pas la présence du curateur *in ipso negotio*, il peut être donné verbalement ou par écrit, avant ou après l'affaire. Ici le curateur ne fait qu'assister le mineur pleinement capable. Le *consensus* n'était destiné qu'à donner aux contractants une garantie de fait. On a vu qu'il ne les mettait pas en droit à l'abri de la *restitutio in integrum* (V. n° 63). Plus tard, il semble que son efficacité ait été différente, selon que le curateur est général et permanent ou spécial. Dans le premier cas, la curatelle tend à se rapprocher de la tutelle. Le mineur qui a demandé un curateur s'est assimilé à un impubère. Il a proclamé lui-même son incapacité. Aussi ne peut-il faire seul un acte rendant sa condition pire. En pareil cas l'acte est nul. Mais le *consensus* l'habilite pleinement. Dans le second cas, le mineur est demeuré capable. L'acte qu'il fait seul reste donc valable, même s'il rend sa condition pire. L'assistance du curateur et son *consensus* n'ajoutent rien en droit à sa validité, mais rendent la *restitutio* impossible en fait.

65. — *Fin de la curatelle et garanties données contre le curateur.* — La curatelle cesse par des causes tenant au curateur : sa mort, la perte des droits d'agnation pour les curatelles légitimes, l'exclusion à la suite du *crimen suspecti curatoris*. D'autres causes viennent de la personne *in curatione*. Ce sont : la mort de la personne en curatelle, la perte de la liberté ou de la cité, l'adrogation. Il faut ajouter : la cessation de la folie pour l'individu atteint de *furor*, la cessation de l'interdiction pour le prodigue, l'âge de vingt-cinq ans ou l'obtention de la *vænia ætatis* pour le mineur.

(4) Ses pouvoirs sont d'ailleurs fort larges. Ils comprennent même les actes d'aliénation. Ils n'ont été restreints que par le sénatusconsulte de Septime-Sévère relatif aux *prædia rustica vel suburbana* (V. n° 59).

(5) V. Audibert, *Essai sur l'histoire de l'interdiction*, p. 46; Girard, *Manuel élément.*, pp. 225, 230.

On retrouve ici, moins complet néanmoins que dans la tutelle, un système de garanties dont le nombre et l'efficacité s'accroissent à mesure que la curatelle suit l'évolution de la tutelle et se transforme comme elle en institution de protection. Des deux actions du très ancien droit, une seule, le *crimen suspecti (curatoris)*, est ouverte contre le curateur pour le faire écarter de la curatelle. Sa responsabilité comme gérant n'a jamais eu d'autre sanction que celle résultant de l'action générale *negotiorum gestorum* (1). Le phénomène qui a amené la différenciation de la tutelle et du mandat d'avec la gestion d'affaires, ne s'est pas produit ici (V. n° 186). Il n'y a pas eu d'*actio curatellæ*, comme il y a eu une *actio tutelæ*. Pour l'indemnité de ses avances, le curateur a comme tout gérant d'affaires l'*actio negotiorum gestorum contraria*. Mais, à l'exemple des tuteurs, on a astreint certains curateurs à fournir *cautio* et de ce chef on donne action contre eux et leurs fidéjusseurs (2). Le *privilegium*, plus tard transformé en hypothèque légale, l'*actio subsidiaria* contre les magistrats ont fini par être étendus également au profit des personnes *in curatione*.

CAPITIS DEMINUTIO

66. — *Événements mettant fin à la personnalité juridique : Capitis deminutio et ses effets.* — C'est la mort qui, normalement, met fin à l'existence juridique de l'individu en même temps qu'à son existence physique. Mais il est des événements qui, sans faire disparaître l'être physique, portent une atteinte plus ou moins profonde à sa personnalité juridique. On a vu, en effet, que l'état des personnes, *caput*, se compose de trois éléments : *libertas, civitas, familia* (V. n° 20). La perte de l'un d'entre eux est appelée *capitis deminutio*. La personnalité juridique est en pareil cas éteinte, comme s'il y avait décès. Mais l'individu n'a pas disparu. Désormais, il a un nouvel état, en sorte que la *capitis deminutio* n'est jamais qu'un changement d'état, *prioris status permutatio* (G. I, 459), et si elle est une sorte de mort, elle est une mort suivie de résurrection. La notion qu'on vient d'en donner montre qu'il y a

65. — (1) V. 4 § 3. Dig., *De tut. et rat.*, XXVII, 3, Paul ; 13 *ibid.*, Ulp. D'action prétorienne *in factum*, l'action s'est d'ailleurs transformée en action civile *in jus* (V. n° 186).

(2) Les curateurs astreints à la *cautio* sont les curateurs légitimes et ceux qui sont nommés sans enquête par les magistrats (G. I, 199 ; 4, § 8. Dig. *Rem pup.*, XLVI, 6, Ulp.).

trois variétés de *capitis deminutio* (G. I, 159; 11. Dig., *De capit. min.*, IV, 5, Paul).

1° La *capitis deminutio* est ici la conséquence de la perte de la liberté. Comme l'homme libre qui devient esclave perd en même temps sa qualité de citoyen et ses droits de famille, la *capitis deminutio* est pour lui une déchéance totale, un anéantissement absolu. Ainsi atteint, l'individu n'existe plus que comme être physique, il n'a plus de *caput*. Aussi est-ce avec raison que les jurisconsultes parlent ici de *capitis deminutio maxima* (G. I, 160). 2° La *capitis deminutio* est encourue également par quiconque perd le droit de cité romaine. L'individu qui cesse d'être *civis* n'en reste pas moins libre, mais il perd les droits de famille réservés aux seuls citoyens. Aussi ce changement d'état s'appelle-t-il *capitis deminutio media* (G. I, 161). La personne a cessé d'exister *jure civili*, mais elle renaît *jure gentium*. 3° Tout en conservant la liberté et la cité, l'individu peut perdre ses droits de famille. Le changement d'état est réduit ici à son minimum d'effet. C'est donc à juste titre qu'il est appelé *capitis deminutio minima* (G. I, 162) (1).

Effets de la capitis deminutio. — Il faut se garder d'une confusion, et ne pas attribuer à la *capitis deminutio* certains effets, suite inévitable de l'événement qui a amené la *capitis deminutio*. Ainsi, la perte de la cité et de la famille, conséquence nécessaire de la perte de la liberté, n'est pas un effet de la *capitis deminutio maxima*. De même, la perte du *status familiæ*, conséquence de l'*amissio civitatis*, n'est pas un effet de la *capitis deminutio media*. Les seuls effets vraiment propres à la *capitis deminutio* se rattachent à cette idée unique : *capitis deminutio morti coæquatur*; la *capitis deminutio* est semblable à la mort (G. III, 153) (2).

Mais, comme c'est la personnalité juridique seule qui disparaît par l'effet de la *capitis deminutio* et non pas la personne physique, on fut amené à distinguer les droits dits civils qui s'éteignent par la *capitis deminutio* et les droits dits naturels qui survivent à cet événement (3). C'est ainsi, que pour les droits de famille, la *capitis deminutio* entraîne la perte des droits d'agnation avec leurs con-

66. — (1) Il y a donc lieu à *capitis deminutio minima* : 1° Lorsqu'un *alieni juris* devient *sui juris* par émancipation; 2° Dans tous les cas où un *sui juris*, devient *alieni juris*, c'est-à-dire au cas d'adrogation, de *conventio in manum*, de légitimation; 3° Dans le cas où un *alieni juris* passe sous une autre puissance, à la suite, par conséquent, d'une adoption, de la *conventio in manum* d'une *filia*, de la constitution du *mancipium*.

(2) Aussi n'y a-t-il point de distinction à faire à cet égard entre les trois *capitis deminutiones*.

(3) Gaius formule ainsi la distinction : *Civilis ratio, civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest* (G. I, 158).

séquences, droit à la succession *ab intestat* et à la tutelle (G. I, 158, 163), tandis qu'elle ne met pas fin à la cognation et aux effets qui y sont attachés, car il y a là un rapport naturel dérivant des liens du sang⁽⁴⁾. Quant aux droits pécuniaires, la mort naturelle n'y mettant pas fin en principe, ils subsistent également après la *capitis deminutio*. Il en est autrement pour les droits viagers, comme l'usufruit, que la *capitis deminutio* fait cesser à l'égal du décès. Semblables en ceci aux droits viagers, les dettes du *capite minutus* s'éteignent à l'exception des dettes nées des délits, qui, considérées comme dépendant de la personne physique, sont des droits naturels que la *capitis deminutio* ne peut faire disparaître⁽⁵⁾. Mais le préteur pensa que cette extinction des dettes était contraire à l'équité, car elle aboutit en somme à spolier les créanciers. Aussi leur donna-t-il le droit d'agir, soit contre le *capite minutus* lui-même en cas de *capitis deminutio minima*, soit contre celui qui recueille le patrimoine du *capite minutus* dans le cas de *capitis deminutio maxima et media* (2, pr. Dig., *De cap. minut.*, IV, 5, Ulp.) (G. III, 84 ; IV, 38)⁽⁶⁾.

Sous Justinien, rien ne fut changé aux effets des deux grandes *capitis deminutiones*. Il n'en fut pas ainsi pour la *capitis deminutio minima*. A cette époque, en effet, la notion ancienne de la famille civile disparaît, en sorte qu'on ne peut plus considérer le changement de famille comme modifiant le *status*. Justinien ne touche en rien aux réformes qu'avaient réalisées ici le droit prétorien, en ce qui concerne les dettes. Il les complète même en décidant que la *capitis deminutio minima* n'éteindra plus le droit d'usufruit. Enfin, avec la Nouvelle 118 qui supprime les droits des agnats, il fait disparaître le principal effet que produisait encore la *capitis deminutio minima* : la dissolution de l'agnation.

(4) De même le mariage n'est pas dissous, du moins en cas de *capitis deminutio minima*. S'il en est autrement au cas de *capitis deminutio maxima*, c'est là une conséquence non de la *capitis deminutio*, mais de la perte de la liberté. Au cas de *capitis deminutio media*, il est dissous en tant que *justæ nuptiæ*, mais il subsiste comme mariage du droit des gens.

(5) La mort naturelle n'éteignant pas les dettes, on peut se demander pourquoi la *capitis deminutio*, semblable à la mort, entraîne leur extinction. Cette anomalie s'explique, si l'on admet qu'il fut un temps où les dettes s'éteignaient toujours avec la personne du débiteur, en sorte que, dans cet état du droit, il n'y avait pas de distinction entre la mort et la *capitis deminutio* (V. n° 193). Plus tard seulement, on admit que les dettes seraient transmissibles à l'héritier, mais l'ancien principe subsista pour la *capitis deminutio*.

(6) En cas de *capitis deminutio minima*, c'est par voie de *restitutio in integrum* que les créanciers obtiennent le droit d'agir contre leur débiteur. Le préteur tient la *capitis deminutio* pour non avenue et il leur rend sous forme d'actions fictives les actions que la *capitis deminutio* leur avait fait perdre (V. nos 278, 307).

DEUXIÈME PARTIE

DES CHOSES

67. — *Les droits sur les choses. Droits réels et droits personnels. — Le patrimoine.* — Les choses, *res*, ne paraissent dans la science juridique que comme biens, *bona*, c'est-à-dire considérées au point de vue des droits que les personnes peuvent avoir sur elles. Ces droits sont réels ou personnels. Cette division est fondamentale. Énoncée sous cette forme, elle ne se rencontre pas dans les textes. Elle n'en existe pas moins, puisque, dès le moment où le droit romain se constitue en forme scientifique, elle s'exprime pratiquement par les conséquences qu'en tirent les jurisconsultes (1).

1° Le droit réel est celui qu'une personne exerce immédiatement sur une chose. Il lui confère la faculté de retirer par elle-même et directement de cette chose tous les avantages que le droit comporte. Elle ne peut contraindre aucune autre personne à lui procurer ces avantages, mais elle peut exiger de toute personne qu'elle ne s'oppose pas à l'exercice de son droit (2). Ainsi, nul n'est obligé d'agir pour le titulaire du droit, tout le monde est tenu de ne pas agir contre lui.

2° Le droit personnel est celui en vertu duquel une personne peut exiger d'une autre personne une prestation, c'est-à-dire la remise d'une chose ou l'accomplissement d'un fait (3). Une fois que cette prestation est opérée, la personne au profit de qui elle a été faite est exactement placée dans la situation du titulaire d'un droit réel. Elle peut retirer seule tous les avantages que comporte la pos-

67. — (1) Les sources ne parlent que d'actions *in rem*, correspondant aux droits réels, d'actions *in personam*, correspondant aux droits personnels.

(2) Le droit réel est opposable à tous et notamment à ceux qui détiennent la chose. Aussi peut-on dire que l'un des attributs essentiels du droit réel est de pouvoir être invoqué contre tout tiers détenteur. C'est ce que les modernes appellent le droit de suite. Comme conséquence, ce droit de suite opposé au détenteur entraîne le droit de préférence opposé aux créanciers du détenteur ou aux autres titulaires d'un droit réel sur la même chose, postérieur en date (V. n° 225).

(3) Cette notion de l'obligation sera complétée plus loin (V. n° 114).

session de la chose qu'on lui a livrée ou profiter seule du fait accompli à son intention. Mais ces résultats, elle n'a pu les atteindre ni immédiatement ni à elle seule. Il lui a fallu pour cela le concours nécessaire d'une seconde personne qui a dû exécuter la prestation; en sorte que le droit consiste uniquement pour elle dans la faculté d'exiger l'intervention de cette seconde personne. Aussi, est-ce à juste titre qu'on l'appelle droit personnel. Il est encore nommé droit de créance ou d'obligation. On voit par là que le droit personnel met nécessairement en présence deux personnes : l'une, le créancier, sujet actif du droit, à qui la prestation est due, l'autre, le débiteur, sujet passif du droit, qui doit cette prestation⁽⁴⁾. Sans doute, le créancier peut, tout comme le titulaire d'un droit réel, exiger que chacun s'abstienne de le troubler dans l'exercice de son droit. Mais ce n'est pas dans la possibilité d'imposer cette abstention que consiste son droit. Il est une personne, une seule, à qui il peut demander quelque chose de plus. Cette personne, c'est précisément le débiteur qu'il peut contraindre à lui procurer la chose ou à accomplir le fait qui sont l'objet de la prestation due⁽⁵⁾.

Le patrimoine. — Les droits réels et personnels se distinguent des droits de famille étudiés antérieurement en ce qu'ils sont évaluables en argent. Leur ensemble forme pour un même individu son patrimoine, *res, familia, familia pecuniaria, bona, patrimonium*⁽⁶⁾. Composé de droits tous susceptibles d'une estimation pécuniaire, le patrimoine est lui-même évaluable en argent. Dans cette évaluation figurent, à titre de passif, les dettes de la personne et les charges réelles qui grèvent ses biens, autrement dit les droits personnels et réels que d'autres peuvent exercer contre elle. Comme ces droits sont eux aussi estimables en argent, ils diminuent d'autant la valeur pécuniaire de l'actif. Le patrimoine peut donc être défini : l'ensemble des biens d'une personne, déduction

(4) Il n'y a pas de nom générique pour désigner le titulaire du droit réel. On lui donne en principe, un nom tiré de celui du droit réel spécial dont il est investi : propriétaire, usufruitier, emphytéote, etc.

(5) De là résulte que le droit d'obligation ne comporte pas le droit de suite. Il ne peut être opposé à ceux, autres que le débiteur, qui détiennent la chose due; le créancier ne peut les contraindre à la livrer. Le créancier ne jouit pas non plus du droit de préférence, il n'a pas le droit d'exclure les créanciers postérieurs en date. Tous les créanciers d'un même débiteur ont des droits égaux (V. nos 225, 290).

(6) La plus ancienne dénomination du patrimoine paraît avoir été *res. Familia* seul, ou accompagné de *pecunia* se trouve dans bon nombre de textes anciens, notamment dans les fragments des XII Tables relatifs au droit successoral. *Bona* est le terme prétorien; on le voit paraître dans les expressions : *in bonis habere, missio in bona, venditio bonorum, bonorum possessio. Patrimonium*, bien que d'une latinité très pure semble n'avoir été écrit par les juristes qu'à partir de l'Empire. Gaius en fait un fréquent emploi. V. Gaston May, *Grande Encyclopédie*, v^o *Patrimoine*.

faite de l'argent que représentent les droits d'autrui contre cette personne (7). Tout individu, pourvu qu'il soit libre et *sui juris* peut avoir un patrimoine. On a vu que l'esclave n'en a point et que les pécules administrés en fait par eux continuent à faire partie en droit du patrimoine du maître. Les enfants de famille sont dans la même situation, sauf en ce qui touche les pécules sur lesquels ils ont fini par avoir les droits d'un *paterfamilias* (V. n° 36). Le patrimoine tout entier répond des dettes. Il sert de gage aux créanciers qui ont le droit de se faire envoyer en possession des biens qui le composent et de les faire vendre en masse, *venditio bonorum*, pour se faire payer sur le prix de cette vente (V. n° 290). Il dure aussi longtemps que la personne qui en est investie. Vient-elle à mourir, il passe à ses héritiers par voie de succession (V. n° 227). Il y a aussi d'autres causes de dévolution du patrimoine, par exemple la *capitis deminutio* (V. n° 66), la *venditio bonorum* (V. n° 290), cas auxquels le patrimoine est acquis par d'autres que les héritiers.

On voit par ce qui précède, que l'étude des droits réels et personnels n'est qu'une partie de l'étude du patrimoine. L'ordre rationnel consiste donc à examiner d'abord : *la composition du patrimoine*, c'est-à-dire l'étendue et les effets des droits réels et personnels qui y figurent; comment ils y entrent; comment ils en sortent. En second lieu, on s'occupera de la *transmission du patrimoine* à un autre qu'à celui qui en est investi, c'est-à-dire des successions et autres modes d'acquisition *per universitatem*.

COMPOSITION DU PATRIMOINE

CHOSES QUI PEUVENT FIGURER DANS LE PATRIMOINE

68. — *Divisions des choses.* — Les jurisconsultes, dans leurs ouvrages de doctrine, ont classé les choses d'après la nature ou l'étendue des droits dont elles sont susceptibles. Parmi ces divisions, il en est une qui mérite la première place, c'est la distinction des choses suivant qu'elles sont ou non dans le patrimoine des particuliers : *res in patrimonio*, *res extra patrimonium* (G. II, 1). En principe, il n'est rien qui ne puisse entrer dans le patri-

(7) Ainsi peut se traduire la définition devenue classique : *bona intelliguntur cujusque quæ deducto ære alieno supersunt* (39, § 1. Dig., *De verb. signif.*, L, 16, Paul). Par *ære alienum* il faut entendre ici non seulement les dettes (213, § 1. Dig., *De verb. signif.*, L, 16, Ulp.), mais les charges réelles.

moine. Mais, pour satisfaire à des besoins généraux, il a fallu exclure du patrimoine des particuliers certaines choses dont on a fait le patrimoine propre de la divinité, de la généralité des citoyens, ou de certains groupes de personnes. De ces choses, les textes disent : *nullius in bonis sunt* (G. II, 9, 11) (1). Elles se subdivisent en : *res divini juris, communes, publicæ*. Quant aux choses *in patrimonio*, elles ont été l'objet de trois classifications importantes dont le principe est tiré de leur nature ou de leur valeur. On les divise en : choses corporelles et incorporelles, choses *mancipi* et *nec mancipi*, meubles et immeubles. Il sera traité en premier lieu des choses qui entrent dans le patrimoine des particuliers. On parlera ensuite des choses *extra patrimonium*.

Choses in patrimonio.

69. — *Première division : Res corporales et incorporales.* — Les choses qui sont dans notre patrimoine sont corporelles ou incorporelles (G. II, 12, 13, 14). Les choses corporelles sont les choses qui ont une existence matérielle, qui tombent sous les sens, *quæ tangi possunt*, par exemple, la terre, les esclaves, les animaux, etc. Par choses incorporelles, on entend non des choses matérielles, mais les droits, autres que le droit de propriété. Ces choses *jure consistunt*; on ne peut les toucher, on ne peut les concevoir que par l'intelligence. Tels sont les servitudes et les droits d'obligation. Cela aboutit en somme à faire une chose corporelle du droit le plus important de tous, le droit de propriété (1). En bonne logique pourtant, il n'est, comme les autres droits, qu'un ensemble de facultés légales. De lui, comme des autres, on devrait dire qu'il est un *jus : jure consistit*; il devrait donc figurer dans la classe des choses incorporelles. Mais pour les Romains, et surtout pour les Romains primitifs, il s'est produit entre le *substratum* du droit et le droit lui-même une confusion presque forcée. On a été presque nécessairement conduit à identifier le droit de propriété et la chose matérielle sur laquelle il porte, car le droit de propriété étant le

68. — (1) Il ne faut pas confondre ces choses avec celles que les textes appellent également *res nullius*, c'est-à-dire qui actuellement, par suite d'une circonstance accidentelle, ne sont dans le patrimoine de personne, mais peuvent d'un moment à l'autre y tomber. Tels, l'esclave sans maître, l'île née du fond de la mer, les animaux sauvages (V. n° 82).

69. — (1) Cicéron (*Top.* 5) a eu la claire perception de la distinction : *esse ea dico quæ cerni tangive possunt, ut fundum, ædes... non esse rursus ea dico quæ tangi demonstrative non possunt.*

plus absolu, est particulièrement propre à se confondre avec son objet (2). Il n'en a pas été de même des autres droits. Ceux-ci moins complets ou moins immédiats que le droit de propriété se distinguent plus facilement de la chose matérielle sur laquelle ou à l'occasion de laquelle ils s'exercent. De là l'opposition qui s'établit entre ces droits *jura*, et le droit de propriété qu'on continua à regarder comme une chose corporelle (3).

70. — Deuxième division : *Res Mancipi et res nec Mancipi.* — Cette distinction repose sur l'idée primitive que les Romains se faisaient de la valeur des choses. Par son antiquité, sa persistance, ses conséquences pratiques, elle mérite qu'on s'y arrête, bien qu'il n'en reste plus trace à dater de Justinien. Les jurisconsultes n'ont jamais donné une définition générale permettant de distinguer les *res Mancipi* des *res nec Mancipi*. Ils énumèrent les choses qui rentrent dans la première de ces catégories et comme cette énumération est limitative, toutes les choses qui ne sont pas du nombre des *res Mancipi*, sont nécessairement *res nec Mancipi* (G. II, 14^a-17; Ulp., *Reg.*, XIX, 1). Sont *res Mancipi* : les fonds de terre italiques, les servitudes prédiales rurales grevant ces fonds, les esclaves et les quadrupèdes, *quæ dorso collove domantur*, c'est-à-dire les bêtes de somme ou de trait. Tout le reste : fonds provinciaux, servitudes prédiales urbaines grevant les fonds italiques, servitudes rurales et urbaines grevant les fonds provinciaux, argent monnayé, denrées ou marchandises de toute sorte, animaux autres que ceux indiqués, fait partie des *res nec Mancipi*.

Cette distinction, avec son caractère en apparence arbitraire et artificiel, s'explique parfaitement quand on se représente la condition économique de la société romaine primitive. Peuple éminemment sédentaire et agriculteur, les Romains devaient considérer comme ayant seuls quelque valeur la terre ou les instruments du travail agricole. Tels étaient les fonds, les maisons, les esclaves et les animaux de trait ou de somme, biens qu'on regardait comme les plus précieux, qu'on tenait à conserver le plus longtemps possible, à transmettre à ses enfants, pour leur permettre de continuer l'exploitation commencée et de vivre comme les ancêtres avaient

(2) Le propriétaire ne disait pas qu'il avait le *dominium* sur une chose, mais que la chose était sienne : *rem suam esse ex jure quiritium* (G. IV, 41). Cette manière de voir est tellement naturelle, qu'aujourd'hui encore nous disons : cette chose m'appartient; et non : j'ai le droit de propriété sur cette chose.

(3) Cette conception théoriquement erronée, conduisit en pratique à des résultats fâcheux : elle entrava le développement de certaines théories, notamment en matière de possession (V. n° 80).

eux-mêmes vécu. Quant aux autres choses, elles étaient, aux yeux des premiers Romains, des biens d'ordre inférieur, destinés à être consommés ou échangés, à ne point demeurer dans le patrimoine. Aussi font partie de cette catégorie : les produits de la terre, les petits troupeaux, chèvres, moutons et autres animaux domestiques qui ne sont pas d'un emploi essentiel dans la culture, les servitudes urbaines inutiles à l'agriculture, les métaux servant de monnaie, d'un usage peu fréquent dans les débuts. En somme, la division en *res Mancipi* et *nec Mancipi* correspondait à une distinction que font toutes les législations primitives entre les choses précieuses et les choses de moindre valeur (1).

Cette idée suffit à expliquer les différences pratiques qui séparent ces deux catégories de choses. 1° Les *res Mancipi* sont seules susceptibles du mode le plus solennel de transfert de la propriété quiritaire, la *Mancipatio*. Ce sont des choses de Mancipation, *res Mancipii* ou *Mancipi*. Les choses de peu de valeur ne sont point choses de Mancipation. *Res nec Mancipi*, elles ne peuvent être transférées en propriété par cette voie. 2° En sens inverse et pour la même raison, la *traditio* ne peut opérer le transfert de la propriété d'une *res Mancipi*. Elle ne produit cet effet que pour les choses moins importantes, *res nec Mancipi* (V. n° 88).

3° Les femmes placées en tutelle perpétuelle ne pouvaient aliéner leurs *res Mancipi* qu'avec l'*auctoritas tutoris*. L'ancien droit considérait, en effet, ces choses comme formant la partie la plus précieuse du patrimoine de la femme, et il cherchait par ce moyen à lui en assurer la conservation (V. n° 62).

La division des choses en *res Mancipi* et *nec Mancipi* devait à un moment donné présenter pour le commerce de graves inconvénients, que le temps, les progrès de la civilisation, les changements économiques rendirent de plus en plus sensibles. Pourtant l'antique distinction subsistait dans sa rigoureuse intégrité. La liste des choses les plus précieuses, *res Mancipi*, restait obstinément close, telle qu'elle avait été arrêtée dès les premiers jours. Le sol des provinces tout entier, l'or et l'argent monnayés, des animaux autrefois inconnus des Romains, mais pouvant servir de bêtes de

70. — (1) C'est cette conclusion à laquelle aboutit Sumner Maine, *L'ancien droit*, pp. 257, 262, 263. Elle s'induit d'ailleurs du passage de Gaius, appelant les *res Mancipi*, *pretiosiores res* (G. I, 192). Si ancienne qu'elle soit, la division en *res Mancipi* et *res nec Mancipi* semble n'être qu'une reproduction d'une classification plus archaïque qui apparaît dans la désignation primitive du patrimoine : *familia pecuniæque*. La *familia* c'est l'ensemble des choses indispensables à la culture, les esclaves, les animaux de labour. Par *pecunia* on entendait les choses de superflu, le petit bétail, *pecus*, par exemple.

trait ou de somme, *camelii et elephantii*, le droit réel d'hypothèque, le droit de créance, tout cela fut laissé dans la catégorie des choses de moindre valeur, *res nec mancipi*, non susceptibles du transfert romain par excellence la *mancipatio*. On s'efforça, d'ailleurs, de remédier aux inconvénients auxquels conduisait cette distinction qui n'avait plus sa raison d'être. Elle subsistait encore au Bas-Empire par la force de la tradition, lorsque Justinien la supprima (1. Cod., *De usuc. transf.*, VII, 31).

71. — *Troisième division : Meubles et immeubles.* — Cette division, empruntée à la nature physique des choses, ne s'applique qu'aux choses corporelles (1). Les meubles sont les choses susceptibles de déplacement sous l'impulsion d'une force extérieure, comme sont tous les objets inanimés, *res mobiles*, ou susceptibles de se mouvoir par elles-mêmes, comme les esclaves ou les animaux, *res moventes, se moventes*. Les immeubles, *res soli, prædia, fundi*, sont les choses non susceptibles d'être déplacées, comme le sol, et tout ce qui fait corps avec le sol, c'est-à-dire les maisons, *ædes, domus*, les plantations.

Cette distinction n'a pas eu en droit romain l'importance qu'elle devait prendre dans le droit moderne. C'est ainsi que parmi les *res mancipi*, figuraient simultanément des meubles et des immeubles. De même, les grandes théories de la possession, de la propriété, des servitudes, de l'hérédité sont, dans presque toutes leurs parties, aussi bien applicables aux meubles qu'aux immeubles. Les jurisconsultes ne font pas à cette division une place à part, et ils n'ont pas, comme les modernes, songé à la généraliser en l'appliquant aux choses incorporelles (V. art. 526, 529, C. civ.).

Toutefois, à partir du moment où la distinction en *res mancipi* et *nec mancipi* cessa d'être en harmonie avec les transformations économiques de la société romaine, la distinction en meubles et immeubles se dessine plus nettement. Déjà la loi des XII Tables en tenait compte dans l'usucapion, le délai exigé pour l'usucapion des immeubles étant plus long que pour l'usucapion des meubles (V. n° 92). Plus tard, la théorie des interdits, du *furtum*, témoigne de l'intérêt pratique de plus en plus marqué qu'on attache à cette division. Avec la loi *Julia de fundo dotali*, qui pour protéger la fortune de la femme, interdit au mari d'aliéner les fonds dotaux sans le consentement de celle-ci, une conception nouvelle se fait

71. — (1) On a vu au contraire que dans les *res mancipi* figurent les servitudes prédiales rurales qui sont choses incorporelles (G. II, 17).

jour : la propriété des immeubles est considérée comme plus précieuse que celle des meubles (V. n° 173). Le sénatusconsulte de Septime-Sévère, interdisant l'aliénation des *prædia rustica vel suburbana* des pupilles, s'inspire de la même pensée (V. n° 59). On la retrouve encore dominante sous Justinien, lorsqu'il défend au mari l'aliénation du fonds dotal, même avec l'assentiment de la femme. A ce moment, l'ancienne distinction en *res Mancipi* et *nec Mancipi* était supprimée. La division en meubles et immeubles la remplace et, comme elle, partage les biens en deux classes : ceux auxquels on attache un grand prix, et ceux de moindre valeur. C'est avec ce caractère qu'elle s'est perpétuée à travers l'ancien droit jusque dans notre Code civil. Actuellement, toutefois, elle commence à perdre de son importance, en présence du développement considérable qu'a pris, dans notre siècle, la richesse mobilière.

72. — *Sous-division des immeubles en fonds italiques et fonds provinciaux.* — A partir de l'Empire, les immeubles se divisent en fonds italiques et fonds provinciaux. Cette distinction importante en droit public l'est également en droit privé. Elle ne peut être comprise que si on remonte assez haut dans l'histoire de la propriété foncière à Rome.

1° Fonds italiques. — Le territoire primitif de Rome formait l'*ager romanus*, divisé en *ager privatus* et *ager publicus*. L'*ager privatus* était l'ensemble des terres appartenant aux particuliers et soumises par conséquent au régime de la propriété individuelle (1). L'*ager publicus* comprenait toutes les terres demeurées propriété collective du peuple. Il était composé des fonds réservés aux services religieux et publics, des pâturages communs, *pascua publica*, et des terrains vagues que l'État abandonnait aux particuliers, *agri occupatorii*. Sur ces derniers, l'État ne renonçait pas à son droit de propriété, il ne concédait qu'un simple droit d'usage, *possessio*, moyennant le paiement d'une redevance, *vectigal*, signe certain et permanent du droit éminent de propriété retenu par le peuple.

D'abord restreint à l'origine, l'*ager romanus, privatus* et *publicus*, s'étendit à la suite des conquêtes de Rome en Italie. Le territoire des peuples vaincus devenait, en effet, par voie d'occu-

72. — (1) Dans l'*ager privatus*, il faut distinguer les terres qui, assignées primitivement à chaque *gens*, sont restées la propriété collective de celle-ci et les parts qui sont devenues la propriété exclusive de chaque chef de famille, c'est-à-dire l'*heredium*, petit enclos de deux jugères, *bina jugera*. V. Girard, *Manuel élém.*, pp. 257, 258.

patio bellica, la propriété du peuple romain (V. n° 82). Une partie des terres ainsi enlevées à l'ennemi était attribuée aux particuliers et entrant dans l'*ager privatus*. D'autres, annexées à l'*ager publicus*, étaient concédées aux colonies ou municipales, affectées aux pâturages, *ager compascuus*, ou encore, sous le nom d'*ager occupatorius*, abandonnées aux particuliers à titre de *possessio*, moyennant paiement du *vectigal*. Une grande partie de ces fonds appartenant à l'*ager publicus* se transforma par usurpation en *ager privatus*. Les patriciens et les riches arrivèrent en effet à les accaparer et à les garder à titre de propriété privée (2). L'État demeuré propriétaire de ces terres aurait pu les leur reprendre, les faire rentrer dans la masse commune et les distribuer à d'autres (3). Mais il négligea de le faire, s'abstint de réclamer le *vectigal*, et laissa se consolider par des transmissions héréditaires successives une jouissance qui n'avait été concédée qu'à titre temporaire et révocable. C'est de ces origines multiples, que provient l'*ager privatus* italique, *prædia in italico solo*. Ces fonds italiques sont soumis au *dominium* des particuliers, exempts par suite de redevance à l'État.

2° *Fonds provinciaux*. — En province, la condition des terres était loin d'être uniforme. Il y avait d'abord des fonds qui appartenaient aux peuples maintenus par Rome dans l'exercice de leur souveraineté, *civitates liberæ*. Sur ces fonds les anciens propriétaires conservaient tous leurs droits, mais comme leur qualité de pérégrins les excluait du *dominium*, leurs propriétés faisaient partie de l'*ager privatus ex jure peregrino*. Le reste du sol des provinces était par droit de conquête *ager publicus*. Mais, ici encore, il y a d'importantes distinctions à faire. Une grande partie de ces terres reste en effet dans le domaine de l'État qui les fait valoir en les louant ou autrement. Le surplus est vendu par les soins des questeurs, *ager quæstorius*, ou assigné aux habitants des colonies ou enfin restitué aux anciens habitants de la province. Ces fonds ainsi vendus, assignés ou restitués, bien qu'ils fassent partie en fait de l'*ager privatus* appartiennent encore en droit à l'*ager publicus* et

(2) Ils obtenaient des concessions moyennant de minimes redevances, ou se faisaient céder celles des plébéiens ruinés par les guerres ou obérés.

(3) Les célèbres lois dites *agraires* avaient souvent pour but de faire rentrer aux mains de l'État des terres de l'*ager publicus* déjà possédées depuis quelque temps par des particuliers, et d'en faire l'objet d'un nouveau partage. Le principe qui servait de point de départ à ces lois était donc parfaitement légitime, et c'est là ce qui donnait tant de force aux promoteurs de ces mesures. V. Mispoulet, *Les institutions politiques des Romains*, t. II, § 107; Daremberg et Saglio, *Dict. des ant. grecques et romaines*, v° *Agrariæ leges*.

sont par conséquent soumis à un régime autre que celui de l'*ager privatus* italique. Aussi forment-ils une classe d'immeubles qu'on oppose sous le nom de fonds provinciaux, *provinciale solum*, aux fonds italiques.

Quatre différences doivent être signalées entre ces deux catégories de fonds. 1° Les fonds provinciaux restés dans le *dominium* de l'État lui doivent comme marque de son droit de propriété une redevance, *stipendium* ou *tributum*. Aucune redevance ne grève les propriétaires des fonds italiques (4). 2° L'État, usant de son droit strict de propriétaire, pouvait enlever les fonds provinciaux à leurs possesseurs et les concéder à d'autres, sans indemnité. Ces dépossessions, autrefois pratiquées en Italie, alors que certains fonds n'étaient dans la possession des particuliers que sous la réserve du droit éminent de l'État, avaient cessé d'être possibles du jour où tous les fonds italiques étaient devenus *agri privati optimo jure*. 3° Les fonds provinciaux n'étaient pas *res mancipi* comme les fonds italiques (V. n° 70). 4° Enfin, les fonds provinciaux ne pouvaient pas, comme les fonds italiques, être propriété des particuliers. L'État seul en était le *dominus* (G. II, 7).

Bien que n'étant pas propriétaires, les possesseurs de fonds provinciaux n'en avaient pas moins sur leurs terres un droit qui, en fait sinon en théorie, équivalait au *dominium*. Ils pouvaient garder et posséder le fonds, *habere possidere*, percevoir et garder en propriété les fruits, *frui* (5). Ils pouvaient faire toutes transformations rentrant dans les actes de disposition, aller même jusqu'à l'aliénation. Pour la protection de leur droit, le préteur leur donnait des interdits et même une voie pétitoire, à défaut des voies ordinaires du droit civil (V. n° 111). La possession du sol provincial assurait donc au possesseur tous les avantages utiles du droit de propriété, moins le titre. Il y avait là une forme secondaire du droit de propriété, à laquelle Gaius cherche, non sans quelque embarras, à donner un nom. Il l'appelle *possessio vel usufructus* (G. II, 7). Plus tard, pour caractériser le droit du possesseur on inventa le terme *proprietas* qui devait se généraliser et s'appliquer sans distinction à tous les fonds.

(4) La redevance dont le nom générique est *vectigal*, s'appelle tantôt *stipendium*, tantôt *tributum*, suivant qu'il s'agit des provinces du Sénat ou de l'Empereur (G. II, 21). Cet impôt foncier n'est pas comme chez nous la rémunération des services rendus par l'État, mais le signe matériel de la victoire et la rançon de la conquête, *quasi victoriæ præmium ac pæna belli* (Cicéron, *Verr.*, II, III, 6).

(5) *Habere, possidere, frui*, c'est ainsi qu'est désigné le droit du possesseur de fonds provinciaux dans un des documents les plus anciens (loi agraire de 643) (V. n° 111, note 4).

Mais ces différences devaient s'effacer. Au Bas-Empire elles disparaissent une à une sous l'influence de diverses causes (6). D'une part, l'Italie, à raison de la pénurie du fisc, fut soumise à l'impôt foncier. D'autre part, le *dominium* et la *proprietas* se rapprochaient l'un de l'autre au point de vue des effets pratiques (V. n° 444). Toutefois la vieille distinction subsistait toujours théoriquement. Justinien la supprima, et il n'y eut plus qu'une seule forme du droit de propriété s'appliquant sans distinction à tous les immeubles, à quelqu'endroit qu'ils fussent situés.

Choses extra patrimonium.

73. — *Divisions des choses extra patrimonium: Res divini juris, communes, publicæ.* — Les choses *extra patrimonium* se divisent en *res divini juris, communes, publicæ*.

I. *Res divini juris.* — Ce sont les biens consacrés aux dieux par les hommes et qui, formant comme le domaine propre des divinités, sont soustraits au *dominium* des particuliers (1). Ils se subdivisent en *res sacræ, religiosæ, sanctæ*. Les *res sacræ* sont les choses consacrées aux *dii superi*, c'est-à-dire aux divinités autres que les dieux mânes (G. II, 4). Tels sont : les bois sacrés, *luci*, les sanctuaires de tout genre, *sacella, aræ, templa*, les statues des dieux, les trésors des temples; plus tard, après l'avènement du christianisme, les choses consacrées à Dieu. Les *res religiosæ* sont celles qui sont la propriété des *dii inferi*, c'est-à-dire des dieux mânes, divinités privées propres à chaque famille et qui ne sont autre chose que les ancêtres déifiés (2). Aussi sont-ce les tombeaux et le terrain où ils sont élevés qui forment la majeure partie des *res religiosæ* (G. II, 4). A l'époque dernière quand a disparu le culte des mânes, il y a encore des *res religiosæ*, le respect des morts et des lieux de sépulture ayant survécu à la ruine du paganisme. Quant au *res sanctæ*, elles participent du caractère des *res*

(6) Ce mouvement fut favorisé par la concession du *jus italicum* faite à certaines cités provinciales. C'est un privilège en vertu duquel les terres faisant partie du territoire de ces cités sont un prolongement artificiel du sol italique et par suite sont exemptes de redevance. V. Jullian, *Darembert et Saglio, Dict. des antiq. grecques et rom.*, v° *Jus italicum*; Girard, *Manuel élém.*, p. 260.

73. — (1) Aux *res divini juris*, on oppose les *res humani juris*, et cette division correspond à l'opposition que les Romains avaient su établir dès le début entre le droit sacré et le droit profane (G. II, 2).

(2) V. sur le culte des ancêtres : Fustel de Coulanges, *La cité antique*, liv. I, ch. II; Sumner Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, ch. III.

sacræ et *religiosæ*, bien qu'elles ne soient propriété d'aucune divinité déterminée. Ce sont les choses, qu'on a voulu protéger contre les entreprises des particuliers, comme les murs et les portes des villes. Aussi des peines sévères étaient-elles encourues par les violateurs des *res sanctæ*.

II. *Res communes*. — On appelle ainsi les choses qui sont destinées à l'usage de tous, comme l'air, la mer et ses rivages, et qui par suite ne sont dans le patrimoine de personne.

III. *Res publicæ*. — Ce sont les choses appartenant à l'État, et aux villes. Affectées à l'usage public, elles sont soustraites à toute appropriation privée. Tels : les routes, ports, fleuves, places publiques, bains publics, théâtres, en un mot ce que nous appelons le domaine public de l'État ou des villes (3). Mais l'État et les villes, comme personnes morales, peuvent avoir aussi leur domaine privé, par exemple : l'*ager publicus*, les biens des successions vacantes, sur lesquels l'exercice de tous les droits du propriétaire leur est permis.

Les choses *extra patrimonium* ne peuvent être objet d'un droit de propriété, d'un droit réel, ou d'un droit de créance au profit de personne. Cependant elles sont destinées à satisfaire à des besoins généraux. Les particuliers ont donc sur elles un droit de jouissance, auquel il n'a pas été donné de nom, et qui suivant les cas est protégé par une action ou par un interdit (4).

DROITS RÉELS

74. — *Division des droits réels*. — Les droits réels se divisent en deux classes. Les uns, les plus anciens, ont été reconnus organisés et protégés par le droit civil; ce sont la propriété et les servitudes (V. nos 75-110). Les autres, plus récents, n'ont été créés et sanctionnés que par le préteur (V. nos 111-112). Les premiers sont d'ailleurs les plus importants, ils ont servi de modèles aux droits réels d'origine prétorienne. Après l'étude de ces deux catégories de droits réels, on aura à rechercher quelles sont les conditions de capacité nécessaires pour pouvoir aliéner ou acquérir les droits réels (V. n° 113).

(3) V. 6, pr. Dig., *De contrah. empt.*, XVIII, 1. Pomp. : *quæ non in pecunia populi sed in publico usu habentur*.

(4) Cette question ne peut être étudiée plus amplement : elle est du domaine du droit public.

DROITS RÉELS DU DROIT CIVIL

PROPRIÉTÉ

75. — *Notion de la propriété.* — La propriété est le droit réel par excellence, celui qui assure à l'individu qui en est investi la plus grande somme possible de droits sur une chose. On peut la définir par conséquent : le droit en vertu duquel une personne peut retirer d'une chose corporelle tous les avantages que cette chose peut procurer. Ces avantages s'analysent en trois droits distincts : 1° Le *jus utendi, usus*, droit de se servir de la chose de quelque façon que ce soit. 2° Le *jus fruendi, fructus*, droit de percevoir et de garder en propriété les fruits et produits de la chose. 3° Le *jus abutendi, abusus*, droit de disposer de la chose de la façon la plus absolue, en la transformant, en la dégradant, en la détruisant ou en l'aliénant. Les actes que ce *jus abutendi* autorise, sont donc plus importants que ceux auxquels donnent lieu le *jus utendi* et *fruendi*, car ils sont de nature à faire disparaître la chose ou à anéantir le droit qu'on a sur elle. Aussi, tandis que les actes que comporte le *jus utendi*, ou *fruendi*, sont susceptibles d'être renouvelés indéfiniment par le même propriétaire, ceux qui rentrent dans le *jus abutendi* ne peuvent être accomplis trop souvent, comme les actes de dégradation, ou même ne peuvent, comme l'aliénation, être faits qu'une seule fois par la même personne (1).

Caractères du droit de propriété. — Le droit de propriété, tel que le conçoit le droit civil romain dès ses débuts présente trois caractères essentiels, qu'il a toujours conservés depuis, et que le droit moderne lui reconnaît encore. Il est exclusif, absolu, perpétuel (2).

1° Le droit de propriété est exclusif en ce sens que le propriétaire peut seul, à l'exclusion de tous autres, profiter des avantages que lui confère son droit. La chose objet du droit appartient donc aussi pleinement qu'il est possible à un seul individu, et pour bien marquer ce caractère, on dit que la propriété est individuelle. A la

75. — (1) L'analyse des trois droits qui résument le droit de propriété est déjà faite par Cicéron : *earum rerum videatur levis fructus, exiguus usus, incertus dominatus*. *De Rep.*, I, 17. Par *dominatus* il entend ici le droit de propriété dans son intégralité. Quant aux jurisconsultes, V. entre autres Ulpien : *qui habet proprietatem utendi fruendi jus separatum non habet* (5, pr. Dig., *Si ususf. pet.*, VII, 6).

(2) V. Accarias, t. I, nos 201, 202.

propriété individuelle on oppose la propriété collective, forme plus rudimentaire et, par conséquent, plus ancienne du droit de propriété. Dans les sociétés où la propriété est encore organisée à l'état collectif, la propriété individuelle est restreinte à quelques objets mobiliers de peu d'importance et d'un usage tout personnel. Toutes les autres choses, appartiennent en commun à tous les membres de l'association politique. Il en est notamment ainsi des immeubles, tels que les pâturages et les forêts. D'autres, les terres arables, sont répartis par voie d'allotissement entre les chefs de famille, à des époques périodiquement réglées par l'usage. Mais ce qui appartient alors en propre aux familles c'est uniquement l'usage temporaire du sol. Le fonds lui-même demeure propriété de la collectivité, à laquelle il fait retour après un certain temps, afin qu'on puisse procéder à de nouveaux partages. Dans toutes les sociétés antiques où ce régime de propriété collective a été pratiqué, il a été peu à peu remplacé par la propriété individuelle, d'abord pour les objets mobiliers, puis pour les immeubles eux-mêmes. Ce qui a favorisé cette transformation, c'est, avant tout, le passage de l'état nomade à l'état sédentaire (3). Puis, par usurpation ou désuétude, les partages périodiques du sol ne se sont plus renouvelés, et chaque groupe familial ou *gens* s'est trouvé avoir la possession incommutable d'une certaine part des terres. C'est le régime de la copropriété familiale succédant au collectivisme de la tribu. Plus tard, dans le sein même du groupe familial s'est opérée la même évolution vers une individualisation plus marquée de la propriété. La copropriété de famille fait désormais place à la propriété franchement individuelle (4).

Si les ancêtres ethniques des Romains ont connu la propriété collective de la tribu, il est certain que cet état de choses a disparu quand Rome apparaît sur la scène historique (5). Tout au plus

(3) Chaque famille, fixée désormais sur le sol, s'est construit une demeure, *domus*. C'est cette habitation et l'enclos qui l'entoure, *heredium*, qui est devenue le premier objet de propriété exclusive. La religion domestique, consistant dans le culte des ancêtres divinisés, n'a pas été sans exercer une grande influence sur cette transformation de la notion de propriété. V. Fustel de Coulanges, *La cité antique*, liv. II, ch. vi.

(4) Viollot, *Histoire du droit civil français*, pp. 553-568; Girard, *Manuel élém.*, p. 257; Brissaud, *Manuel d'histoire du droit français*, pp. 443-465.

(5) Il reste dans la langue du droit des vestiges irrécusables d'un état de transition entre le collectivisme absolu et le régime de la propriété individuelle limitée aux meubles. Le patrimoine s'appelle *familia pecuniaria*, c'est-à-dire les esclaves et les troupeaux (V. nos 67, note 6; 70, note 1). Cicéron atteste que la richesse a consisté d'abord en troupeaux et droits d'usage sur les terres : *erat res in pecore et locorum possessionibus*, *De rep.*, II, 19. Horace, *Sat.*, II, 129 et suiv., a conscience de l'ancien collectivisme quand il écrit : *nam propria telluris herum Neque illum nec me nec quemquam statuit... nunc ager... nulli proprius sed cedit in usum, Nunc mihi*

reste-t-il dans les institutions du droit privé des traces de la copropriété familiale (6). Dès le principe, les Romains ont la claire notion de la propriété individuelle. Et cette conception leur paraît tellement avantageuse qu'ils font de la propriété une institution propre à eux seuls. C'est le *dominium ex jure quiritium*, qui ne peut appartenir qu'aux citoyens, qui ne peut s'appliquer qu'à certaines choses, qui ne peut s'acquérir que par certains modes admis par le *jus civile* (V. n° 111) (7).

2° Exclusif, le droit de propriété est également absolu puisque, le propriétaire ayant seul des droits sur la chose, personne ne peut apporter de restrictions au libre exercice qu'il en peut faire. Cependant, il peut arriver que le droit du propriétaire soit limité par des droits que d'autres exercent concurremment avec lui sur la chose. C'est ce qui arrive dans le cas d'une servitude ou dans l'hypothèse d'indivision. Lorsqu'il y a servitude, les avantages du droit de propriété sont partagés entre le propriétaire et le titulaire de la servitude (V. n° 100). S'il y a indivision ou copropriété, plusieurs personnes se trouvent avoir simultanément la propriété d'une même chose, en sorte que le droit de chacun est nécessairement limité par le droit égal des autres (V. n° 96) (8). Ces exceptions ne font pas disparaître le caractère absolu du droit de propriété. Elles sont dues à un acte de volonté du propriétaire, tel est le cas pour les servitudes, ou à des circonstances accidentelles, tel est le cas d'indivision, par exemple quand plusieurs héritent en commun d'une chose. La loi, obligée de reconnaître ces restrictions au droit de propriété, les considère comme anormales et temporaires (9). Elle favorise l'extinction des servitudes; elle donne à chaque copropriétaire le droit de contraindre les autres à sortir de l'état d'indivision (V. nos 105, 96).

3° La notion d'une propriété exclusive et absolue implique celle d'une propriété irrévocable et perpétuelle. Ce qu'il faut entendre par là, c'est que le droit de propriété ne peut être enlevé à son

nunc alii. Enfin, Rome conquérante applique aux terres le vieux droit d'avant l'individualisation de la propriété; elle en fait la propriété collective du peuple.

(6) C'est le régime des tutelles et des curatelles anciennes auquel se lie intimement celui des successions *ab intestat*.

(7) *Dominium* rappelle bien la *domus*, véritable cellule primitive d'où est sorti tout le développement de la propriété individuelle.

(8) On peut aussi ranger dans la catégorie des restrictions au droit absolu du propriétaire, le cas où le propriétaire n'a plus que le titre nu, *nudum dominium*, tandis qu'une autre personne a la chose dans ses biens, *in bonis habere*, c'est-à-dire a tous les avantages effectifs de la propriété (V. n° 111).

(9) V. pour d'autres restrictions établies par la loi elle-même dans l'intérêt des voisins ou dans l'intérêt public, Girard, *Manuel élément.*, pp. 252-255.

titulaire que par un acte de sa volonté ou par un accident qui détruirait la chose. La propriété n'est donc pas un droit temporaire, comme certains autres droits réels, ou un droit naturellement destiné à s'éteindre comme le droit d'obligation. Son sort est intimement lié à celui de la chose même qui en est l'objet : elle doit durer aussi longtemps que cette chose (V. n° 99).

De la possession.

76. — *Notion de la possession.* — Un droit, quel qu'il soit, consiste dans la possibilité légale d'user de certaines facultés. Le fait d'en user est, non plus le droit, mais l'exercice du droit. C'est ce fait qui est ce qu'on appelle la possession. L'individu qui use du droit est en possession de ce droit, il est possesseur. La possession n'est donc qu'un pur fait (1). Elle ne doit pas être confondue avec le droit. Les Romains l'ont bien compris (2). Mais ils n'ont pas généralisé cette idée pour l'appliquer à tous les droits, bien que tous puissent se prêter à des faits de possession. Ils ne l'ont envisagée que dans son application au droit réel par excellence, le droit de propriété. Il est donc tout naturel de placer ici l'étude de la possession. Elle doit précéder d'ailleurs l'examen des divers modes d'acquisition de la propriété dont plusieurs (occupation, tradition, usucapion), sont la conséquence de l'acquisition préalable de la possession.

Pour les Romains, du moins aux époques historiques, la possession, manifestation extérieure du droit de propriété ne doit pas être confondue avec ce droit lui-même. Possession et propriété sont deux choses distinctes (3). Si elles étaient toujours réunies dans les mêmes mains, la distinction ne serait pas nécessaire. Mais un propriétaire peut volontairement transmettre la possession de sa chose à une autre personne; il peut la perdre par négligence,

76. — (1) *Possessio... plurimum facti habet*, 19, Dig., *Ex quib. caus.* IV, 6, Papin., *eam enim rem facti non juris esse*, 1, § 3. Dig., *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2, Paul.

(2) C'est ainsi qu'ils opposent celui qui est en fait libre, *in libertate*, ou en fait esclave, *in servitute*, à celui qui en droit a la condition d'homme libre, *liber*, ou celle d'esclave, *servus*. Voir même les expressions caractéristiques : *in possessione libertatis, servitutis esse* dans 10; 1, pr. Dig., *De liberal. caus.*, XL, 12, Ulp.

(3) Festus, v° *Possessio* : *Possessio est, ut definit Gallus Ælius, usus quidem agri aut ædificii non ipse fundus aut ager*. Ulpien (12, § 1. Dig., *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2) dit : *nihil commune habet proprietas cum possessione*. L'antithèse paraît également dans 17, § 1. Dig., *Deposit.*, XVI, 3, Florent.; 52, pr. Dig., *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2, Venul.

se la voir ravir par violence ou par vol. La possession est alors aux mains d'un autre que le propriétaire, puisque la chose sur laquelle s'exerce le droit de propriété n'est plus à sa disposition. Possesseur et propriétaire sont deux personnes distinctes. Au propriétaire qui n'a plus la possession va-t-on donner le moyen de reprendre la chose à celui qui la retient? Le possesseur qui n'a pour lui que l'apparence du droit mérite-t-il lui aussi la protection de la loi? Cès questions furent résolues de la façon la plus heureuse par le droit civil et par le droit prétorien.

77. — *Fondement de la protection possessoire.* — Le conflit du propriétaire et du possesseur n'est pas difficile à régler. Au propriétaire, le droit civil donne une action pour reprendre sa chose à quiconque la retient sans droit. C'est la sanction du *dominium*, l'action en revendication, *rei vindicatio*. Le possesseur ne peut en principe empêcher la revendication d'aboutir, du moins si la possession a été enlevée au propriétaire malgré sa volonté ou sans sa volonté. Ne pas assurer à celui-ci la restitution de sa chose, ce serait la négation du droit de propriété. On verra toutefois que le droit civil transformait le possesseur en propriétaire, et l'autorisait à repousser la revendication du propriétaire ancien, lorsque la possession avait duré un temps assez long et présentait certains caractères qui pouvaient justifier cette faveur (V. n° 90) (1).

Dans ce conflit entre le possesseur et le propriétaire, si ce dernier l'emporte, c'est que son droit à avoir la chose est plus fort que celui de son adversaire. Mais un autre que le propriétaire peut entrer en conflit avec le possesseur et chercher soit à le déposséder soit à le troubler dans sa possession. Le possesseur exposé à ces entreprises ne pourra-t-il en triompher? Il n'a pas le droit de propriété sans doute, mais son adversaire ne l'a pas davantage. Il a du moins pour lui la possession : sera-t-elle comptée pour rien? Le droit prétorien ne l'a pas entendu ainsi. Ici encore, comme d'ailleurs dans toute lutte judiciaire, une comparaison s'établit forcément entre les prétentions rivales. Celui-là l'emporte donc qui a pour lui la possession. Le simple fait de posséder une chose est suffisant, sans plus, pour justifier l'intervention du préteur. Il donne au possesseur une voie de droit, l'interdit, *interdictum*, qui lui permet de faire cesser le trouble ou d'obtenir sa réintégration en cas de dé-

77. — (1) Mais lorsque c'est volontairement que le propriétaire s'est dépouillé de la possession, son action en revendication est paralysée par une exception fondée sur la bonne foi. Le préteur protège de cette façon le possesseur, non pas tant comme possesseur, qu'à raison des circonstances où il l'est devenu (V. n° 111).

possession (2). Il protège la possession pour elle-même, comme si elle était un droit véritable (3).

Cette faveur accordée à la possession a sa raison d'être (4). La protection de la possession intéresse en effet la propriété même. Qu'on suppose un propriétaire en possession de sa chose. S'il est troublé, que pourra-t-il opposer aux entreprises injustes? Son titre de propriétaire. Mais ce titre il le tient d'un autre et cet autre n'a pu transmettre que les droits qu'il avait lui-même. Il faudra donc vérifier les droits du précédent propriétaire et procéder de même pour toute la série des propriétaires antérieurs. Une telle recherche est toujours difficile; le plus souvent elle n'aboutira pas. On est donc amené à laisser de côté le titre et à ne considérer que la possession. C'est elle qu'on défend contre les troubles, et du même coup on défend la propriété. Mais cette garantie, il fallait l'accorder à tout possesseur, sans rechercher s'il était ou non propriétaire. Car, exiger du possesseur la preuve qu'il mérite effectivement la protection qu'on lui accorde, c'est lui demander une chose impossible, c'est lui retirer d'une main ce qu'on lui donne de l'autre. Il pouvait arriver, il est vrai, que le possesseur ainsi protégé ne fût pas digne de l'être, qu'il fût un déprédateur, *prædo*, un possesseur de mauvaise foi, un voleur. C'est en pareil cas que la protection prétorienne se justifie le moins. Aussi, ne va-t-elle pas jusqu'à mettre le possesseur à l'abri d'une action ou d'un interdit qu'intenterait contre lui une personne ayant des droits supérieurs aux siens (5). Tout ce que le préteur a voulu, c'est le protéger contre des atta-

(2) V. pour plus de détails, théorie générale des interdits (V. n° 306). Si le préteur donne un interdit et non une action, c'est que l'action est faite pour servir de sanction aux droits. Or, ici, il n'y a de droit proprement dit que celui qui est reconnu par le droit civil.

(3) On verra toutefois qu'ici aussi la force des choses a amené le préteur à perfectionner son système et à établir une hiérarchie équitable entre les possesseurs. Celui-là triomphe dont la possession à l'égard de l'adversaire n'est ni violente, ni clandestine, ni entachée de précarité. Mais c'est un succès tout relatif. Il succombera infailliblement devant celui à qui il a enlevé la possession par violence, clandestinement, ou de qui il la tient à titre de précaire (V. n° 306).

(4) Cette question du fondement de la protection possessoire ne paraît pas avoir préoccupé les jurisconsultes. Du moins, n'est-elle pas indiquée dans les fragments de leurs écrits parvenus jusqu'à nous. On en est réduit à cet égard à de pures conjectures. Mais le problème est trop important pour qu'on le passe sous silence. L'opinion indiquée au texte tient compte des vraisemblances historiques. Deux idées ont présidé, semble-t-il, à l'édification de la théorie possessoire. On doit y voir, non l'expression de deux systèmes contradictoires, mais des conceptions issues l'une de l'autre et qui se sont superposées sans s'exclure.

(5) De la part du propriétaire le possesseur est exposé en effet à l'action en revendication. Il succombera également sur l'interdit vis-à-vis du possesseur dépossédé par violence ou clandestinement (V. note 3, ci-dessus).

ques émanant de personnes qui, n'ayant pas la possession, ont moins de droits que lui sur la chose. Cette hypothèse, d'ailleurs, est anormale. Le plus souvent, en fait, celui qui bénéficie de l'interdit est véritable propriétaire; car il est rare qu'un individu ait la possession sans avoir la propriété. En résumé, si on protège le possesseur, c'est qu'on veut protéger le propriétaire apparent, parce qu'on a toutes les chances de protéger ainsi le propriétaire véritable (6).

Mais cette considération n'a pas joué dans l'élaboration de cette théorie un rôle déterminant. Elle n'a point surtout été la première à laquelle on ait songé. A notre sens, cette justification de l'intervention prétorienne est trop subtile et trop délicate pour le droit grossier des débuts. On a dû vraisemblablement penser d'abord à protéger celui qui détient une chose, uniquement parce qu'il la détient. Ce qu'on voulait, c'était empêcher le trouble apporté à la paix publique par ceux qui cherchaient à la lui ravir. Armé de ses pouvoirs de police, le préteur est intervenu pour apaiser la querelle, mais sans rechercher si le possesseur avait des droits sur la chose, si même il en avait l'apparence. La protection possessoire n'a donc été tout d'abord qu'une mesure d'ordre destinée à exclure les violences et le recours à la force (7). Mais on ne songeait pas encore à voir dans la possession un droit, ni même l'image d'un droit. Elle n'était qu'un pur fait.

Bientôt surgirent des cas où un individu détenait une chose (*corpus*), et quoique non propriétaire, se comportait à son égard de façon à exclure toute autre personne de la jouissance de cette chose (*animus possidendi*) (V. n° 78). La notion étroite que les Romains se faisaient du droit de propriété donnait nécessairement lieu à des situations de ce genre. Tel était le cas du possesseur de terres faisant partie de l'*ager publicus*, du concessionnaire à précaire qui lui ressemble, de celui qui, faute de mancipation, n'a la chose que *in bonis*, plus tard du créancier qui a reçu une chose en gage (V. nos 72, 78, 89). Ces personnes étaient des possesseurs, non des propriétaires. Elles avaient un rudiment de titre sans avoir un titre complet; elles avaient en tout cas la possession et méritaient qu'on les protégéât. Ainsi, peu à peu, on s'accoutuma à l'idée de garantir la situation de celui qui n'était pas propriétaire de la chose, alors

(6) Telle est la théorie accréditée par Ihering, *Fondement des interdits possessoires* (trad. Meulenaere, V. Girard, *Manuel élém.*, p. 263.

(7) Telle est la théorie de Savigny et de ceux qui se rattachent à son école. Rien n'est plus significatif à cet égard que le langage impératif des interdits: *restituas, exhibeas*, et surtout le *vim fieri veto* tant de fois répété (V. n° 10).

qu'on savait pertinemment qu'il ne l'était pas. Et c'est également à ce moment que la théorie dut songer à opposer l'une à l'autre la possession et la propriété et qu'elle fut amenée à traiter la première comme un droit à part (8).

D'autre part, on avait dû être frappé de l'analogie de fait qui existe entre la situation du possesseur et celle du propriétaire en possession de sa chose. Celui-ci en effet n'a pas, en apparence du moins, plus de droits sur elle qu'un simple possesseur. Ainsi, après avoir constaté qu'en mainte circonstance le possesseur ressemble au propriétaire (cas du possesseur d'*ager publicus*, du précariste, du possesseur qui a la chose *in bonis*), on en venait à conclure qu'à son tour, celui-ci ressemble au possesseur. C'est seulement alors qu'on a pu songer à donner au propriétaire le conseil de faire abstraction de son titre et d'invoquer sa seule possession pour jouir de l'avantage que le préteur y attache. De là enfin a surgi l'idée que la protection de la possession est, dans la majorité des cas, une sauvegarde pour la propriété elle-même (9).

78. — *Effets et éléments de la possession.* — On a vu que le seul effet propre de la possession consiste dans le droit pour le possesseur de se faire maintenir en possession ou de la recouvrer si elle lui est enlevée. A cet effet, le préteur lui donne les interdits possessoires : *uti possidetis, utrubi, unde vi, de precario*. Il en sera parlé plus loin (V. n° 306). Le seul fait qu'on est possesseur suffit, sans plus, pour qu'on puisse réclamer la protection prétorienne et triompher de celui qui n'est pas possesseur : *qualiscunque possessor est plus juris habet quam ille qui non possidet* (2. Dig., *Uti possid.*, XLIII, 17, Paul) (1).

(8) Pour l'antithèse entre la possession et la propriété, V. n° 76, note 3. Aux yeux de Cicéron, *Pro Cæc.*, 12, la possession est déjà un droit : *actio injuriarum non jus possessionis assequitur sed...* L'expression *jus possessionis* paraît fréquemment dans les textes des jurisconsultes classiques (44, pr. Dig., *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2, Papin.; 2, § 38. Dig., *Ne quid, in loc. publ.*, XLIII, 8, Ulp.; 5, § 1. Dig., *Ad leg. Jul. de vi*, XLVIII, 6, Marcian.) et dans les constitutions impériales : 5, § 2, Cod., *De lib. caus.*, VII, 16 (Alexandre Sévère) et surtout 10, Cod. *De acq. et ret. poss.*, VII, 32 (Constantin).

(9) Nous ne nous dissimulons pas ce qu'il y a d'hypothétique dans cette reconstitution. Mais puisqu'il paraît actuellement prouvé que la théorie de la possession s'est développée empiriquement sous le coup des nécessités pratiques (V. Girard, *Manuel élém.*, pp. 263 et suiv.), il est pour le moins vraisemblable qu'elle a pu évoluer dans le sens que nous indiquons. Une évolution du même genre s'observe pour l'usucapion (V. n° 91). Ces deux théories ont dû s'influencer réciproquement. Il nous paraît évident que la conversion de la possession prolongée en propriété, résultat déjà sanctionné par les XII Tables, a suggéré ou confirmé l'idée que le fait pouvait se convertir en droit, que la possession par conséquent pouvait être traitée à l'égal d'un droit véritable.

78. — (1) Les autres effets qu'on est tenté parfois de rattacher à la possession n'en

Mais, quelle est la possession qu'on protège? Consiste-t-elle uniquement dans le fait qu'on est en contact avec la chose, *rem tenere*, qu'on a le *corpus* et qu'on continue à le garder? Il est probable qu'au début cela a paru suffisant. On ne recherchait ni comment la possession avait été acquise, ni si elle avait duré depuis un temps assez long, ni si tout en prenant et en conservant la possession, le possesseur admettait au profit d'autrui des droits supérieurs aux siens. Toutes ces considérations paraissent être restées étrangères au droit ancien (2). Puis, il s'est fait à cet égard une lente transformation, nécessairement connexe à l'évolution de la protection possessoire (V. n° 77). Moins sévères d'abord, les préteurs se montrèrent plus exigeants, à mesure que la possession devenait dans leur pensée l'équivalent d'un droit. Sans aller fort loin dans ce sens, ils subordonnèrent l'octroi de leurs moyens possessoires à une condition d'intention à laquelle on n'avait pas songé d'abord (3). De là est issue la théorie de la possession juridique, *possessio civilis* ou *justa*.

A l'époque où elle est définitivement constituée, on distingue deux catégories de possesseurs. Les uns ont droit à la protection prétorienne, aux interdits. Les autres se les voient refuser. Les premiers n'ont pas seulement le *corpus*, ils ont et doivent avoir l'*animus*. Par là on entend l'intention arrêtée de garder la chose à l'exclusion de tous autres et dans la pensée qu'elle ne devra être restituée à personne. C'est en définitive l'intention de posséder, *possidendi affectus*, et de posséder pour soi seul (4). Les possesseurs auxquels manque cet *animus* n'ont de la possession que l'élément matériel, le *corpus*, la *corporalis* ou *naturalis possessio*. Les modernes disent qu'ils n'ont que la détention et les appellent des détenteurs. Les

sont pas des conséquences immédiates. Tel est le cas pour l'acquisition par usucapion ou l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. Pour qu'elles se réalisent, il faut des conditions de durée, de titre, de bonne foi, qui sont indépendantes du fait même de la possession (V. nos 92, 97).

(2) Même le droit plus récent ne s'en est guère préoccupé. Peu lui importe que la cause de la possession soit juste ou non (3, § 5. Dig., *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2, Paul) ni que la possession ait duré un certain temps (sauf pour l'interdit *utrubi*). Toutefois, pour les interdits *uti possidetis*, *utrubi*, *unde vi quotidiana*, on finit par exiger que la possession ne fût pas *vitiosa* à l'égard de l'adversaire (V. n° 306).

(3) Cette transformation ne s'est pas faite sans hésitations. Les anomalies apparentes qui rendent si difficile à comprendre la doctrine définitive s'expliquent aisément quand on rejette l'idée d'un système né en une seule fois et construit de toutes pièces.

(4) V. 3, § 3, Dig., *De acq. vel. amitt. poss.*, XLI, 2, Paul. On voit que l'*animus* exigé du possesseur ne s'identifie pas nécessairement avec l'intention de se comporter en maître de la chose, *animus domini*. Cette dernière expression n'est employée par aucun texte (Girard, *Manuel élém.*, p. 264). Les sources disent *animus* seul, ou *animus possidentis* (1, § 20. Dig., *De acq. vel. amitt. poss.*, XLI, 2, Paul).

véritables possesseurs, ceux qui au *corpus* joignent l'*animus*, ont la *possessio civilis*, la seule qui soit conforme au droit, *possessio justa*, et comme telle mérite d'être protégée par lui. Cette antithèse à mesure qu'elle s'accroît tendit à faire considérer la possession comme un véritable droit, la détention comme un pur fait. Du possesseur véritable on disait : *possidet*, du simple détenteur : *non possidet est in possessione* (5).

Dans la théorie définitive, sont donc possesseurs véritables : le propriétaire, s'il a la détention de sa chose, celui qui n'a que la propriété dite prétorienne (V. n° 141), celui qui sans avoir aucun titre entend se comporter en maître de la chose, soit qu'il croie l'être (possesseur de bonne foi), soit qu'il sache ne pas l'être (possesseur de mauvaise foi, ou même voleur). Il est clair en effet que ces personnes ont l'intention de posséder à l'exclusion de tout autre et de ne pas restituer. Tel est également le cas de celui qui a reçu une chose en gage (créancier gagiste) ou en précaire (précariste) (6). Au contraire, ne sont que détenteurs : le locataire, le commodataire, le dépositaire et certaines personnes que le préteur envoie *in possessionem* sans en faire des possesseurs véritables mais pour leur donner la garde, *custodia*, d'une chose à titre de mesure conservatoire (G. IV, 153; 9. Dig., *De rei vind.*, VI, 1, Ulp). Mais ces détenteurs ne tiennent-ils pas la chose avec l'intention d'exclure tout autre? N'en est-il pas surtout ainsi des locataires, commodataires, dépositaires? Pourquoi leur avoir fait une situation moins favorable qu'au créancier gagiste ou au précariste qui sont traités en possesseurs, bien qu'ils doivent, à l'égal des simples détenteurs, restituer la chose au débiteur ou au concédant? Les Romains ne paraissent pas s'être posé cette question, ni avoir vu là une anomalie ou une contradiction. Pour eux, celui-là est réduit au rang de détenteur qui est chargé de la garde de la chose. Tel est le locataire

(5) Ce langage est significatif. Il révèle le changement qui s'est opéré et qui a fait de la possession un droit : *jus possessionis*. Celui qui n'a que le *corpus* n'a que les dehors de la possession, l'apparence du droit, non le droit lui-même. Devenue un droit, la possession est à son tour décomposée en deux éléments : le droit invisible, et l'exercice du droit, seul visible (V. G. IV, 153; 10, § 1. Dig., *De acq. vel. amitt. poss.*, XLI, 2, Ulp.). Le préteur lui-même oppose *possidere* à *esse in possessione* dans 7, pr. Dig., *De damn. inf.* XXXIX, 2.

(6) V. 16. Dig., *De usurp. et usuc.*, XLI, 3, Javol; 4, § 1. Dig., *De prec.*, XLIII, 26, Ulp.). Sans doute ils sont tenus de rendre la chose. Mais cette restitution à laquelle ils sont exposés ne rentre pas dans leurs prévisions. Le précariste surtout peut espérer que la chose ne lui sera pas reprise, même par celui de qui il la tient. Sa condition, à cet égard, est semblable à celle du possesseur de terres appartenant à l'*ager publicus*, avec laquelle elle semble avoir une communauté d'origine historique (V. n° 162). Or, on l'a vu, le possesseur d'*ager publicus* a la *possessio* malgré le droit qu'a l'Etat de lui retirer sa concession (V. n° 72).

qu'on assimile à l'esclave préposé par son maître à la surveillance d'une chose pendant son absence (3, § 8. Dig., *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2, Paul). Tel est le dépositaire expressément choisi comme gardien. Telles sont aussi certaines personnes que le préteur envoie en possession, mais auxquelles il ne confère que la *custodia*. Tous sont des détenteurs, *sunt in possessione*. Ils détiennent la chose, mais pour le compte d'un autre, le possesseur véritable, qui possède corporellement par leur intermédiaire, *per quos corpore possidebam* (3, § 8. Dig., *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2, Paul) (7). Aussi, les détenteurs n'ont-ils pas les interdits possessoires. Ils peuvent seulement conserver la détention à l'encontre de ceux qui prétendraient leur ravir la chose sans justifier d'un droit quelconque sur elle. Tout dépend donc ici encore d'une comparaison entre les prétentions rivales.

79. — *Acquisition et perte de la possession.* — Puisque la possession suppose la réunion chez la même personne du *corpus* et de l'*animus*, elle ne peut s'acquérir que par l'appréhension matérielle jointe à l'intention de posséder, *corpore et animo*. L'acquisition du *corpus* seul ne donne que la détention. L'*animus* non plus n'est pas à lui seul suffisant (3, § 1. Dig., *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2, Paul). Mais il n'est pas nécessaire que ces deux conditions se réalisent simultanément. L'*animus* peut précéder la prise du *corpus*. Il peut aussi venir s'adjoindre au *corpus* déjà appréhendé et transformer ainsi la détention préalable en possession véritable (1). — La possession est perdue dès que l'un des deux éléments de son existence disparaît, à plus forte raison si tous deux disparaissent à la fois. Il y a perte simultanée du *corpus* et de l'*animus* en cas de destruction totale de la chose ou lorsqu'elle est livrée volontairement par le possesseur à quelqu'un en faveur de qui il abdique son *animus*. L'*animus* seul disparaît quand par exemple tout en gardant la chose on entend ne la conserver que pour le compte d'au-

(7) Ajoutons que le locataire (ou commodataire) n'a pas de droits sur la chose. S'il peut en user c'est par l'intermédiaire du *locator* (ou commodant) qui l'a mise et la maintient à sa disposition. Il n'a qu'un droit personnel, une créance. Or le louage (ou le comodat) fait son apparition comme contrat au moment où la possession commence à être considérée comme un *jus*, c'est-à-dire comme un droit sur la chose. Ce n'était donc pas le cas de traiter le locataire (ou commodataire) comme un possesseur (V. Sohm, *Institutionen*, p. 324, note 1).

79. — (1) C'est ainsi qu'un locataire devient possesseur si la chose lui est transférée en propriété, à la suite d'une vente par exemple, *quia quod desit naturali possessioni id animus implet* (3, § 3. Dig., *De acq. vel. amitt. poss.*, XLI, 2, Paul). Mais le détenteur ne peut à soi tout seul transformer sa détention en possession : *ipse sibi mutare causam possessionis* (19, § 1. Dig., *eod. tit.*, Marcell.).

trui, comme locataire, dépositaire. Enfin, le *corpus* seul est perdu, quand une chose est soustraite momentanément à notre pouvoir par un fait qui ne la détruit pas : chute dans un fleuve, ou vol.

Toutefois, on finit par admettre que pour les immeubles, la perte du seul *corpus* ne serait pas suffisante pour enlever au possesseur sa possession, et qu'il la conserverait *animo solo*. Décider en effet qu'il sera dépouillé parce qu'un tiers aura occupé le fonds pendant son absence, celle de son gardien ou de son locataire, est injuste. Cette solution paraît avoir été admise de bonne heure pour les terrains destinés à la pâture, *saltus hiberni et æstivi*⁽²⁾. Elle fut généralisée par la suite et subsiste encore dans le dernier état du droit.

80. — *Complément de la théorie de la possession.* — La possession supposant le *corpus*, les Romains en conclurent qu'on ne pouvait posséder que les choses corporelles⁽¹⁾. Aussi n'admit-on point tout d'abord qu'il pût être question de possession pour les servitudes. Or, en théorie, un pareil résultat ne peut se justifier. Les servitudes sont à l'égal du droit de propriété des droits susceptibles d'exercice matériel. Si je passe sur un fonds, si j'y vais puiser de l'eau, conduire paître des troupeaux, j'exerce sur ce fonds les servitudes de passage, de puisage, de pacage, je me comporte en fait comme si j'avais droit à ces servitudes, je puis être considéré comme étant en possession de ces droits (V. n° 76). Aussi une observation plus attentive fit-elle admettre la possibilité d'un droit de possession en matière de servitudes. Le préteur sanctionna ce progrès. Il reconnut la possession des servitudes, qu'il qualifia de *quasi possessio* et qu'il protégea au moyen d'interdits *quasi possessores* (20. Dig., *De servit.*, VIII, 1, Javol.).

Modes d'acquisition de la propriété.

81. — *Divisions des modes d'acquisition.* — Par modes d'acquisition de la propriété on entend les faits juridiques à la suite

(2) 1, § 25. Dig., *De vi*, XLIII, 16. Ulp. Le climat italien exigeait en effet et exige encore aujourd'hui une émigration ou transhumance des troupeaux qu'on fait alternativement passer d'une station de pâturages d'été, *saltus æstivus*, dans une station d'hiver, *saltus hibernus*. Ces *saltus* ne sont donc abandonnés que pour être réoccupés. On ne saurait voir dans cet abandon momentané une abdication de la possession : *in amittenda quoque possessione affectus ejus qui possidet intuendus est* (3, § 6. Dig., *De acq. vel. amitt. poss.*, XLI, 2, Paul).

80. — (1) *Nec possideri intelligitur jus incorporale* (4, § 27. Dig., *De usurp. et usuc.*, XLI, 3, Paul). Cette idée subsista jusqu'au bout à l'égard du droit de créance.

desquels la propriété est acquise. Les jurisconsultes romains et les interprètes modernes les ont distribués en plusieurs catégories.

1° *Modes d'acquisition à titre universel ou à titre particulier.* — L'acquisition a lieu à titre universel, *per universitatem*, lorsqu'elle porte sur le patrimoine tout entier ou sur une fraction aliquote de ce patrimoine. Ce qu'on acquiert alors, c'est le patrimoine, et par voie de conséquence la propriété de toutes les choses qui y figurent, tous les droits réels, toutes les créances qui y sont comprises. Par contre, on est tenu de payer toutes les dettes qui grèvent la personne au patrimoine de laquelle on succède. Les modes d'acquisition *per universitatem* ne sont donc pas propres au droit de propriété, mais ils sont applicables à tous les droits réels et personnels sans exception (G. II, 97). Les modes d'acquisition à titre particulier sont au contraire spéciaux au droit de propriété (1). Ce sont ceux où l'acquisition ne porte que sur une ou plusieurs choses individuellement déterminées, *res singulæ*, et dont la propriété se trouve transférée à un acquéreur, sans aucune obligation de payer les dettes du précédent propriétaire. A eux seuls s'appliquent les autres divisions des modes d'acquisition que nous avons à signaler.

2° *Modes d'acquisition du droit civil et du droit des gens.* — Les modes d'acquisition du droit civil sont ceux dont l'usage est réservé aux seuls citoyens romains, aux latins et aux pérégrins qui ont le *jus commercii*. Ce sont aussi les plus anciens. Les modes du droit des gens, plus récents, sont accessibles à toute personne (G. II, 65, 66). Cette division a une grande importance au point de vue de l'histoire du droit de propriété. Elle perdit toute raison d'être à partir du moment où le droit de cité fut conféré à tous les habitants de l'empire. On ne la retrouve plus dans la pratique sous Justinien. Les modes du *jus civile* étaient : la *mancipatio*, l'*in jure cessio*, l'*usucapio*, l'*adjudicatio*, la *lex*; ceux du *jus gentium* : la *traditio* et l'*occupatio*.

3° *Modes originaires et modes dérivés.* — Par mode d'acquisition originaire on entend celui où on devient propriétaire d'une chose qui n'était jusqu'alors la propriété de personne. L'acquéreur dans ce cas ne succède pas à un précédent propriétaire. Aussi, acquiert-il la propriété franche de toute charge réelle. Le seul mode d'acquisition originaire est l'*occupatio*. Les autres modes sont appelés dérivés, parce que celui qui acquiert tient son droit d'un propriétaire antérieur. Ici, par conséquent, l'acquéreur ne peut avoir sur la chose

81. — (1) Plusieurs d'entre eux s'appliquent d'ailleurs aux autres droits réels.

plus de droits que n'en avait le précédent propriétaire. Il ne la reçoit que sous la réserve des droits réels qui la grevaient entre les mains de son prédécesseur (2).

4° *Modes conventionnels et non conventionnels.* — Les modes conventionnels supposent entre l'ancien propriétaire et le nouveau une convention préalable ayant pour objet le transfert de la propriété de l'un à l'autre. Il en est ainsi pour la *mancipatio*, l'*in jure cessio*, la *traditio*. C'est donc à eux qu'on a recours toutes les fois que d'un commun accord on veut opérer une transmission de la propriété. Les modes non conventionnels sont exclusifs de la volonté d'aliéner de la part de l'ancien propriétaire, ou se réalisent au profit de l'acquéreur sans qu'il ait eu à manifester la volonté d'acquérir. Aussi sont-ils d'un emploi moins fréquent que les premiers. Ces modes sont : l'*usucapio*, l'*adjudicatio*, la *lex* (3).

I. — Mode originaire.

82. — *De l'occupation, occupatio.* — L'occupation est la prise de possession d'une chose susceptible d'appropriation privée et restée jusque-là sans propriétaire. L'effet de cette appréhension, *occupatio*, est de rendre l'occupant propriétaire. A Rome, l'occupation est regardée comme le mode d'acquisition par excellence. Comme le *dominium* est un privilège du citoyen, tout ce que possèdent les étrangers est, aux yeux des Romains, *res nullius* et sujet par suite à l'appropriation du premier occupant : *maxime sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent* (G. IV, 16) (1). Ce droit de prise, *occupatio bellica*, s'appliquait aux immeubles aussi bien qu'aux meubles. C'est ainsi que les terres des nations vaincues devenaient par *occupatio* la propriété du peuple romain (V. n° 72). Un temps vint cependant où l'*occupatio* ne fut plus reconnue que contre les Barbares et cessa d'être pour les citoyens une cause

(2) Sans avoir exprimé en forme la classification dont il est parlé au texte, les jurisconsultes en ont admis pourtant les conséquences. Ulpien (20, § 1. Dig., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1) les formule très nettement : *ad eum qui accipit tale transfertur (dominium) quale fuit apud eum qui tradit.*

(3) Ici encore la classification est l'œuvre des interprètes. Les textes semblent n'y pas attacher d'importance. On verra en effet que parmi les modes d'acquisition rattachés à la *lex*, il en est un, comme le *legs*, qui sans être conventionnel est pourtant volontaire (V. n° 97).

82. — (1) La propriété, pour le Romain primitif, n'est pas dérivée, mais originaire. Elle est le prix de la conquête, elle est due à son énergie, à la force de son bras. Aussi les choses les plus importantes à ses yeux sont celles qui ont été *manu capta* (*res mancipi*) et la lance, *hasta*, est pour lui le symbole de la propriété quiritaire (G. IV, 16; G. II, 69).

d'acquisition, hormis dans des cas exceptionnels, en cas de ma-raude en temps de guerre.

L'occupation ne s'applique pas seulement aux prises faites sur l'ennemi. Elle confère la propriété des choses qui n'appartiennent en réalité à personne, telles que les pierres précieuses ou coquillages trouvés sur le bord de la mer, les animaux sauvages pris à la chasse, les poissons pris à la pêche, l'île qui naît au milieu de la mer (G. II, 66, 67, 68). Ces cas d'occupation n'ont jamais cessé d'être admis.

II. — Modes dérivés.

83. — *Modes dérivés conventionnels.* — Les modes dérivés conventionnels supposent entre l'aliénateur et l'acquéreur une convention préalable relative au transfert de propriété, le premier consentant à l'effectuer au profit du second qui consent à l'accepter. Mais cette simple convention ne suffit pas pour opérer la transmission du droit. Le formalisme exigeant des débuts ne se contente pas de l'accord des parties manifesté dans n'importe quelle forme. Il faut que leur volonté commune se soit traduite par des paroles et des actes, prononcées ou accomplis suivant un certain cérémonial réglé d'avance (V. n° 6). La convention d'aliénation doit donc être complétée, corroborée, par un transfert solennel qui se fera par l'un des trois modes admis : *mancipatio*, *in jure cessio*, *traditio*. Ce principe n'a jamais été abandonné. Une constitution du Bas-Empire l'exprime encore de la façon la plus nette : *traditionibus (et usucapionibus) dominia rerum non nudis pactis transferuntur* (20. Cod., *De pact.*, II, 3). Et pourtant, à cette époque, le formalisme est en pleine décadence. C'est donc que la nécessité d'une solennité, maintenue par la force de l'usage, se justifiait encore par d'autres raisons. Et, en effet, les formalités imposées aux parties donnent à la translation de propriété une publicité grossière sans doute, mais fort utile. Elles mettent l'acquéreur à l'abri des fraudes de l'aliénateur. Celui-ci, obligé de se dessaisir publiquement de la chose, ne peut au détriment de l'acquéreur ni l'aliéner une seconde fois, ni la grever de droits réels après l'aliénation (1).

83. — (1) Le droit civil français a répudié le principe romain (V. art. 1138, 1583, C. civ.). Mais la publicité est tellement utile ici qu'après avoir proclamé le principe du transfert de propriété par l'effet du simple consentement, le législateur français a dû revenir sur son œuvre cinquante années plus tard, en organisant, du moins en matière immobilière, un régime de publicité (loi du 23 mars 1855). Il y a là un cas de régression vers le formalisme, phénomène dont on retrouve déjà des exemples au Bas-Empire (V. n° 15, note 4).

La mancipatio.

84. — *Formes de la mancipatio.* — La *mancipatio* vient en tête des modes d'aliénation conventionnels. Son antiquité révélée par l'archaïsme de ses solennités, lui mérite ce rang. Encore pratiquée couramment à l'époque classique, elle n'est plus ce qu'elle était autrefois. Sa fonction originaire a été élargie. Mais son rituel a survécu intact à travers ses transformations. On va le décrire d'abord. On cherchera ensuite à l'expliquer en remontant aux périodes anciennes où, loin d'être vaines et vides de sens, ses moindres formes tiraient des faits ambiants leur valeur et leur raison d'être.

Les deux personnages principaux de la *mancipatio* sont l'acquéreur, *is qui mancipio accipit*, l'aliénateur, *is qui mancipio dat* (1). Ils sont assistés de cinq témoins et d'un porteur de balance, *libripens*, tous pubères et citoyens. L'acquéreur joue le rôle essentiel. Saisissant d'une main la chose, *rem tenens*, il affirme en termes solennels qu'il en est propriétaire : *hunc ego hominem (fundum, etc.) ex jure quiritium meum esse aio*. Il n'attend pas qu'on lui ait transféré le droit : il s'en investit de sa propre autorité en présence de l'aliénateur qui ne proteste pas (2). Il indique pourtant que la propriété ne lui est acquise que contre un équivalent, évidemment symbolique, un lingot d'airain, *aes* : *isque mihi emptus esto hoc ære æneaque libra*. En conséquence, il fait sonner ce lingot contre la balance tenue par le *libripens* et il le remet à titre de prix à l'aliénateur (G. I, 119; Ulp. *Reg.*, XIX, § 3).

Plusieurs conséquences notables résultent de l'emploi obligatoire de ces formes.

1° L'acte suppose nécessairement la présence de la chose puisque l'acquéreur doit la saisir. C'est de là que la *mancipatio* tire son nom, *quia manu res capitur* (G. I, 121) (3). Cette chose doit être susceptible de propriété quiritaire. Cela est évident, étant donnée la déclaration de l'acquéreur : *ex jure quiritium meum esse*.

84. — (1) *Mancipatio* n'est guère employé que par les juriconsultes. Le langage ordinaire dit : *mancipium*, pour désigner et la chose acquise en propriété et le droit conféré sur elle. D'où l'expression dérivée *mancipio accipere... dare* pour : recevoir et donner par la mancipation. C'est ainsi que Lucrèce écrit le vers célèbre : *vitaque mancipio nulli datur omnibus usa*, *De nat. rer.*, III, 979.

(2) Cela est bien conforme à la tendance des Romains pour qui le véritable fondement de la propriété est la conquête (V. n° 82, note 1). On retrouvera cette façon de concevoir le rôle de l'acquéreur dans l'*in jure cessio* (V. n° 87).

(3) Du temps de Gaius on s'était relâché de cette rigueur à l'égard des immeubles qu'on pouvait manciper sans se transporter sur le fonds objet de l'aliénation.

Il faut de plus qu'elle fasse partie des choses de mancipation, *res Mancipi*. Appliquée à une *res nec Mancipi* la cérémonie du transfert est de nul effet (V. n° 70) (4).

2° Semblable en ceci à tous les actes du droit primitif, la *mancipatio* exigeait la présence des parties elles-mêmes, elle excluait l'admission d'un représentant. Les formes employées étaient d'ailleurs en flagrante contradiction avec sa participation à l'acte. Celui qui figure comme acquéreur n'acquiert que pour lui-même. Quand il prononce les paroles *hunc ego hominem meum esse aio*, il ne peut pas faire que l'*homo* ne devienne pas sien, que l'acquisition se réalise au profit d'un autre. De même, celui qui aliène ne peut aliéner au nom d'autrui. Car son silence n'aurait pas la valeur d'une adhésion aux paroles de l'acquéreur, s'il s'agissait d'une propriété qui n'est pas la sienne. Les paroles d'acquisition ne peuvent d'autre part être prononcées que par quelqu'un capable d'avoir la propriété quiritaire et de l'obtenir de quelqu'un qui y renonce à son profit. La *mancipatio* n'est donc possible qu'entre citoyens ou personnes jouissant du *jus commercii*. Elle est essentiellement un acte du *jus civile* (G. I, 119 ; II, 65 ; Ulp., *Reg.*, XIX, § 4).

3° Selon une règle du droit ancien, les actes solennels, *actus legitimi*, ne comportent pas l'addition d'un terme ou d'une condition (77. Dig., *De reg. jur.*, L. 17, Papin.). On n'admet pas que les conséquences juridiques d'un pareil acte puissent être retardées. Aussitôt il est fait, aussitôt il produit tout l'effet qu'on en attend. La mancipation était de ce nombre. L'apposition d'un terme ou d'une condition serait, au surplus, inconciliable avec la formule à prononcer par l'acquéreur. Car elle est l'affirmation d'un droit actuel et certain : *meum esse aio*, et l'acquéreur ne pourrait tenir ce langage s'il s'agissait pour lui d'acquérir un droit non actuel ou simplement éventuel. Ici encore, la forme est merveilleusement adaptée aux exigences du fond. Elle ne se prête pas aux combinaisons que désavoue le droit.

85. — *Explication de ces formes et histoire de la mancipatio.*

— Ce formalisme complexe qu'on vient de décrire s'explique parfaitement lorsqu'on remonte à l'origine de la mancipation, et lorsqu'on suit ses transformations successives. La *mancipatio* fut d'abord une vente (1). Or, la vente n'est qu'un échange perfectionné.

(4) Aussi la *mancipatio* est elle bien nommée par Ulpien, *Reg.* XIX, § 3 : *propria alienatio rerum Mancipi*. C'est le mode d'aliénation exclusivement propre à ces choses. *Adde* : Girard, *Manuel élém.*, p. 288.

85. — (1) Le langage de Gaius ne laisse aucun doute à cet égard. Il définit la man-

Au lieu d'opérer l'échange d'objet contre objet (troc), on échange les choses contre une chose toujours identique, qui, à raison de certaines qualités est acceptée par tous comme commune mesure de la valeur. Les têtes de bétail, les peaux de bête, les pierres précieuses, les métaux les plus divers, fer, cuivre, argent et or, ont, suivant les époques et les pays, rempli cet office. Chez les premiers Romains, ce furent d'abord les têtes de bétail, *pecus*, et plus tard seulement le cuivre, *æs* (2). A partir de ce moment, la vente consista dans l'échange de la chose vendue contre un certain poids de métal remis par l'acheteur au vendeur. Mais, comme le métal employé dans les transactions circulait sous forme de lingots bruts, *æs rude*, il fallait, lors de chaque vente, procéder à un pesage. Telle fut la *mancipatio* primitive. Voilà pourquoi on y retrouve tout ce qui constitue une vente : la chose et le prix, la chose qui doit être immédiatement livrée à l'acheteur et qui, par conséquent, doit être appréhendée par lui, le prix qui doit être payé au vendeur. Pour qu'aucune difficulté ne pût s'élever au sujet du poids ou de la pureté du métal fourni, les parties avaient recours à un tiers, le *libripens*, sorte d'expert tenant une balance de cuivre, *libra ænea*, et sous la surveillance duquel s'opérait le pesage (3).

La physionomie primitive de la *mancipatio* s'altéra, lorsque les métaux précieux, au lieu d'être employés sous forme de lingots bruts, furent transformés en numéraire. Désormais on se servit comme monnaie de parcelles de métal de poids uniforme; ce poids, ainsi que la pureté du métal étant attestés au public par un signe apparent apposé au nom de l'État sur chaque pièce. Au système de l'*æs rude* succéda donc le régime de l'*æs signatum*, et plus tard s'introduisirent les pièces d'argent et d'or (G. I, 122; 1, pr. Dig., *De contr. emt.*, XVIII, 1, Paul). Il est évident qu'alors le pesage du métal devenait inutile et la présence du *libripens* superflue.

cipation : *imaginaria quædam venditio* (G. I, 113, 119). Si de son temps, la mancipation n'est qu'une vente fictive, c'est qu'elle fut autrefois une vente réelle. C'est l'application d'une loi générale de l'histoire des institutions et des idées. Ce qui n'est que fiction fut d'abord vérité.

(2) De *pecus* viendrait *pecunia* (Varro, *De ling. lat.*, V, 19, v° *Pecus*). Le taux des amendes, *multa*, s'évaluait encore sous la République en bœufs et moutons, les monnaies portèrent longtemps l'empreinte d'un animal, et le crime de détournement des deniers publics s'appela toujours *peculatus*.

(3) Gaius (I, 122) nous rapporte, avec sa précision habituelle, les motifs de l'emploi de la balance dans la *mancipatio*. Nous savons aussi par Festus (v° *Rodus*) et Varron (*De lingua latina*, V, 163), que le lingot était l'objet d'une sorte d'essayage grossier, après une interpellation adressée sans doute à l'acheteur par le vendeur, interpellation ainsi conçue : *raudusculo libram ferito*. A la suite de cette interpellation, l'acquéreur frappait la balance avec le lingot, *ære percutit libram* (G. I, 119).

Mais attachés aux anciens usages, les Romains conservèrent cette cérémonie qui n'était plus qu'un vain simulacre. C'est précisément le maintien de la pesée et de la remise du lingot, *æs*, qui fournit le moyen de faire de la mancipation un mode général de transfert de la propriété. Supposons, en effet, que pour s'acquitter d'une obligation préexistante ou accomplir une libéralité, une personne ait à transférer la propriété d'une chose. Elle n'aura qu'à la manciper à celui qu'elle en doit ou veut rendre propriétaire. Tout se passera comme s'il s'agissait effectivement d'une vente : l'acquéreur (créancier ou donataire) touchera la chose, prononcera les paroles solennelles et remettra à l'aliénateur (débiteur ou donateur), le lingot d'airain en guise de prix, mais sans opérer un paiement véritable. Le but que recherchait l'aliénateur est ainsi atteint : la propriété est transférée en exécution de l'obligation ou de la donation. Mais la véritable cause du transfert n'apparaît pas, elle est dissimulée. A sa place, on énonce une cause apparente, la vente, à laquelle on ne croit pas : *isque mihi emptus esto*. D'une vente réelle à pesée réelle, puis fictive, la mancipation est devenue une vente fictive, l'image d'une vente, *imaginaria quædam venditio* (G. I, 119). Ainsi transformée, elle sert désormais dans tous les cas où, en vertu d'une cause juridique quelconque, on veut transférer la propriété d'une *res Mancipi* (4). Telle est encore sa fonction à l'époque classique. Mais elle ne devait pas tarder à être remplacée par la tradition. En faisant disparaître toute différence entre les *res Mancipi* et *nec Mancipi*, Justinien supprima définitivement la mancipation (V. n° 89).

86. — *Pactes adjoints à la mancipation.* — L'usage immémorial ayant fixé les paroles à prononcer dans la *mancipatio* envisagée comme une vente au comptant, la formule en était arrêtée une fois pour toutes et ne comportait aucune des modifications que les circonstances pouvaient en bien des cas rendre nécessaires (1). On recourait alors à une convention, *pactum*, qu'on adjoignait à la mancipation. Cet acte additionnel ne participait aucunement à la solennité de l'acte principal et n'y pouvait participer puisqu'il ne

(4) Nous verrons d'ailleurs que la *mancipatio* était employée à transférer les servitudes prédiales rurales (V. n° 104) et nous rappelons qu'elle servait à constituer la *manus* et le *mancipium* (V. nos 38, 53).

86. — (1) Il y a une exception à faire pour le cas où le transfert a lieu *de tracta servitute* ou *de tracto usufructu* (V. nos 104, 109). Le formulaire de la mancipation admettait cette réserve de servitude au profit de l'aliénateur, car elle ne porte que sur le contenu de la chose mancipée. V. d'autres cas du même genre, d. Girard, *Manuel élém.*, p. 286.

faisait pas corps avec lui. Comme tous les pactes il était d'ailleurs dénué de force obligatoire. Le plus important de ces pactes adjoints est le *pactum fiduciæ* par lequel l'acquéreur s'engage à retransférer la propriété à l'aliénateur à des conditions arrêtées d'avance (V. n° 130).

L'in jure cessio.

87. — *Formes et applications de l'in jure cessio.* — L'*in jure cessio* consiste dans un procès fictif en revendication de la chose à aliéner. L'acquéreur et l'aliénateur s'étant au préalable mis d'accord, il ne s'agit plus que de faire valider leur convention par le magistrat. A cet effet, les parties se rendent devant lui, *in jure*. Là l'acquéreur feint d'être déjà propriétaire de la chose, il la revendique dans les termes solennels consacrés par l'antique procédure : *hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio*. A cette prétention l'adversaire n'oppose aucune contradiction. Son silence équivaut à un aveu, *confessio in jure*, en sorte que le magistrat n'a plus qu'à confirmer, *addicere*, la prétention de l'acquéreur, en déclarant que la chose appartient à celui-ci. En somme, il y a là de la part de l'ancien propriétaire un abandon de son droit, *cessio*, devant le magistrat, *in jure*, d'où le nom de *in jure cessio* (G. II, 24) (1).

Ces formes impliquent : 1° l'apport de la chose *in jure* (2) ; 2° la présence des parties et l'impossibilité de la représentation, car l'affirmation de l'acquéreur ne peut profiter qu'à lui, et l'adhésion d'un autre que l'aliénateur à la revendication fictive dirigée contre lui serait dépourvue de toute portée ; 3° la qualité de citoyen chez les deux parties (3) ; 4° l'impossibilité d'un terme ou d'une condi-

87. — (1) Ce caractère de procès fictif permet d'affirmer presque à coup sûr que l'*in jure cessio* n'a été imaginée d'abord que pour pouvoir tourner secrètement une prohibition légale, vraisemblablement la très vieille prohibition d'aliéner les *res mancipi*. Plus tard ce procédé détourné continua à être pratiqué ouvertement, à raison de ses avantages. C'est ainsi que les choses se sont passées pour l'affranchissement *vindicta* (V. n° 26).

(2) Pour les meubles, cela ne souffrait aucune difficulté, puisqu'ils sont, en général, assez commodément transportables. Pour les immeubles, il fallait se rendre sur les lieux. Plus tard, pour les immeubles et pour les meubles d'un transport difficile, on se contenta d'apporter un fragment de l'objet. On verra que cette simplification fut en effet admise pour l'action en revendication dont l'*in jure cessio* n'est que la copie (G. IV, 17).

(3) L'*in jure cessio* n'étant qu'une application simulée de l'antique procédure, *legis actio*, et celle-ci étant réservée aux seuls citoyens, il est logique que l'*in jure cessio* soit interdite aux étrangers. Gaius (II, 24), dit positivement de l'*in jure cessio* : *idque legis actio vocatur*. L'*in jure cessio* est donc un mode d'acquisition du *jus civile* (G. II, 65).

tion, l'*in jure cessio* faisant elle aussi partie des *actus legitimi*. A tous ces points de vue, l'*in jure cessio* ressemble à la *mancipatio*.

L'*in jure cessio* était au début le seul mode d'aliénation possible pour les *res nec Mancipi*, auxquelles ne pouvait s'appliquer la mancipation. Puis, la tradition vint faire ici concurrence à l'*in jure cessio* et elle dut être employée de préférence à raison de la simplicité de ses formes. L'*in jure cessio* pouvait servir pour le transfert des *res Mancipi*. Elle faisait donc théoriquement double emploi avec la *mancipatio*. Mais pratiquement la *mancipatio* était plus commode puisqu'elle n'exigeait pas la présence du magistrat. En sorte qu'à un moment donné le seul et exclusif domaine d'application de l'*in jure cessio* a été le transfert des choses incorporelles, notamment des servitudes (V. nos 104, 109). Mais dès qu'on eut admis la *quasi traditio* des servitudes (V. n° 104), l'*in jure cessio* perdit sa dernière raison d'exister. Il n'en est plus question sous Justinien.

La traditio.

88. — *Notion de la tradition.* — *Conditions pour qu'elle transfère la propriété.* — Au sens large, la tradition, *traditio*, *transdatio*, est la remise d'une chose à une personne, *accipiens*, par une autre personne, *tradens*. Ainsi envisagée, la tradition n'est ni un acte solennel, ni même un acte juridique. C'est la remise du *corpus*, simple fait matériel qui, en soi, est dépourvu d'effet. Seule l'intention des parties vient lui donner une portée et une efficacité de droit qu'il n'a pas par lui-même. Ainsi d'abord et si on remet le *corpus* sans abdiquer l'*animus*, la tradition n'est que la remise de la détention, et ne transfère ni la possession ni la propriété. On l'appelle alors *nuda traditio*. Mais lorsqu'on abdique en outre l'*animus*, la tradition a pour effet de faire acquérir la *justa possessio* à l'*accipiens*. Enfin, la tradition peut encore, lorsque certaines conditions se trouvent réunies, transférer, en même temps que la *justa possessio*, le droit de propriété lui-même.

Quatre conditions sont requises pour qu'il en soit ainsi. 1° Le *tradens* doit opérer la remise du *corpus* à l'*accipiens*. 2° Il faut que les deux parties aient l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir. 3° La chose doit être aliénable par voie de tradition. 4° Le *tradens* doit être propriétaire et capable d'aliéner, l'*accipiens* capable de devenir propriétaire. De ces quatre conditions, la dernière sera étudiée ultérieurement (V. n° 113). Pour la troisième, il suffit de noter que seules les choses corporelles sont susceptibles de tradition, puisque seules elles ont un *corpus*; à la condition qu'elles

soient *nec mancipi*, car la tradition appliquée aux *res mancipi* n'en transfère pas la propriété (G. II, 19) (1). Reste à parler des deux premières conditions.

1° Que le *corpus* doive être livré à l'acquéreur, cela va de soi. Cela est l'essence même de toute tradition. De la sorte, le transfert est comme matérialisé et rendu public. Cela suffit pour qu'on puisse ranger la tradition parmi les modes solennels de transfert. Mais les formalités sont réduites à leur minimum. On n'exige ni la solennité des paroles, ni la présence des parties ou des témoins, ni l'assistance du magistrat. Il faut et il suffit que l'abandon du droit de propriété se manifeste par un acte visible (2). Or cet acte, tous peuvent le faire, étrangers ou citoyens. La tradition est donc essentiellement un mode d'aliénation du *jus gentium*.

Comment s'effectuait la remise? Au début, on se montra fort rigoureux. On exigeait que la chose fût livrée matériellement par le *tradens* lui-même aux mains de l'*accipiens* en personne. Mais une série d'exceptions suggérées par les nécessités pratiques vint réduire en fait la règle à une pure prescription théorique. Cette transformation heureuse est exprimée nettement par Paul : *non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem sed etiam oculis et affectu* (1, § 21. Dig., *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2). Il suffit par exemple que le *tradens* ait mis la chose sous les yeux de l'*accipiens* (tradition dite *longa manu*), ou qu'il ait fourni à celui-ci le moyen de s'en emparer quand et comme il le voudra (remise des clefs d'un grenier, d'une cave) (3). On alla plus loin. On admit que le *corpus* pût être remis non par l'aliénateur, mais par un tiers en son nom (par son mandataire, son débiteur) (4). On décida également que le *corpus* peut rester aux mains du *tradens*, lequel continue à le garder comme dépositaire, locataire, et à n'être plus qu'un détenteur pour le compte de l'*accipiens* (constitut possessoire des interprètes). Enfin, on admit que le *corpus* déjà antérieurement reçu à titre de simple détention peut être gardé

88. — (1) Aussi Ulpien (*Reg.*, XIX, 7) définit-il la tradition : *propria alienatio rerum nec mancipi*.

(2) Il y a aussi une tradition dans la *mancipatio* et l'*in jure cessio*, car l'acquéreur se saisit de la chose en présence de l'aliénateur et sans protestation de sa part. Mais alors l'appréhension et l'abandon se font selon un certain rituel qui est absent de la tradition.

(3) La dénomination de tradition *longa manu* a été inspirée aux interprètes modernes par le langage de Javolenus (79. Dig., *De solut.*, XLVI, 3).

(4) Ici la tradition a lieu *brevi manu*, expression créée par les interprètes. Par une fiction destinée à éviter un circuit inutile, la chose est censée avoir été remise par le tiers au *tradens* et par celui-ci à l'*accipiens*.

désormais par le détenteur à titre de possesseur et de propriétaire (5).

2° La remise du *corpus* ne suffit pas à transférer la propriété. Ce simple fait matériel doit être complété par un élément intentionnel. Le *tradens* doit avoir la volonté d'aliéner, l'*accipiens*, la volonté d'acquérir. Cette intention réciproque existe également dans la *mancipatio* et l'*in jure cessio*, modes d'acquisition conventionnels comme la *traditio*. Mais les solennités de ces deux premiers modes sont telles que l'intention des deux parties s'y révèle d'une façon matérielle. L'acquéreur en effet s'affirme comme *dominus* en présence de l'aliénateur qui adhère implicitement à cette déclaration. Dans la tradition, au contraire, il n'y a aucune formalité destinée à exprimer effectivement l'intention des parties. La remise du *corpus* n'est qu'un fait susceptible de plusieurs interprétations, car il n'implique pas nécessairement l'idée d'un transfert de propriété, puisqu'il peut n'être que le transfert de la possession et même de la simple détention.

Mais si l'intention n'apparaît pas dans l'acte, elle n'en est pas moins nécessaire. Où donc en trouver la justification, comment, le cas échéant, en faire la preuve? En se reportant au fait juridique, au *negotium juris*, antérieur à la tradition et dont celle-ci n'est en somme que la mise à exécution. Il est évident, en effet, que si le propriétaire aliène c'est qu'il y a entre lui et l'acquéreur un rapport de droit préexistant qui rend ce transfert nécessaire. C'est ce rapport qui en est la raison déterminante, la cause, *justa causa*, comme l'appellent les textes : *nunquam nuda traditio transfert dominium sed ita si venditio aut aliqua justa causa præcesserit propter quam traditio sequeretur* (31, pr. Dig., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1, Paul; G., II, 20) (6). Ce pourra donc être une vente, un échange, un contrat quelconque engendrant l'obligation de transférer la propriété, une donation, une constitution de dot (7).

(5) Les interprètes parlent ici de tradition feinte. Le *corpus* est censé avoir été remis par l'*accipiens* au *tradens* et restitué par ce dernier.

(6) Il y a également dans la *mancipatio* et l'*in jure cessio* une *justa causa* distincte du transfert et qui reste isolée de lui. Dans la mancipation elle se dissimule derrière une *causa* fictive, derrière une vente imaginaire. Dans l'*in jure cessio* il n'en est pas même fait mention.

(7) La pure doctrine romaine se garde bien de confondre l'intention avec la *causa*. Obéissant ici à une tendance qui lui est naturelle, elle ne considère que l'acte en soi et l'isole de sa cause (V. n° 138). Aussi admet-elle le transfert même en l'absence d'une cause (soit que les parties aient cru par erreur à son existence, soit qu'elles n'aient pas été d'accord sur la cause). Elle va même jusqu'à accepter la validité d'un transfert fondé sur une *causa non justa*. Ulpien (18, pr. Dig., *De reb. cred.*, XII, 1) semble avoir résisté à cet entraînement. Son opinion paraît être restée isolée. Il résulte de là que la condition exigée pour la validité de la tradition est l'*animus* et non la *justa causa*. Adde : Girard, *Manuel élém.*, pp. 291, 292.

89. — *De la tradition dans le dernier état du droit.* — La tradition translative ne s'appliquait d'abord qu'aux *res nec Mancipi*. Et encore, sur ce terrain restreint, l'*in jure cessio* pouvait lui faire concurrence. Deux causes étendirent son champ d'application et firent d'elle l'unique mode de transfert conventionnel, applicable à toute chose. D'une part, l'*in jure cessio*, peu pratique, cessa d'être employée (V. n° 87). D'autre part, si la tradition d'une *res Mancipi* ne conférait qu'un droit réel prétorien, l'*in bonis habere*, ce droit imparfait, différent du *dominium*, tendit de plus en plus à se confondre avec lui (V. n° 111). Sous Justinien la fusion est achevée. En abolissant la distinction des *res Mancipi* et *nec Mancipi* il ne fit que confirmer cette transformation lentement préparée avant lui. La tradition transfère désormais la propriété de toute chose pourvu qu'elle soit corporelle. On a vu d'ailleurs quelles facilités avaient été données pour la remise du *corpus* (V. n° 88). Mais, si simplifiée qu'elle puisse être, la tradition reste toujours nécessaire. Le principe ancien qui exclut le transfert par l'effet du seul accord des parties est encore debout dans le dernier état du droit (V. n° 83). Il ne disparaîtra qu'avec le Code civil (art. 1138, 1582, C. civ.).

L'usucapion.

90. — *Modes dérivés non conventionnels. Usucapion et præscriptio longi temporis. Notions générales.* — L'usucapion est un mode d'acquérir la propriété par la continuation de la possession pendant un certain laps de temps : *dominii adeptio per continuationem possessionis* (Ulp., *Reg.*, XIX, 8). Comme la tradition, ce mode d'acquisition est fondé sur l'acquisition préalable de la possession. Mais, tandis que dans la tradition le transport de la propriété est immédiat, c'est-à-dire concomitant avec l'acquisition de la possession, dans l'usucapion il se fait attendre pendant un temps plus ou moins long. Il n'y a d'abord que la possession d'acquise, parce qu'un obstacle empêche l'acquisition immédiate de la propriété. Mais à la suite d'une sorte de temps d'épreuve, il semble utile de ne pas s'arrêter davantage à cet obstacle, et la possession se transforme alors en propriété. C'est cette conversion de la possession en propriété qui constitue à proprement parler, le mode d'acquisition du droit civil appelé *usucapio*, ou acquisition par l'effet de l'usage, *usu capio*.

La possession continuée pouvait aussi, sans conduire à l'acquisition de la propriété, fournir uniquement au possesseur le moyen de repousser les attaques dirigées contre sa possession par ceux

qui se prétendaient propriétaires. L'effet de la continuation de la possession, quoique moins complet, est donc encore ici fort important. C'est le droit prétorien qui a créé ce moyen purement défensif, auquel il a donné le nom de *præscriptio longi temporis*.

Entre les deux institutions, il s'est opéré à la longue des emprunts réciproques, qui ont amené sous Justinien la transformation de l'usucapion et la disparition de la *præscriptio longi temporis*.

De l'usucapion dans le droit civil ancien et dans le droit classique.

91. — *Cas d'application de l'usucapion.* — L'usucapion, déjà connue à l'époque des XII Tables, fonctionne aux temps classiques dans deux cas différents (G. II, 41, 42, 43).

1° Elle transforme la possession du possesseur qui n'a que l'*in bonis habere* en *dominium ex jure quiritium*. Pour comprendre la raison d'être de cette fonction de l'usucapion, raisonnons sur l'hypothèse déjà signalée, où l'*in bonis habere* est la conséquence de la tradition d'une *res Mancipi* (V. n° 89) (1). Si, en pareil cas, le *dominium* n'est pas transféré, cela tient à ce que la chose est *res Mancipi*. Mais lorsqu'on eut compris combien étaient gênantes les formalités du transfert solennel, l'usucapion fut acceptée comme un moyen de les éviter. Le droit civil admit que si la chose livrée était restée un temps assez long en possession de l'*accipiens*, le droit de celui-ci deviendrait parfait, d'imparfait qu'il était d'abord, *pleno jure incipit tua res esse*. La possession ayant subi l'épreuve du temps assurait au possesseur un droit complet sur la chose et la propriété qui n'avait pu être acquise, *manu capta*, en même temps qu'elle, se trouvait avoir été conquise grâce à elle, *usu capta* (G. II, 41).

2° L'usucapion convertit en propriété quiritaire la possession reçue *a non domino* (2). On suppose qu'une chose, *Mancipi* ou *nec Mancipi*, a été livrée par tradition, alors que le *tradens* n'en était pas propriétaire. Il est évident que le défaut de droit du *tradens* empêche l'acquisition de la propriété. Il n'est pas impossible pourtant que l'*accipiens* devienne propriétaire. Si sa possession réunit certains caractères et se prolonge pendant un temps déterminé, elle se transformera en propriété par usucapion (G. II, 43). Cette transformation peut paraître ici plus difficile à justifier. Dans le

91. — (1) Les considérations données au texte expliquent également l'acquisition de la propriété par usucapion dans les autres hypothèses d'*in bonis habere* (V. n° 111).

(2) On peut dire que l'usucapion rend le titre du possesseur indépendant de la validité du titre de celui de qui il tient la chose (*auctor*). Le possesseur n'a d'autre garantie (*auctoritas*) que la prolongation de sa possession. C'est pourquoi l'usucapion est appelée par la loi des XII Tables : *usus auctoritas*. Cicéron, *Top.*, 4.

premier cas d'usucapion, en effet, le propriétaire a volontairement abdiqué une partie de ses droits : s'il vient ensuite à les perdre tous, c'est qu'il l'a bien voulu. Dans la seconde hypothèse, le véritable propriétaire est semble-t-il dépouillé à son insu. Mais il est infiniment probable qu'un tel accident ne saurait se produire que par sa faute ; il aurait dû surveiller sa chose et la revendiquer en temps utile : il n'est victime que de sa négligence. Cette conséquence, fâcheuse peut-être, de l'usucapion, est loin de contrebalancer les importants secours que le propriétaire même peut trouver dans cette institution. Le propriétaire, on l'a vu plus haut, est souvent dans l'impossibilité de prouver son droit : il se trouve alors exactement dans la situation d'un possesseur qui tiendrait la chose d'un non propriétaire. L'usucapion, abstraction faite de ses autres droits, le met à l'abri des contestations qui, sans ce titre additionnel, pourraient menacer incessamment sa sécurité (3). En définitive, elle joue le même rôle que la possession ; elle épargne au vrai propriétaire une preuve devant laquelle il échouerait presque à coup sûr et lui assure une protection sans laquelle son droit pourrait être trop facilement mis en péril (V. n° 77). Elle pourra accidentellement, il est vrai, profiter à un *non dominus*, au détriment du propriétaire véritable ; mais ce dernier ne pourra s'en plaindre, car s'il est dépouillé c'est par sa faute (4).

92. — Conditions de l'acquisition par usucapion. — Ce que le droit civil, déjà développé, tente de protéger par l'usucapion, c'est une possession pure de vices, exempte de tares dès son origine et consolidée par l'effet du temps. De là, quatre conditions requises pour l'acquisition par usucapion : 1° la possession doit avoir été acquise *ex justa causa* ; 2° elle doit avoir été reçue de bonne foi ;

(3) Telle est la justification que donnent de l'usucapion les textes de l'époque classique : *Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarumdam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium* (1. Dig., *De usurp. et usuc.*, XLI, 3. Gaius ; G. II, 44). Déjà Cicéron, *Pro Cæc.*, 26, exalte les bienfaits de l'usucapion qu'il appelle : *finis sollicitudinis ac periculi litium*.

(4) Il est très probable que cet avantage de l'usucapion n'a pas dû se révéler tout d'abord. L'usucapion n'a été au début, semble-t-il, qu'une mesure de protection en faveur du possesseur sans titre, qu'il fût de bonne ou de mauvaise foi. On finit par restreindre ensuite l'application de l'usucapion au cas où la possession n'était pas entachée du vice de violence, clandestinité ou précarité, pour exiger ensuite la bonne foi et le juste titre. C'est alors qu'on s'aperçut que les propriétaires, loin d'avoir à la redouter trouvaient en elle leur plus sûre sauvegarde. Un phénomène de ce genre s'est produit dans la théorie de la protection possessoire (V. n° 77). V. sur cette évolution de la notion de l'usucapion, Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, p. 171 ; Girard, *Manuel*, p. 302.

3° elle doit avoir duré le laps de temps requis; 4° la chose doit être susceptible d'usucapion (1). Trois conditions seulement sont exigées lorsqu'il s'agit de convertir l'*in bonis* en *dominium* (premier cas d'application de l'usucapion). Ici, en effet, on n'exige pas la bonne foi de l'*accipiens*, la *justa causa* en tient lieu.

1° *Justa causa*. — Il faut que la possession ait été acquise *ex justa causa*. On entend par là un acte juridique antérieur à la prise de possession et qui la légitime (2). Cet acte peut émaner de l'accord des deux parties, être une vente, une donation, une constitution de dot, cas auquel l'usucapion a lieu au titre *pro emptore, pro donato, pro dote* (3). Ce peut être aussi un fait juridique qui, sans supposer un accord entre le *tradens* et l'*accipiens*, équivaut à une convention, comme le legs (usucapion au titre *pro legato*), un jugement (usucapion au titre *pro judicato*). Enfin, on peut encore considérer comme *justa causa* la décision du magistrat quand il envoie l'*accipiens* en possession et lui confère l'*in bonis habere* (4).

2° *Bonne foi*. — La possession prolongée ne conduit à l'usucapion que si elle a été reçue de bonne foi, c'est-à-dire par un *accipiens* ayant cru que le *tradens* était propriétaire et qu'il avait capacité pour aliéner (G. II, 43). La bonne foi est nécessaire au moment où l'*accipiens* entre en possession. Mais elle n'a pas besoin d'exister à un autre moment. De là deux conséquences : 1° Elle n'est pas nécessaire avant l'entrée en possession, et spécialement au moment où se produit la *justa causa*. C'est ainsi que, si on se fait promettre la chose d'autrui sachant qu'elle est à autrui, on sera de

92. — (1) Mais ces exigences sont, on l'a vu, d'époque relativement récente (V. n° 91, note 4). Autrefois, il n'y avait qu'une seule condition pour l'acquisition par usucapion : la possession prolongée.

(2) Les textes les plus anciens appellent *justa causa* l'acte qui légitime la prise de possession (33, § 3. Dig., *De usurp. et usuc.*, XLI, 3. Julian.). Mais dans un langage plus récent il est appelé *justus titulus*, expression d'où a été tirée notre dénomination moderne : juste titre.

(3) On voit que, quand la *justa causa* est un acte conventionnel, elle ne se distingue en aucune façon de la *justa causa* de la tradition. Il n'en saurait d'ailleurs être autrement. Car l'usucapion suppose une tradition préalable de la chose. Cette tradition suppose une *justa causa* et serait translatrice de propriété s'il n'y avait pas un obstacle provenant du défaut de solennité du transfert (premier cas d'usucapion), ou du défaut de droit du *tradens* (deuxième cas d'usucapion).

(4) La croyance à l'existence d'une *justa causa* ne peut tenir lieu de cette *justa causa*. Telle est l'opinion qui a prévalu dans le dernier état du droit. Elle est consacrée par Justinien (§ 11. Inst., *De usuc.*, II, 6). On la formule habituellement en disant que le juste titre putatif ne peut servir de base à l'usucapion. Rien n'est plus rationnel, car si la seule croyance au titre est jugée suffisante, autant dire que le titre n'est pas nécessaire. Mais à l'époque où la théorie définitive était en voie de formation, alors que la *causa* était encore un élément de la bonne foi, la croyance à une *justa causa* a pu être jugée suffisante.

bonne foi si, au jour de la tradition, on a cru que le *tradens* en avait acquis la propriété (5). 2° La bonne foi n'a pas besoin de persister pendant tout le temps que dure la possession. Il suffit qu'elle existe au moment initial. Le possesseur en voie d'usucaper continuera donc l'usucapion commencée, bien qu'il vienne à apprendre le défaut de droit ou l'incapacité d'aliéner du *tradens*.

La bonne foi ne doit pas être confondue avec la *justa causa* (6). Elle n'est qu'une opinion, une croyance du possesseur dans la légitimité des droits qu'on lui transfère. La *justa causa* est un fait juridique indépendant de cette croyance, et qui souvent sera de nature à la faire naître dans l'esprit du possesseur ou à l'y confirmer. Car il est naturel que celui-ci croie à la légitimité de son acquisition quand il voit son prédécesseur conclure avec lui les actes de droit destinés à la parfaire. La bonne foi est donc toujours présumable, du moment qu'il y a *justa causa* et c'est pour cela qu'elle est toujours présumée. C'est au propriétaire qui revendique à prouver que le possesseur est de mauvaise foi et ne peut usucaper (7).

3° *Prolongation de la possession*. — La possession devait avoir duré pendant un certain laps de temps fixé, depuis la loi des XII Tables, à deux ans pour les immeubles, à un an pour les meubles (G. II, 42). Si, avant ce moment, la possession venait à être perdue par l'*accipiens*, il y avait interruption de l'usucapion, *usurpatio*, et le possesseur perdait le bénéfice de sa possession antérieure. Venant à recouvrer la possession, il devait recommencer une usucapion nouvelle, pour laquelle il lui fallait de nouveau la double condition de la *justa causa* et de la bonne foi. Le droit romain ne reconnaissait que cette espèce d'interruption de l'usucapion, qu'on appelle aujourd'hui interruption naturelle. Il n'admettait pas l'interruption dite civile, qui provient d'une demande en justice dirigée contre le possesseur (8).

(5) Le titre *pro emptore* fait exception à cette règle. En cas de vente, la bonne foi est exigée au moment même de la vente.

(6) C'est pour cela que, dans la théorie définitivement assise, la croyance au titre ne peut tenir lieu du titre (V. note 4 ci-dessus). L'inadmissibilité d'un titre putatif prouve bien que le juste titre est devenu une condition de l'usucapion, distincte de la bonne foi.

(7) La bonne foi n'est pas exigée lorsqu'il s'agit du premier cas d'application de l'usucapion. Ou bien l'*in bonis habere* dérive d'un acte du magistrat, et la *justa causa* tient lieu de bonne foi. Ou l'*in bonis habere* est le résultat de la tradition d'une *res mancipi*, alors la tradition est faite par le propriétaire lui-même, et la nécessité d'usucaper provenant uniquement du défaut de solennité du transfert, la condition de bonne foi n'a aucune raison d'être.

(8) Il résulte de là que le possesseur actionné en revendication n'en continuait pas moins à usucaper. Mais cette usucapion qui s'accomplissait *inter moras litis* n'empêchait pas le revendiquant de triompher, pourvu qu'au jour de la *litis contestatio* l'usucapion ne fût pas encore accompli.

Il n'était pas nécessaire que la possession eût été continuée par la même personne pendant le laps de temps requis. Afin de ne pas enlever à l'usucapion la plus grande partie de son utilité, on fut amené à décider que le possesseur actuel pouvait réunir à sa possession celle de son auteur, comme si la chose n'avait pas, en réalité, changé de mains. Cette réunion, ou jonction des possessions, était appelée : *continuatio possessionis* ou *accessio possessionum*, selon qu'elle avait lieu au profit d'un successeur universel ou d'un successeur à titre particulier (9).

Quatrième condition : Chose susceptible d'être usucapée. — L'usucapion s'applique à toutes les choses corporelles faisant partie du patrimoine. Néanmoins elle pouvait être rendue impossible par une circonstance tenant soit à la condition juridique de la chose, soit à un vice de celle-ci, soit à la personne du propriétaire que l'usucapion va priver de son droit de propriété.

1° La condition juridique de la chose fait obstacle à l'usucapion lorsqu'il s'agit de choses non susceptibles de propriété quiritaire, comme par exemple les fonds provinciaux (G. II, 46).

2° Les vices qui empêchaient l'usucapion étaient ceux de vol et de violence. La loi des XII Tables, dont la décision fut confirmée et complétée par une loi *Atinia*, défendait l'usucapion des choses volées, meubles ou immeubles (G. II, 45; § 2. Inst., *De usuc.*, II, 6). Mais lorsqu'on eut admis que la notion de vol était inapplicable aux immeubles, il fallut protéger la propriété immobilière contre les déprédations violentes. Aussi une loi *Plautia* renouvelée sous Auguste par la loi *Julia de vi* interdit l'usucapion des immeubles occupés par violence. Remarquons que la prohibition d'usucaper les *res furtivæ* ou *vi possessæ* ne s'adresse en réalité ni au voleur, ni à l'auteur de la violence (10). Les principes généraux suffirent pour leur interdire l'usucapion, car la bonne foi et la *justa causa*

(9) La nature et les effets de la jonction des possessions sont différents dans les deux cas. Dans le cas de *continuatio possessionis*, la possession du successeur n'est, le mot même l'indique, que la continuation de celle de l'auteur décédé. Aussi n'a-t-elle par elle-même aucune valeur propre; elle reste ce qu'était la possession de l'auteur, efficace ou sans force. Ainsi on continue, même étant de mauvaise foi, la possession acquise de bonne foi par l'auteur, et, en sens inverse, le possesseur, malgré sa bonne foi personnelle, ne peut pas profiter de la possession acquise de mauvaise foi par son auteur. Dans le cas d'*accessio possessionum*, les deux possessions s'ajoutent simplement quant à la durée. Mais la seconde possession reste indépendante de la première à tous autres égards, et le successeur doit être lui-même de bonne foi pour pouvoir continuer la possession de son auteur (§§ 12, 13. Inst., *De usucap.*, II, 6).

(10) Alors que la bonne foi n'était pas requise comme condition de l'usucapion, la prohibition ne visait que le voleur. Ce ne fut que plus tard qu'on l'étendit à tous les acquéreurs successifs et qu'on reconnut qu'elle ne concernait pas le voleur lui-même. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit*, p. 182.

leur font défaut. L'impossibilité d'usucaper atteint donc ici uniquement les tiers acquéreurs, c'est-à-dire ceux qui auront reçu d'eux tradition de la chose, même de bonne foi et en vertu d'une *justa causa* (G. II, 49) (11).

3° Certaines choses ne sont pas susceptibles d'usucapion à raison de la condition juridique de leur propriétaire, par exemple les *prædia rustica vel suburbana* des pupilles ou des personnes en curatelle. Ces immeubles n'étant aliénables qu'exceptionnellement, il faut les considérer comme non susceptibles d'usucapion, sinon il suffirait pour tourner la prohibition de faire tradition à un acquéreur de bonne foi qui deviendrait propriétaire par la voie de l'usucapion (V. n° 59).

Effets de l'usucapion. — Lorsque toutes ces conditions sont réunies, le possesseur peut se dire propriétaire (12). Il a acquis le *dominium*, et il le tient non de l'assentiment de l'ancien propriétaire, mais de la loi qui convertit sa possession prolongée en propriété. C'est dire que l'usucapion est un mode d'acquisition du *jus civile*, non conventionnel. Cependant, la propriété n'est acquise qu'avec les charges réelles dont elle était grevée entre les mains du propriétaire précédent. L'usucapion fait donc partie des modes d'acquisition dérivés.

De la *præscriptio longi temporis*.

93. — *Notion de la præscriptio longi temporis. Conditions auxquelles elle peut être opposée.* — L'usucapion avait un champ d'application fort restreint. Par elle, en effet, on acquérait le *dominium*. Elle était donc inapplicable aux possesseurs de fonds provinciaux et aux pérégrins (G. II, 46, 65). Si prolongée que fût leur possession, elle ne pouvait se consolider par l'effet du temps et se convertir en propriété quiritaire. Mais le droit honoraire avait

(11) Le vice de la chose s'effaçait, était purgé, lorsque le propriétaire dépossédé était rentré en possession, sachant qu'il reprenait sa chose.

(12) Ni *justa causa*, ni bonne foi, ne sont exigées dans l'*usucapio pro herede* et dans l'*usureceptio* (G. II, 52-61). Ces cas particuliers d'usucapion peuvent, dans la théorie définitive, paraître des déformations anormales de l'institution. En réalité, ce sont des vestiges de l'antique théorie signalée plus haut (V. n° 91, note 4). L'*usucapio pro herede* permettait à toute personne qui s'emparait d'une succession ou de la majeure partie des biens de celle-ci, de devenir propriétaire au bout d'un an, des choses corporelles appréhendées par elle. C'était un moyen imaginé pour contraindre les héritiers à accepter et à ne pas récuser la charge des *sacra*. L'*usureceptio (ex fiducia)* supposait qu'un individu avait repris de sa propre autorité une chose aliénée par lui, *fiduciæ causa* à titre de dépôt ou de gage. Au bout d'un an, il en redevenait propriétaire (V. n° 130).

admis au profit de ces personnes un droit réel, analogue au droit de propriété, et qu'on désigne sous le nom de propriété prétorienne (V. n° 111). Or, il pouvait arriver que le possesseur ne tint pas ses droits du propriétaire prétorien véritable. Il se trouvait donc exposé à tout moment à une éviction de la part de ce dernier. Il perdait ainsi les avantages d'une très longue possession, acquise en vertu d'une juste cause et de bonne foi. Il y avait là une situation aussi digne d'intérêt que celle qui jadis avait justifié l'institution de l'usucapion au profit du possesseur recevant une chose *a non domino*. Mais ce n'était pas seulement le possesseur de bonne foi qu'on devait protéger. Le vrai propriétaire prétorien lui-même pouvait se trouver comme le *verus dominus* dans l'impossibilité de faire la preuve de son droit. Il était juste de l'autoriser à invoquer le bénéfice d'une possession commencée de bonne foi en vertu d'une *justa causa* et prolongée pendant un assez long temps. Il ne faut donc pas s'étonner si les conditions exigées du possesseur sont calquées sur celles qui sont requises pour l'usucapion : acquisition *ex justa causa*, bonne foi de l'*accipiens*, une chose non viciée, prolongation de la possession. Toutefois, la durée de la possession n'est pas la même. Peut-être variable à l'origine suivant chaque province, elle finit par être fixée d'une façon uniforme à dix ans entre présents et vingt ans entre absents, sans distinction entre les meubles et les immeubles⁽¹⁾. On exigeait un délai beaucoup plus long que dans l'usucapion, *longum tempus*. L'usucapion, en effet, avait été faite au début pour une population agglomérée sur un territoire peu étendu. Le propriétaire avait donc toute facilité pour surveiller sa chose. C'était assez de deux ans ou d'un an pour la réclamer au possesseur. D'ailleurs, la théorie de la jonction des possessions était applicable ici comme dans l'usucapion. Elle compensait ce que la durée du délai pouvait avoir d'excessif.

94. — *Effets de la præscriptio longi temporis.* — Ce fut le droit honoraire qui garantit ici le possesseur contre les attaques dont sa longue possession pouvait être l'objet. La protection qu'il lui accorda n'eut pas tout d'abord des effets aussi pleins que ceux que l'usucapion assurait au possesseur dans des circonstances identiques. Il eût fallu pour cela que, par l'effet de la possession prolongée, le possesseur fût reconnu propriétaire prétorien. Cet effet

93. — (1) Par présents, il faut entendre le possesseur et le propriétaire ayant leur domicile dans la même province; par absents, les mêmes personnes ayant leur domicile dans des provinces différentes. Mais le sens de ces expressions ne paraît avoir été définitivement fixé qu'à l'époque de Justinien.

acquisitif ne rentrait pas dans les procédés familiers au droit honoraire. Les magistrats ne créent pas des droits. Ils donnent des moyens pratiques de défendre des situations acquises. Il parut dès lors suffisant de donner au possesseur un moyen défensif, sous la forme d'une fin de non-recevoir, contre l'action intentée tardivement par celui qui se prétendrait vrai propriétaire. Cette fin de non-recevoir figurait en tête de la formule d'action délivrée par le préteur au propriétaire. De là le nom de *præscriptio*, mot vague ne signifiant que *écrit en tête*, mais dont le sens fut déterminé par les mots *longi temporis*, qui permirent de distinguer la *præscriptio* dont nous nous occupons, des autres *præscriptiones* alors usitées dans la procédure. Mais, à partir du moment où toutes les *præscriptiones* invoquées par le défendeur (*præscriptiones pro reo*) furent transformées en exceptions, la place de la *præscriptio longi temporis* ne fut plus en tête de la formule (V. n° 281). Cette dénomination n'avait donc plus aucun sens et aurait dû être abandonnée (1). On continua néanmoins à s'en servir, même après la disparition du système formulaire, et c'est ainsi que par une fortune singulière, le mot *præscriptio* a survécu et a fini par supplanter celui si bien fait d'usucapion. Aujourd'hui encore, on appelle prescription l'acquisition de la propriété par l'effet de la possession prolongée.

Les droits du possesseur étaient loin d'être aussi pleinement garantis par la *præscriptio* que par l'usucapion. Cela tenait précisément à ce que la *præscriptio* n'était qu'une fin de non-recevoir, permettant seulement au possesseur de paralyser l'action qu'on intentait contre lui pour reprendre la chose. De là des différences entre la *præscriptio* et l'usucapion. 1° Si, après l'expiration du *longum tempus*, le possesseur venait à perdre la possession, il n'avait pas d'action pétitoire qui lui permît de la recouvrer, tandis qu'en cas d'usucapion il avait l'action en revendication. 2° Semblable en cela à toutes les exceptions, la *præscriptio* devait, pour pouvoir être invoquée devant le juge, avoir été proposée *in jure*. Si donc le défendeur avait négligé de demander au magistrat l'insertion de la *præscriptio* dans la formule, il ne pouvait plus invoquer sa longue possession devant le juge. C'est le contraire pour l'usucapion qui est un moyen de défense direct, une contradiction de la prétention du demandeur (2).

94. — (1) Aussi voyons-nous Ulpien appeler de son vrai nom le moyen défensif donné au possesseur : *exceptio longi temporis* ou *longæ possessionis* (5, § 1. Dig., *De div. temp.*, XLIV, 3).

(2) Une troisième différence doit être signalée. Si le possesseur était actionné avant

De l'usucapion à l'époque de Justinien.

95. — *Disparition de la præscriptio longi temporis. Sa fusion avec l'usucapion.* — Il s'est passé ici un phénomène qu'on peut observer à propos des autres innovations honoraires. La *præscriptio* ne devait pas faire disparaître l'institution plus ancienne, à l'insuffisance de laquelle elle remédiait. Elle la doubla simplement, en sorte que chacune d'elles eut son existence propre et son cours parallèle jusqu'au moment où elles se fondirent en une institution unique. A partir d'une époque qu'on ne peut préciser, on pensa qu'il ne suffisait pas de donner au possesseur une exception, et on lui accorda une action en revendication utile. Dès lors, la *præscriptio* changea de caractère. De simple voie défensive, elle devint, à l'égal de l'usucapion, un mode d'acquérir sinon la propriété quiritaire, du moins la propriété prétorienne. Cette innovation rapprochait singulièrement l'une de l'autre deux institutions, qui avaient déjà tant de points de ressemblance. Si l'on ajoute qu'à partir de Caracalla il n'y eut plus que des citoyens, et qu'à mesure qu'on s'approchait des temps de Justinien, toute différence tendait à s'effacer entre les fonds italiques et les fonds provinciaux, on comprendra sans peine que, sous ce prince, la *præscriptio* ait disparu comme institution distincte, et qu'il ait opéré entre elle et l'usucapion une fusion dont il reste à exposer les résultats.

Ses réformes peuvent se résumer ainsi : 1° L'usucapion n'a plus lieu qu'au cas de tradition *a non domino*; sa première fonction ayant nécessairement disparu avec la distinction désormais supprimée des *res Mancipi* et *nec Mancipi*. Lorsqu'il s'agit d'immeubles, l'usucapion s'accomplit quelle que soit la condition du fonds, c'est-à-dire sans qu'il y ait à distinguer les fonds italiques des fonds provinciaux. 2° L'usucapion exige toujours les mêmes conditions qu'autrefois : *justa causa*, bonne foi, absence de vices de la chose, durée de la possession (1). Mais le délai est changé. Il est fixé à trois

d'avoir achevé le *longum tempus* exigé par le droit honoraire, il ne pouvait se prévaloir de la *præscriptio* devant le juge, alors même que le délai requis se serait parachevé durant l'instance, mais après la *litis contestatio*. Le juge, en effet, ne peut accueillir une exception que si le bénéfice en est acquis au défendeur dès la *litis contestatio*. Or, par hypothèse, le délai de la *præscriptio* n'était pas encore acquis à ce moment. L'instance dirigée contre le possesseur produit donc ici interruption de la possession. C'est l'interruption dite civile qui n'a pas lieu, on l'a vu, au cas d'usucapion (V. n° 92, note 8).

95. — (1) A côté de l'usucapion on trouve encore, à cette époque, la *præscriptio longissimi temporis vel XXX annorum*, moyen de défense donné au possesseur trentenaire pour repousser l'action en revendication intentée contre lui. Cette prescription libératoire de l'action est très avantageuse au possesseur que sa mauvaise foi ini-

ans pour les meubles, à dix ans ou vingt ans pour les immeubles, comme dans l'ancienne *præscriptio longi temporis*. 3° L'usucapion est un mode d'acquisition de la propriété; par suite, elle donne droit soit à un moyen de défense, soit, en cas de dépossession, à l'action en revendication.

Ainsi disparut la *præscriptio longi temporis* remplacée par l'usucapion. Mais l'usucapion de Justinien n'est plus l'usucapion ancienne, c'est une usucapion transformée par des éléments empruntés à la *præscriptio* (1. Cod., *De usucap. transf.*, VII, 31). Elle retient le vieux nom d'*usucapio*. Toutefois, à l'égard des immeubles, comme on exigeait le *longum tempus* du droit prétorien, on continua à se servir de l'expression *præscriptio longi temporis*.

L'adjudicatio.

96. — L'*adjudicatio* suppose une action en justice intentée en vue de partager une chose indivise (action en partage) ou en vue de délimiter deux fonds voisins (action en bornage). Le juge y est investi d'un pouvoir spécial. Il peut faire l'*adjudicatio*, c'est-à-dire qu'il a le droit d'attribuer la propriété à l'une quelconque des parties (Ulp., *Reg.*, XIX, 16).

1° L'action en partage est destinée à mettre fin à l'état d'indivision. On a vu plus haut que plusieurs personnes peuvent être propriétaires en commun d'une seule et même chose (V. n° 75). Chacune d'elles a alors un droit égal à chacune des parties de la chose, et par suite aucune d'entre elles n'a sur la chose ou les parties de celle-ci un droit exclusif et absolu. Aussi est-il de principe qu'aucun des copropriétaires ne peut, sans le consentement de tous les autres, disposer de la chose commune ou accomplir sur elle aucun acte de maître. Cet état d'indivision, *communio*, est donc une source permanente de conflits entre les copropriétaires, et c'est pour y mettre fin que l'on procède au partage (1). La chose commune est alors attribuée par parts égales à chacun des copropriétaires, ou si elle n'est point commodément partageable, elle est

tiale, l'absence de titre ou les vices de la chose, n'autorisent pas à invoquer l'usucapion. Mais il n'y a là, après tout, que l'application de la règle introduite par Théodose II, en vertu de laquelle toutes les actions se prescrivent par trente ans. *Adde*, Girard, *Manuel élément.*, pp. 299, 300.

96. — (1) *Discordias quas materia communionis solet excitare* (77, § 20. Dig., *De legat.*, II°, XXXI, Papin.). Aussi, le partage peut-il être demandé à toute époque, par l'un quelconque des propriétaires, nul n'étant tenu de rester malgré lui dans l'indivision (5. Cod., *Comm. divid.*, III, 37) (V. art. 815, C. civ.).

adjudgée tout entière à l'un d'entre eux, sauf à ce dernier à indemniser ses copropriétaires par le paiement d'une somme d'argent. Le partage peut avoir lieu ainsi d'un commun accord, auquel cas on le réalise au moyen de transferts de propriété que les copropriétaires se font réciproquement par voie de mancipation ou de tradition. Mais lorsqu'ils ne sont pas d'accord, ils peuvent procéder par voie judiciaire. Chacun a en effet le droit d'intenter contre les autres l'action en partage : *actio familiæ herciscundæ*, lorsque l'indivision provient d'une hérédité à laquelle plusieurs personnes sont appelées en commun ; *actio communi dividundo* lorsque l'indivision s'est établie à la suite de toute autre cause, acquisition faite en commun, ou société formée entre les parties (2).

Le juge des actions *familiæ herciscundæ* et *communi dividundo* recevait la mission de mettre fin à l'indivision (3). A cet effet, il pouvait procéder par *adjudicatio*, soit en attribuant à chacun des copropriétaires une part divisée de la chose, soit en adjugeant la propriété entière à un seul des copropriétaires, sauf l'indemnité à fournir aux autres par ce dernier. Celui qui devient ainsi propriétaire exclusif d'une part divisée ou de toute la chose, était déjà, avant l'*adjudicatio*, propriétaire d'une portion de ce qui lui est adjudgé. A cet égard, l'*adjudicatio* ne change rien au droit qu'il avait. Mais elle le complète, en lui faisant acquérir la part de ses copropriétaires, dont il devient l'ayant-cause. Aussi, est-il obligé de supporter les charges réelles dont ses copropriétaires ont grevé leurs parts. L'*adjudicatio* est donc un mode d'acquisition dérivé. D'autre part, comme elle est imposée aux parties par le juge, on ne peut pas la considérer comme un mode d'acquisition conventionnel.

2° Quant à l'action en bornage, *actio finium regundorum*, elle tendait à la délimitation de deux fonds ruraux contigus. Son but était donc d'obtenir, avant tout, le rétablissement des anciennes limites, et dans cette hypothèse elle ne donnait pas lieu à une *adjudicatio*. Mais, les limites anciennes pouvaient ne plus être reconnaissables, ou bien il était de l'intérêt des deux voisins qu'elles fussent rectifiées. Le juge était alors autorisé à tracer une ligne séparative nouvelle entre les deux fonds, et à attribuer à l'un d'eux des parcelles provenant de l'autre. Il faisait cette attribution par voie d'*adjudicatio*. Il estimait, d'ailleurs, les terrains ainsi

(2) *Herciscere* ou *Erciscere* vient de *Herco* qui signifie partager. On trouve aussi la forme *Herctum ciere*, qui veut dire provoquer un partage. Bréal et Bailly, *Dictionnaire étymologique latin*, vis *Herctum, Cio*.

(3) Dans le système formulaire, c'est la formule délivrée par le magistrat qui lui donne expressément ce pouvoir (G. IV, 42) (V. n° 280).

enlevés, et condamnait l'adjudicataire à en payer le prix. Il n'est pas douteux que l'*adjudicatio* ne constitue également ici un mode d'acquisition de la propriété, dérivé et non conventionnel⁽⁴⁾.

Acquisition de la propriété en vertu de la loi, *lege*.

97. — *Notion et énumération.* — Ce mode d'acquisition indiqué par Ulpien (Ulp., *Reg.*, XIX, 2), comprend, en réalité, tous les cas où la propriété est acquise, sans qu'on puisse rattacher l'acquisition à aucun des modes précédemment exposés. Les jurisconsultes la font dériver alors de la loi, entendant par là soit la loi véritable, soit un acte de l'autorité équivalant à la loi, soit la coutume. Parmi ces causes d'acquisition, les unes sont, sinon conventionnelles, du moins volontaires. Les autres, et c'est le plus grand nombre, font partie des modes non volontaires. Parmi les premières signalons le *legs per vindicationem* reconnu par la loi des XII Tables (V. n° 255). Au nombre des causes non volontaires on doit mentionner : l'acquisition du trésor et l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.

1° Trésor. — On appelle trésor une chose mobilière dont le propriétaire est inconnu et qui a été enfouie ou cachée dans une autre chose, ordinairement dans la terre. En vertu d'une constitution de l'empereur Hadrien, la propriété du trésor appartient par *occupatio* à celui qui l'a découvert, à l'inventeur (§ 39. *Inst.*, *De rer. divis.*, II, 4). Si cet inventeur est le propriétaire de la chose où le trésor est caché, le trésor lui appartient tout entier. Mais si l'inventeur est un autre que le propriétaire, il n'a droit qu'à la moitié; l'autre moitié était attribuée au propriétaire. C'est pour cette seconde moitié qu'il y a acquisition *lege*. Cette attribution légale de propriété se justifie par la présomption très vraisemblable que le trésor a été caché par l'un des précédents propriétaires, dont le propriétaire actuel est l'ayant-cause (V. art. 716, C. civ.).

2° Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. — En principe, le propriétaire d'une chose est en même temps pro-

(4) L'*adjudicatio* transférait, sans qu'aucune tradition fût nécessaire, la propriété de toutes choses *mancipi* ou *nec mancipi*. Mais pour que le *dominium ex jure quiritium* fût acquis par l'adjudicataire, il fallait que l'action en partage ou bornage fût intentée à titre de *judicium legitimum*, sinon et si l'action rentrait dans les *judicia imperio continentia*, l'adjudicataire n'obtenait que l'*in bonis habere*. Sous Justinien, tous les *judicia* ont le même caractère et comme d'autre part la distinction entre le *dominium* et l'*in bonis* a été effacée, l'*adjudicatio* a toujours pour effet d'attribuer la propriété quiritaire à l'adjudicataire.

priétaire de tout ce qui provient de cette chose : fruits ou simples produits (1). Mais ces fruits ou produits ne deviennent l'objet d'une propriété distincte que lorsqu'ils sont séparés de la chose, quelle que soit d'ailleurs la cause ou l'auteur de la séparation, que ce soit le propriétaire lui-même ou un tiers. Par exception, les fruits peuvent appartenir à un autre qu'au propriétaire. Tel est le cas où on a sur la chose un droit réel qui donne droit aux fruits, comme dans l'usufruit et l'usage (V. n° 108). Il en est de même, sans qu'il y ait droit réel, au cas où la chose a été louée par le propriétaire à un locataire ou fermier (2). Enfin, le même avantage existe au profit du possesseur de bonne foi, c'est-à-dire de celui qui, de bonne foi, a reçu *ex justa causa* tradition d'une *res aliena*. Les fruits lui sont acquis en propriété dès l'instant où ils sont séparés du sol, pourvu qu'à ce moment il soit encore de bonne foi, et quel que soit l'auteur de cette séparation, *quoquo modo a solo separati fuerint* (25, § 1. Dig., *De usur.*, XXII, 1, Julian. V. art. 549, 550, C. civ.).

Le possesseur de bonne foi fait donc les fruits siens au détriment du propriétaire qui, s'il revendique, n'a droit qu'aux fruits produits depuis la *litis contestatio*. A dater de ce moment, en effet, le possesseur peut être considéré comme étant devenu de mauvaise foi. Il est à noter que le possesseur de bonne foi a droit aux fruits, alors même qu'il n'aurait en aucune façon contribué par son travail à leur production (48, pr. Dig., *De acq. rer. domin.*, XLI, 1, Paul). Ce n'est donc pas pour l'indemniser des soins qu'il aurait donnés à la chose qu'on lui attribue la propriété des fruits. Le motif est qu'il tient la place du véritable propriétaire (3). Mais cette raison n'est pas suffisante. Il faut ajouter que, comme les fruits sont destinés à être consommés, le possesseur a dû soit les consommer effectivement, soit en dépenser la valeur, et, par suite, ce serait lui causer un préjudice que de le forcer à les restituer au propriétaire, coupable en somme d'avoir laissé sa chose aux mains du possesseur sans la revendiquer. Cette considération d'équité conduisit au Bas-Empire à une règle un peu différente de celle qui

97. — (1) Par fruits on entend les produits périodiques de la chose, récoltes, croît des animaux, etc., et par produits, tout ce qui provient de la chose, mais à des époques non prévues d'avance. V. les détails, n° 108.

(2) Mais ni l'usufruitier, ni le locataire n'ont droit aux fruits par la seule séparation. Il faut qu'ils les aient perçus, soit par eux-mêmes, soit par quelqu'un qu'ils ont chargé de ce soin. Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens par la séparation et non par la perception.

(3) *Loco domini pene est*, dit Paul (48, pr. Dig., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1); *id juris habet quod dominis prædiorum tributum est*, dit Julianus (25, § 1. Dig., *De usur.*, XXII, 1).

avait prévalu jusqu'alors. On décida qu'en cas de revendication, le possesseur devait restituer au propriétaire tous les fruits existants au jour de la *litis contestatio*, c'est-à-dire ceux qui, bien que déjà séparés du sol, n'avaient pas encore été consommés par lui (§ 35. Inst., *De rer. divis.*, II, 1) (4). A l'égard du propriétaire, par conséquent, le possesseur ne fait plus les fruits siens que par la consommation, mais, à l'égard des tiers, il continue à les faire siens comme auparavant par la simple séparation.

98. — *Du droit d'accession.* — Pour terminer, signalons un certain nombre d'hypothèses qu'on range en général, dans les modes d'acquisition et que les commentateurs modernes rattachent à ce qu'ils appellent l'accession.

Il s'agit du cas où deux choses, jusqu'alors distinctes et appartenant à des propriétaires différents, ont été rapprochées et unies d'une façon plus ou moins intime. L'une de ces choses faisant fonction d'objet principal, l'autre n'est plus que l'accessoire de la première, et les Romains lui donnent le nom d'*accessio*. Cette chose accessoire accroît la chose principale, tout en s'absorbant en elle. Elle perd donc son individualité, et considérée comme disparue, elle ne peut plus être revendiquée par son ancien propriétaire (23, § 5. Dig., *De rei vindic.*, VI, 1, Paul). En même temps, elle est rattachée à la chose principale dont elle est devenue un *incrementum*, ce que les textes expriment ainsi : *accessio cedit principali* (19, § 13. Dig., *De auro etc., leg.*, XXXIV, 2, Ulp.). Le propriétaire de la chose accessoire perd donc sa propriété, mais le propriétaire de la chose principale ne réalise pas pour cela, à proprement parler, une acquisition. Sa chose, *quæ per prævalentiam alienam rem trahit* (23, § 4. Dig., *De rei vindic.*, VI, 1, Paul), se trouve simplement avoir augmenté de valeur, et, par l'effet de cette plus-value, il a réalisé un enrichissement pour lequel il doit indemnité au propriétaire de la chose accessoire.

Telle est la véritable doctrine romaine. Il n'est donc pas question ici d'acquisition de la propriété, mais d'une extension d'une propriété déjà existante en dehors des limites dans lesquelles elle s'exerçait d'abord. Dès lors, il ne peut plus être parlé d'un mode spécial d'acquisition de la propriété qui se distinguerait des modes précédemment étudiés. Ceux des interprètes modernes, qui ont vu

(4) Rien n'est plus juste à l'égard des fruits qui existent encore en nature. Mais la règle nouvelle était peu favorable au possesseur lorsque celui-ci avait, tout en gardant les fruits en nature, dépensé par avance leur valeur. *Adde*, sur l'état du droit au Bas-Empire, Girard, *Manuel élément.*, pp. 321, 322.

là une cause d'acquisition de propriété, ont voulu la faire dériver d'un mode spécial qu'ils appellent l'accession, détournant ainsi l'expression de son sens véritable (1). D'autres expliquent l'acquisition en la rattachant à la *lex*. Notre opinion a l'avantage de ne rien ajouter à la nomenclature romaine des modes d'acquisition de la propriété, et de donner l'explication la plus simple des différents cas où s'applique le principe : *accessio cedit principali*.

Ces cas peuvent se grouper en trois classes, suivant qu'il y a rapprochement de deux immeubles, de deux meubles, ou d'un immeuble et d'un meuble (2). L'hypothèse la plus intéressante est la dernière. Elle se produit au cas de constructions élevées sur un terrain. Le sol est alors considéré comme l'objet principal, et les constructions comme l'accessoire. Aussi, appartiennent-elles au propriétaire du terrain, *superficies solo cedit* (G. II, 73). Il importe peu qu'elles aient été élevées par le propriétaire du terrain avec les matériaux d'autrui, ou par un non propriétaire avec ses propres matériaux ; dans les deux cas, le principe *superficies solo cedit* fait obstacle à l'action en revendication du propriétaire des matériaux, à raison de leur incorporation momentanée au sol.

Perte du droit de propriété.

99. — *Cas où la propriété est perdue.* — On a indiqué plus haut que le droit de propriété est destiné à durer aussi longtemps que la chose sur laquelle il porte (V. n° 75). De là résulte que la propriété cesse lorsque la chose est matériellement détruite, par exemple, par l'effet d'un incendie, par la mort d'un esclave ou d'un animal. A la destruction matérielle il faut assimiler le cas où la chose cesse d'être un bien, c'est-à-dire ne peut plus figurer dans le patrimoine, comme lorsqu'un esclave est affranchi, ou qu'un immeuble devient sacré ou religieux.

Ce caractère perpétuel du droit de propriété ne fait pas obstacle à sa transmission au profit d'un propriétaire autre que le propriétaire actuel. Ce dernier perd son droit, mais le droit lui-même subsiste avec son caractère perpétuel, transporté sur la tête d'un propriétaire nouveau (1). La perte de propriété résultant du transfert est en

98. — (1) Le Code civil (art. 546 et suiv.) a employé l'expression de droit d'accession.

(2) Il nous paraît superflu de donner de plus amples développements à cette question. V. Accarias, t. I, nos 251-262; Girard, *Manuel élément.*, pp. 322 et suiv.

99. — (1) Aux cas de transmission il faut joindre ceux où la propriété est perdue sans être transférée. C'est d'abord l'hypothèse de *derelictio*, où le propriétaire renonce

général définitive. Toutefois l'aliénateur peut avoir intérêt à reprendre sa chose, l'acquéreur à la restituer, soit après un certain temps soit si un certain événement se réalise. Ces combinaisons très pratiques peuvent se réaliser par un pacte adjoint à l'aliénation. Mais ce pacte ne peut qu'engendrer une obligation à la charge de l'acquéreur, l'obligation de retransférer la propriété de la chose (2). Cette retranslation n'a pas lieu de plein droit par le seul effet de l'arrivée du terme convenu ou de l'événement prévu. Ce résultat n'a rien de surprenant. Il est la conséquence logique du principe selon lequel la propriété ne saurait être transférée par la simple convention (V. n° 83). On aurait pu être tenté pourtant d'admettre la retranslation de plein droit, en considérant l'acquéreur comme n'ayant reçu ici qu'un droit de propriété temporaire qui fait retour à l'aliénateur, comme l'usufruit se réunit à la nue-propriété. Mais les Romains n'admettaient pas la validité d'une aliénation faite dans ces conditions. A leurs yeux, elle aurait pour résultat de transférer à l'acquéreur un droit absolu sur la chose et pourtant non perpétuel, ce qui est une contradiction inadmissible. De là le principe : *ad tempus proprietatis transferri nequit* (Vat. frag., § 283). C'est là une conséquence quelque peu forcée du caractère de perpétuité de la propriété. Cette doctrine dont on verra les diverses applications au cas de vente et de donation, fut combattue par certains jurisconsultes et définitivement abandonnée par Justinien (V. n° 210).

SERVITUDES

100. — *Notion et divisions.* — A côté du droit de propriété, le droit civil reconnaît et sanctionne d'autres droits réels moins complets que le droit de propriété. Ce sont les servitudes, *servitutes* (1). Elles se divisent en servitudes prédiales, *servitutes prædiorum*, et servitudes personnelles, *servitutes personarum*.

à son droit en abandonnant la chose qui devient ainsi *res nullius* et peut être acquise par n'importe qui, par voie d'*occupatio*. La perte de propriété est ici volontaire. Elle est involontaire dans d'autres cas : lorsque s'agissant d'une chose acquise par *occupatio bellica*, elle est reprise par l'ennemi, ou lorsqu'un animal sauvage reconquiert sa liberté naturelle. V. Girard, *Manuel élément.*, p. 331.

(2) Il va de soi que le pacte doit être de ceux que le droit civil ou prétorien reconnaît comme obligatoires.

100. — (1) La sanction du droit à la servitude est l'*actio confessoria*. Elle permet au titulaire de la servitude d'en faire reconnaître l'existence à son profit. En sens inverse, celui qui prétend que sa chose est libre d'une servitude qu'un tiers voudrait exercer sur elle peut intenter contre ce tiers une *actio negatoria*, tendant à faire proclamer la liberté du fonds (V. n° 298).

1° La servitude prédiiale suppose deux fonds. Elle consiste dans l'attribution à l'un d'eux de certains avantages compris dans la propriété de l'autre. Le premier gagne ce que perd le second. Ce dernier, supportant une charge dont l'autre profite, lui est comme asservi. On l'appelle fonds servant, le droit qui le grève est une servitude, *servitus*, et le fonds qui en profite est appelé fonds dominant, parce qu'il est dans une certaine mesure le maître, *dominus*, du fonds servant.

2° La servitude personnelle peut exister aussi bien sur un meuble que sur un fonds. Elle est constituée au profit d'une personne autre que le propriétaire, et lui confère un ou plusieurs des avantages de la propriété. La servitude personnelle met donc en présence une personne, sujet du droit réel, et une chose sur laquelle ce droit s'exerce.

On voit, par ce qui précède, que les servitudes prédiales ou personnelles sont des charges de la propriété. Elles diminuent les droits du propriétaire tenu de les supporter; elles gênent l'exercice de ceux qui lui restent. Par suite elles diminuent la valeur de la chose. Ce sont des exceptions au régime normal de la propriété (V. n° 74). Il est de règle en effet que les biens soient libres de toute charge (2). Aussi, la propriété grevée de pareils droits au profit d'un fonds ou d'une personne leur est asservie. L'expression *servitus* est ici tout à fait à sa place.

Une observation importante complétera cette notion. Il est clair qu'au cas de servitude prédiiale, c'est toujours une personne, le propriétaire du fonds dominant, qui retire tout l'avantage que peut procurer le droit de servitude. Mais cette circonstance ne saurait modifier le caractère de la servitude, qui ne devient pas pour cela personnelle. Elle ne profite en effet au propriétaire du fonds dominant que par l'intermédiaire de ce fonds, sans lequel il n'en jouirait pas. Aussi, la personne du titulaire actuel de la servitude est-elle indifférente. Le droit appartient en réalité au fonds lui-même, quel qu'en soit le propriétaire. C'est donc à juste titre que les servitudes de ce genre ont été dénommées *servitutes prædiorum*, pour bien marquer qu'elles sont inhérentes au fonds et indépendantes des personnes qui les exercent. Il en est tout autrement des servitudes personnelles. Elles sont établies sur une chose, mais au profit d'une personne déterminée et en considération de cette

(2) Le bien franc de toute charge est appelé : *uti optimus maximusque est*, pour bien marquer que le droit qu'on a sur lui atteint son maximum d'effet utile (*optimus*) et d'étendue (*maximus*).

personne. Celle-ci en profite directement et à l'exclusion de toute autre. Ces servitudes sont donc bien des *servitutes personarum*.

101. — *Caractères généraux des servitudes.* — Bien qu'il y ait entre elles une différence essentielle, les servitudes prédiales et personnelles présentent certains caractères communs, qui se résument dans cette proposition très simple, c'est qu'elles sont des droits réels grevant la propriété d'autrui.

1° Elles sont des droits, *jura*, et par conséquent des choses incorporelles, *quæ jure consistunt* (G. II, 14) (1).

2° La servitude est un droit réel. On ne doit donc pas la confondre avec une obligation en vertu de laquelle un propriétaire se serait engagé envers une personne à supporter de la part de celle-ci certains actes restreignant son droit de propriété. Une obligation de ce genre est, il est vrai, possible et valable, mais elle ne lie que celui qui l'a consentie et ses héritiers. Elle ne peut être opposée à ses ayants-cause à titre particulier, qui ne sont point tenus des dettes de leur auteur. Toute autre est la situation en cas de servitude, car alors, le droit étant réel, c'est la chose même et non la personne qui doit la servitude, *servitutem non hominem debere sed rem* (6, § 2. Dig., *Si serv. vind.*, VIII, 5, Ulp.). D'où cette conséquence que le droit de servitude est opposable à tout acquéreur à titre particulier de la chose.

La servitude étant un droit réel, son titulaire ne peut contraindre personne, pas même le propriétaire de la chose asservie, à accomplir un acte à son profit, *servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis* (15, § 1. Dig., *De servit.*, VIII, 1, Pomp.) (2). Mais ce propriétaire est tenu de ne point apporter d'entraves à l'exercice du droit. Il doit donc supporter de la part du titulaire des actes que, sans l'existence de la servitude, il serait en droit de prohiber, ou s'abstenir lui-même de certains actes que, sans la servitude, il aurait le droit de faire. C'est en ce sens qu'on dit que la servitude consiste pour le propriétaire servant, *in patiando, et in non faciando* (15, § 1. Dig., *De servit.*, VIII, 1, Pomp.) (3).

101. — (1) La servitude, soit prédiale, soit personnelle, est appelée *jus* par Ulpien, dans 1, pr. Dig., *De cond. trit.*, XIII, 3. On a vu à propos de la possession, les conséquences excessives que le droit avait tirées du caractère incorporel des servitudes. Elles furent tempérées par le droit prétorien (V. n^{os} 80, 104).

(2) Contraindre à accomplir un fait c'est le propre du droit de créance. On exprime habituellement la règle en ce qui concerne les servitudes en disant : *servitus in faciando consistere nequit*. On se place alors au point de vue de celui qui supporte le droit.

(3) En sens inverse par conséquent, la servitude consiste pour celui qui en est investi à *facere* et à *prohibere*.

3° La servitude est un démembrement de la propriété d'autrui. Le propriétaire de la chose assujettie perd une partie de ses droits au profit d'une autre personne : *quum quis... jus suum deminuit alterius auxit, hoc est... servitutem ædibus suis imposuit* (5, § 9. Dig., *De op. nov. nunt.*, XXXIX, 1, Ulp.). Cela revient à dire que la somme des avantages que confère le droit de propriété est répartie entre le propriétaire de la chose asservie et le titulaire de la servitude dans une proportion réglée par l'acte qui l'a constituée. Si minime d'ailleurs que puisse être la part de droits restant au propriétaire, par exemple en cas d'usufruit (V. n° 107), il n'en est pas moins propriétaire et la servitude n'est jamais qu'un démembrement de la pleine propriété. Aussi ne conçoit-on pas une servitude existant au profit du propriétaire sur sa propre chose : *nulli res sua servit*. Du moment qu'il a la propriété pleine, il ne peut se présenter comme n'ayant qu'une propriété démembrée (4).

I. — Servitudes prédiales.

102. — *Caractères propres aux servitudes prédiales.* — La servitude prédiiale consiste dans un avantage ou service que le fonds dominant retire du fonds servant, et qui augmentant la valeur du premier diminue celle du second. La servitude est une gêne pour le fonds servant, car elle autorise l'immixtion permanente du propriétaire dominant dans l'exercice du droit de propriété du propriétaire servant. Elle est donc une cause de conflits. Néanmoins, les servitudes prédiales sont d'origine assez ancienne. Elles répondent, en effet, à une nécessité qui date de l'époque où les grands domaines, propriété collective d'une *gens* ou d'une famille, se sont morcelés au profit de chaque *pater*. Dès lors, il y eut certaines parcelles moins favorisées que d'autres, parce qu'elles étaient moins heureusement placées, n'étant pas, par exemple, dotées de voies de défrètement, manquant d'eau, etc. Leur propriétaire fut amené à demander aux voisins les avantages dont il était privé. Ainsi naquirent les servitudes prédiales (4). Elles supposent donc des relations entre deux fonds. De même que les hommes vivant en

(4) V. 26. Dig., *De serv. præd. urb.*, VIII, 2, Paul; 33, § 1. Dig., *De serv. præd. rust.*, VIII, 3, African. La conséquence pratique est intéressante. En cas de trouble, le propriétaire ne peut agir par l'action confessoire, alors même que les droits dont il demande le maintien pourraient, s'ils étaient réclamés par un autre, être considérés comme constituant au profit de celui-ci une servitude (5, pr. Dig., *Si usuf. pet.*, VII, 6, Ulp.).

102. — (1) V. en ce sens : Girard, *Manuel élém.*, pp. 353, 354.

société ont besoin les uns des autres, de même les fonds désormais distincts, mais voisins, ont à se rendre des services réciproques, sans lesquels la propriété ne pourrait pas procurer aux propriétaires tous les avantages qu'elle doit leur assurer. Ces considérations expliquent pourquoi tous les services qu'un fonds peut retirer d'un autre ne sont pas des servitudes. Trois conditions sont nécessaires pour cela.

1° Il faut que ces services soient de nature à augmenter d'une façon permanente la somme d'utilité que le fonds dominant peut procurer à son propriétaire. Il faut dès lors qu'ils aient un caractère de perpétuité suffisamment marqué. La servitude exige une *causa perpetua*. C'est ainsi qu'il ne peut y avoir de servitude d'aqueduc ou de puisage que sur des fonds où jaillit une source, et non sur des fonds où ne se trouveraient que des réservoirs ou des étangs. Toutefois, cela doit être entendu d'une façon assez large. Il suffit, en effet, que l'état de choses d'où résulte la servitude puisse se prolonger pendant un temps indéterminé, ou dont on ne peut pas prévoir la durée. C'est pour cela qu'on avait admis les servitudes d'extraction de sable, de pierre, bien que les carrières de ces diverses matières finissent par s'épuiser à la longue.

2° Il faut que les services soient utiles au fonds dominant. Il n'y a donc pas de servitude prédiiale là où l'avantage que procure le fonds servant ne profite qu'à une personne, sans que son fonds y gagne rien, ou même n'implique pas la présence d'un fonds qui en profite (2). De même, la charge qui peut grever une personne, sans affecter en rien son droit de propriété, n'est pas une servitude prédiiale, comme par exemple l'obligation de venir labourer chez le propriétaire voisin (3).

3° Pour que les services dus puissent être utiles, il faut que, dans la disposition matérielle ou topographique des fonds, il n'y ait aucun obstacle s'opposant à l'exercice de la servitude. Il faut donc, en principe, que les deux fonds soient voisins, sans que cette contiguïté ait besoin d'être absolue.

(2) *Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut coenare in alieno possimus servitus imponi non potest* (8. Dig., *De servit.*, VIII, 1, Paul). Cet avantage peut constituer une servitude personnelle ou donner lieu à un droit de créance, mais il ne peut être considéré comme servitude prédiiale.

(3) Les expressions *fonds dominant*, *fonds servant* mettent bien en relief cette idée. Elles montrent, en effet, que la servitude est due au fonds par un fonds, et qu'elle ne peut exister au profit de la personne ou à la charge de la personne (V. art. 686. C. civ.). Les textes expriment la même idée sous une forme non moins saisissante, lorsqu'ils considèrent les servitudes comme des qualités du fonds dominant (86. Dig., *De verb. signif.*, L. 16, Cels).

103. — *Divisions des servitudes prédiales en servitudes rurales et urbaines.* — Les Romains ont divisé les servitudes prédiales en servitudes rurales, *servitutes prædiorum rusticorum*, et servitudes urbaines, *servitutes prædiorum urbanorum*. Les premières paraissent être d'une plus haute antiquité que les secondes. Ce sont celles en effet, qui, pour un peuple agriculteur, ont le plus d'importance. Aussi les rangea-t-on dans la catégorie des choses les plus précieuses, *res Mancipi*. Plus tard, les Romains vécurent davantage à la ville. L'art de bâtir se développa et avec lui des besoins de luxe inconnus jusque-là. Ainsi naquirent les servitudes urbaines, produit d'une civilisation plus raffinée où la conception de l'utilité des servitudes s'est singulièrement élargie. Mais ces servitudes nouvelles restèrent parmi les *res nec Mancipi* (V. n° 70) (1).

Bien qu'il y ait, on le voit, une différence très caractérisée entre les deux classes de servitudes prédiales, les textes ne donnent point de *criterium* qui permette à première vue de les distinguer l'une de l'autre. De là des controverses entre les interprètes. A nos yeux, le caractère de la servitude dépend de la nature du fonds dominant. Elle sera donc rurale ou urbaine, suivant que ce fonds sera lui-même rural ou urbain. La servitude est, en effet, un attribut, une qualité du fonds dominant, avec lequel elle fait corps et auquel elle emprunte sa nature (V. n° 102, note 3). Or, les Romains entendaient ici par *prædia rustica* les fonds non bâtis, qu'ils fussent ou non situés à la campagne, et par *prædia urbana* les fonds bâtis, qu'ils fussent ou non situés à la ville. De là résulte que la servitude rurale est celle qui appartient à un fonds non bâti, et que la servitude urbaine est celle qui est attachée à un fonds bâti.

Cette définition conduit à une conséquence au premier aspect inadmissible. La même servitude pourra être tantôt rurale, tantôt urbaine, suivant le fonds auquel elle est attachée. Or, il semble que cela soit contraire aux textes, puisque dans les énumérations qu'ils nous donnent, chaque servitude est classée d'une façon invariable soit parmi les servitudes rurales, soit parmi les servitudes urbaines (2). Mais toute difficulté cesse si l'on remarque que ces énumérations sont faites en tenant compte de la nature habituelle de chaque servitude. Ainsi, la servitude d'aqueduc profitant le plus souvent aux terres réservées à la culture, par conséquent, à des fonds non bâtis, est classée comme rurale. De même, la servitude

103. — (1) Outre cette première différence, on aura à en signaler une seconde, à propos de l'extinction par le non usage (V. n° 105).

(2) Voir les énumérations de : Ulpien, 1, pr. Dig., *De serv. præd. rust.*, VIII, 3; Gaius, 2, Dig., *De serv. præd. urb.*, VIII, 2; Gaius, *Inst.*, II, 14.

altius non tollendi profitant presque toujours à une maison est considérée comme urbaine (3).

1° *Servitudes rurales*. — 1° Servitude de passage. Cette servitude rend possible ou plus facile l'exploitation d'un fonds par le droit qu'elle confère au propriétaire de passer sur un autre fonds. Elle prend des noms différents suivant l'étendue des avantages qu'elle procure : *iter*, lorsqu'elle confère le droit de passer à pied ou à cheval, mais sans bête de somme ou chariot ; *actus*, lorsqu'elle donne droit de passer en conduisant des troupeaux, des bêtes de somme ou des chariots, ce qui comprend implicitement le droit à l'*iter* ; *via* lorsqu'elle permet de transporter des matériaux, ce qui comprend le droit à l'*iter* et à l'*actus* (4). 2° Rentrent dans une seconde catégorie toutes les servitudes relatives aux eaux : servitude d'aqueduc, *aquæductus*, droit de conduire de l'eau dans le fonds dominant à travers les fonds servants, ce qui implique le droit d'y poser des tuyaux servant à l'amenée des eaux ; *aquæhaustus*, droit d'aller puiser de l'eau sur le fonds voisin ; *pecoris ad aquam appulsus*, droit de conduire les troupeaux s'abreuver sur le fonds servant. 3° Citons encore le *jus pascendi*, droit de pacage, le *jus calcis coquendæ, arenæ fodiendæ*, droit d'extraction de chaux et de sable (1. Dig., *De serv. præd. rust.*, VIII, 3, Ulp.).

2° *Servitudes urbaines*. — Les principales servitudes urbaines sont : 1° Les diverses servitudes de vues *servitus luminum*, ou droit de prendre des vues dans le mur du voisin ; *ne luminibus officiatur* qui confère le droit d'empêcher le voisin de boucher le jour par des constructions élevées sur son propre terrain ; *altius non tollendi*, qui interdit aux voisins d'élever des constructions sur leurs fonds ou d'exhausser celles déjà existantes. 2° Les servitudes de construction, *jus parietum* : le *jus projiciendi* ou servitude de saillié, droit d'avoir des balcons, galeries ou autres ouvrages en saillie sur le fonds d'autrui ; le *jus tigni immittendi* qui confère le droit de faire reposer des poutres ou autres matériaux de construction légère sur le mur du voisin, ou *jus oneris ferendi*, quand il s'agit de gros ouvrages. 3° La servitude appelée, *jus stillicidii vel fluminis recipiendi*, droit de faire tomber sur le fonds

(3) Mais Neratius classe parmi les servitudes rurales la servitude *altius tollendi* et autres du même genre, habituellement comptées dans les servitudes urbaines (2, pr. Dig., *De serv. præd. rust.*, VIII, 3). Cela prouve bien que la nature de la servitude varie avec le fonds dominant.

(4) Les servitudes de passage paraissent être les plus anciennes. Ce sont toujours elles qui tiennent la tête des énumérations des servitudes prédiales. V. les textes cités, note 2.

voisin l'eau qui dégoutte d'un toit ou s'écoule par un conduit (2-4. Dig., *De serv. præd. urb.*, VIII, 2, Gaius, Ulp., Paul).

104. — *Constitution des servitudes.* — On distingue les modes de constitution établis par le droit civil, ceux dus au droit prétorien, et ceux qui, en définitive, ont été conservés par Justinien.

1° *Droit civil.* — Démembrement de la propriété, la servitude s'établit par les modes employés pour le transfert de la propriété. Mais tous ne sont pas indistinctement applicables. Il faut, en effet, distinguer suivant que la servitude est créée par *translatio* ou *deductio*.

a) Il y a *translatio*, lorsqu'un propriétaire, tout en gardant la propriété de son fonds, en détache certains avantages qu'il attribue, à titre de servitude, à un fonds appartenant à une autre personne. La servitude est comme une parcelle juridique de la propriété pleine séparée de celle-ci et transférée à titre d'objet aliéné. Elle entre donc bien par *translatio* dans le patrimoine de l'acquéreur. Par suite, ni l'occupation, ni la tradition, ni l'usucapion, ne peuvent opérer la *translatio*. Car ces modes supposent l'acquisition de la possession, et l'on sait que le droit civil ne reconnaissait pas la possession des servitudes. La mancipation, ne pouvait s'appliquer qu'aux servitudes rurales, qui seules étaient *res mancipi*. Reste l'*in jure cessio*, applicable aussi bien aux servitudes urbaines qu'aux servitudes rurales. C'est le mode normal de transfert pour elles, par acte entre-vifs (1). La *translatio* pouvait aussi avoir lieu *per adjudicationem*, le juge de l'action en partage ayant le droit en divisant le fonds commun de constituer une servitude au profit d'une des parts sur l'autre. Enfin, la servitude peut être *translata* par legs, quand un testateur la constitue sur un fonds qu'il laisse dans l'hérédité au profit d'un fonds qu'il lègue à un tiers.

b) Dans le cas de *deductio*, la servitude n'est pas l'objet d'un transfert. Elle est retenue par un propriétaire au profit d'un fonds qu'il conserve sur un fonds qu'il aliène. En réalité, au lieu d'aliéner ce fonds tout entier, le propriétaire retient au profit du fonds qu'il garde une partie des avantages du fonds aliéné. C'est pourquoi la servitude se trouve constituée par voie de *deductio*, *detractio* ou *retentio*. On pouvait retenir ainsi une servitude en faisant une *mancipatio*, une *in jure cessio* ou un legs (2).

104. — (1) (G. II, 29, V. n° 87). L'acquéreur de la servitude se présente *in jure* avec le constituant, et il simule devant le magistrat une action confessoire tendant à faire reconnaître à son profit la servitude qu'on lui concède.

(2) Dans le cas où la *deductio servitutis* se fait dans une mancipation, on peut retenir

2° *Droit prétorien.* — Le préteur ayant admis la *quasi possessio* des servitudes (V. n° 80), il fut permis dès lors de les constituer par voie de tradition (*quasi traditio*). Il suffisait que le propriétaire du fonds dominant fût mis en possession de la servitude par le propriétaire du fonds servant. La logique amena également le préteur à protéger la longue possession de la servitude bien qu'acquise *a non domino*. La *præscriptio longi temporis* est donc accordée à celui qui ayant acquis la servitude de bonne foi et *ex justa causa* la possède depuis dix ou vingt ans, selon qu'il s'agit de présents ou d'absents. Ces innovations permirent la constitution de servitudes sur les fonds provinciaux. Jusque-là, en effet, ce résultat était impossible, puisqu'on ne pouvait créer une servitude qu'en employant les modes civils de transfert de la propriété quiritaire, qui étaient inapplicables aux fonds provinciaux (G. II, 34). La tradition, au contraire, mode de transfert du *jus gentium*, pouvait servir à atteindre ce but (3).

3° *Droit de Justinien.* — Sous Justinien, il n'est plus question d'*in jure cessio* ni de *mancipatio*. Par suite la *translatio* des servitudes se fait par *quasi traditio*, par l'effet de la *quasi possessio longi temporis*, par *adjudicatio*, et par legs. Elles sont établies par voie de *deductio* lorsqu'on fait tradition de la propriété tout en retenant la servitude (4).

105. — *Extinction des servitudes.* — Les servitudes s'éteignent par l'effet de certaines circonstances qui en rendent l'exercice impossible. Les causes d'extinction qui se rattachent à cette idée sont : 1° La perte du fonds dominant ou du fonds servant. La servitude en effet étant une qualité du fonds dominant ne peut pas subsister lorsque ce fonds périt en entier. Elle s'éteint faute d'objet, lorsque le fonds servant vient à disparaître. 2° La confusion, c'est-à-dire la réunion des deux fonds entre les mains d'un même propriétaire, met fin à la servitude en vertu du principe : *nulli res sua servit* (V. n° 101).

La volonté expresse ou tacite des parties peut aussi mettre fin à la servitude : 1° Lorsque le propriétaire dominant renonce expres-

une servitude urbaine aussi bien qu'une servitude rurale ; car ce qui est mancipé, ce n'est pas la servitude, mais le fonds servant, *detracta servitute*.

(3) Quand il s'agit d'un mode d'établissement de la servitude admis par le droit prétorien, le titulaire a, pour la protection de son droit, l'action *confessoria utilis*, indépendamment des interdits quasi-possessoires.

(4) Les servitudes prédiales peuvent-elles s'établir par pactes et stipulations ? La question se pose également pour l'usufruit. On en parlera plus loin (V. n° 109).

sément à son droit (1). 2° Le non usage est également une cause d'extinction volontaire, car il implique une renonciation tacite de la part du propriétaire dominant (2). Cette présomption ne se justifie que si le non usage s'est prolongé pendant un temps assez long, deux ans à l'époque classique et dix à vingt ans sous Justinien. Il y a d'ailleurs à cet égard une différence entre les servitudes rurales et urbaines. Pour les premières, il suffisait de l'expiration du délai depuis le dernier acte d'exercice du droit. Pour les secondes, on exigeait de plus que l'inaction du propriétaire dominant se fût produite et continuée à la suite de circonstances mettant obstacle à l'exercice du droit. Il fallait, par exemple, que les jours eussent été bouchés, que les poutres appuyées sur le mur eussent été enlevées. Peu importait que l'établissement de cet état de choses contraire à la servitude émanât du fait du propriétaire asservi, du fait d'un tiers ou du hasard. C'est seulement à partir de ce moment que le propriétaire dominant pouvait être présumé avoir renoncé à son droit, et que le propriétaire servant avait commencé à reconquérir la liberté de son fonds, par une sorte d'*usucapio libertatis* (3).

II. — Servitudes personnelles.

106. — *Énumération des servitudes personnelles. — Caractères qui leur sont propres.* — Les servitudes personnelles consacrées par le *jus civile* consistent toutes dans un droit de jouissance plus ou moins étendu sur une chose dont la propriété reste à son propriétaire. Lorsqu'elle confère le droit d'user simplement de la chose, la servitude prend le nom d'*usus*, droit d'usage (1). Quand, avec l'*usus*, elle donne le droit de percevoir les fruits et de les garder en pleine propriété, *fructus*, on l'appelle *ususfructus*, ou

105. — (1) Pour pouvoir produire son effet *jure civili*, cette renonciation devait se faire par *in jure cessio*. Le propriétaire servant intentait à cet effet l'action négatoire de servitude contre le propriétaire dominant, lequel n'y contredit pas. Une simple convention de renonciation n'était efficace que *jure prætorio*, et on la faisait valoir par voie d'*exceptio pacti* opposée à l'action confessoire intentée par le propriétaire dominant.

(2) L'extinction *non utendo* n'a pas lieu pour le droit de propriété, qui continue à subsister bien que le propriétaire n'exerce pas ses droits. Il en est autrement pour les servitudes dont on cherche à favoriser l'extinction.

(3) Des servitudes urbaines, Gaius dit : *non omnimodo pereunt non utendo, sed ita si vicinus simul libertatem usucapiat* (6. Dig., *De serv. præd. urb.*, VIII, 2).

106. — (1) L'usager n'a donc droit ni aux fruits ni aux produits. Toutefois, par une interprétation favorable des dispositions testamentaires où était inscrit habituellement le legs d'*usus*, on avait fini par admettre au profit de l'usager le droit de prendre une certaine part des fruits, mesurée sur ses besoins personnels et ceux de sa famille.

usufruit. A côté de l'*usus* et de l'*ususfructus*, il y a deux autres servitudes personnelles : l'*habitatio* et les *operæ servorum aut animalis*, qui ne sont que de simples variétés du droit d'usage (2). L'*habitatio* n'est que l'*usus* appliqué à une maison, *jus habitandi domum*. Les *operæ* consistent dans le droit d'usage sur un esclave ou un animal.

Les servitudes personnelles doivent leur origine au désir qu'a un propriétaire de concéder la jouissance temporaire de sa chose, tout en se réservant, à soi-même ou à ses héritiers, la possibilité de la ravoir. Cette combinaison sacrifie le présent, mais elle ménage l'avenir. Aussi ces servitudes sont-elles toujours constituées par faveur pour une personne et dans son intérêt exclusif. Et de là résulte qu'au lieu d'être perpétuelles comme les servitudes prédiales, elles sont destinées à s'éteindre après un certain laps de temps, et que leur plus longue durée ne peut être excéder la vie du titulaire. Seul l'usufruit parmi ces servitudes mérite d'être étudié avec quelques détails.

107. — *Notion de l'usufruit.* — L'usufruit est le droit d'user de la chose d'autrui, *uti*, et d'en percevoir les fruits, *frui*, pour les garder en pleine propriété, *jus alienis rebus utendi fruendi* (1. Dig., *De usufr.*, VII, 1, Paul) (1). De là le nom si bien fait d'*ususfructus*. Ainsi l'usufruit dépouille le propriétaire des avantages principaux du droit de propriété, le *jus utendi* et le *jus fruendi*; il ne lui laisse que le droit peu important de garder les produits et le *jus abutendi*. Ce dernier droit se trouve, d'ailleurs, singulièrement restreint par l'effet de l'usufruit. D'une part, en effet, le propriétaire ne peut faire subir à sa chose des transformations qui entraveraient ou détruiraient les droits de l'usufruitier. D'autre part s'il aliène la chose il ne peut le faire qu'avec la charge de l'usufruit qui la grève, et, par suite, à des conditions défavorables. Aussi, n'a-t-il

(2) V. sur l'*usus*, l'*habitatio*, les *operæ*, Accarias, t. I, n° 281; Girard, *Manuel élément.*, pp. 367, 368.

107. — (1) Justinien (pr. Inst., *De usufr.*, II, 4) a emprunté à Paul sa définition de l'usufruit : *Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia* (1. Dig., *De usufr.*, VII, 1). Les interprètes ne sont pas d'accord sur le sens qu'il faut attribuer aux dernières expressions du texte. Il paraît oiseux d'énumérer les diverses explications qui en ont été données. Par *salva rerum substantia*, le jurisconsulte faisait allusion à l'impossibilité d'établir l'usufruit sur les choses dont la substance périclite par le seul usage qu'on en fait (Ulp., *Reg.*, XXIV, 26, 27) (V. n° 110). Mais Justinien en s'appropriant le texte, et en lui accolant un passage extrait de Celsus (2. Dig., *De usufr.*, VII, 1), a donné aux mots *salva rerum substantia* une portée qu'ils n'avaient pas dans la pensée de Paul. Dans la phrase des Institutes, ils signifient que l'usufruit s'éteint par la *mutatio rei*, Accarias, t. I, n° 274, Ortolan, t. II, n° 473.

plus qu'un droit de propriété presque nominal, un titre nu, que les Romains désignent sous le nom caractéristique de *nudum dominium*, *nuda proprietas*, nue-propriété (G. II, 30). Lui-même est appelé nu-propriétaire, *dominus nudæ proprietatis* (72. Dig., *De usufr.*, VII, 1, Ulp.).

108. — *Droits et charges résultant de l'usufruit.* — Les droits que la servitude d'usufruit confère à l'usufruitier, ne vont pas sans certaines charges qui sont la contre-partie de ces droits. Avant d'en parler une remarque est nécessaire. Elle complétera la notion qui vient d'être donnée de l'usufruit, et permettra d'élucider la question des rapports du nu-propriétaire et de l'usufruitier.

L'usufruit fait naître nécessairement certains rapports de droit entre les deux personnes qui se partagent les avantages de la chose. La nature juridique de ces rapports fut déduite avec une logique parfaite du caractère du droit d'usufruit. L'usufruit est un droit réel. L'usufruitier n'a donc pas le droit d'exiger du nu-propriétaire que celui-ci lui fasse avoir les divers avantages contenus dans le droit d'usufruit. L'usufruitier n'a point d'action personnelle pour contraindre le nu-propriétaire à lui procurer l'*usus* et le *fructus*. Tout ce qu'il peut exiger de lui c'est qu'il ne le trouble pas dans l'exercice de son droit, qu'en un mot il le laisse jouir de la chose et non qu'il l'en fasse jouir ⁽¹⁾ (V. n° 67). De son côté, le nu-propriétaire ne peut réclamer non plus par voie d'action personnelle l'accomplissement des charges imposées à l'usufruitier. Ces charges, on le verra plus loin, sont une conséquence nécessaire du droit de jouissance conféré à l'usufruitier; elles participent en quelque sorte de la nature réelle de ce droit et ne peuvent par suite engendrer une obligation contre l'usufruitier au profit du nu-propriétaire. Ici toutefois la rigoureuse application du principe finit par devenir gênante. On comprit qu'il fallait donner une action personnelle au nu-propriétaire contre l'usufruitier pour le contraindre à l'exécution des charges. On expliquera tout à l'heure par quel détour on arriva à ce résultat.

1° *Droits de l'usufruitier.* — Le *jus utendi* consiste dans le droit pour l'usufruitier de se servir de la chose pour son utilité ou son agrément, et dans le droit d'user des accessoires physiques ou

108. — (1) A cet effet l'usufruitier a l'action confessoire d'usufruit contre le nu-propriétaire qui voudrait le troubler dans l'exercice de son droit. Mais c'est là une action *in rem* et elle est donnée aussi bien contre un tiers quelconque que contre le nu-propriétaire. Un locataire au contraire aurait une action personnelle contre le *locator*, l'action *conducti*, mais il ne l'aurait pas contre une autre personne.

juridiques de la chose, tels que les servitudes prédiales appartenant à cette chose.

Quant au *jus fruendi*, il confère à l'usufruitier le droit de percevoir et de conserver en toute propriété, ceux des produits rangés dans la catégorie des fruits. Les produits d'une chose ne sont, en effet, des fruits que lorsqu'ils sont donnés par la chose à des intervalles à peu près périodiques, et en tout cas conformément à la destination de celle-ci. Ainsi, sont toujours fruits et comme tels attribués à l'usufruitier, les céréales, les fruits des arbres ou des vignes, le lait, le fumier, la laine, le croît des animaux. Sont toujours produits, le part des esclaves, le trésor trouvé dans la chose soumise à l'usufruit. Les arbres sont considérés comme fruits lorsqu'ils sont en pépinière, ou en bois tailli, *sylva cædua*, c'est-à-dire destinés à être exploités par voie de coupes régulières. Ils constituent des produits lorsqu'ils ne sont pas destinés à être enlevés, tels les arbres d'un verger ou ceux de haute futaie (2). Les matériaux extraits des carrières ou les produits des mines sont également tantôt fruits, tantôt produits. Ce sont des fruits lorsque l'exploitation a commencé avant la constitution de l'usufruit, ce sont des produits si l'exploitation n'a commencé qu'au cours de l'usufruit.

Les fruits dont on a parlé jusqu'à présent sont appelés fruits naturels. Mais l'usufruitier a droit également aux fruits dits civils, c'est-à-dire aux revenus qu'il peut retirer de la chose, tels que les loyers d'une maison ou le prix de la location de l'esclave dont il a l'usufruit, car les loyers qu'il perçoit lui tiennent lieu de fruits. Les fruits naturels ne sont pas acquis à l'usufruitier comme au possesseur de bonne foi, par la simple séparation (V. n° 97). Il faut qu'il en ait opéré la perception, soit par lui-même, soit par un représentant (3). Quant aux fruits civils, ils sont acquis à l'usufruitier au jour le jour, c'est-à-dire au fur et à mesure de sa jouissance.

2° *Charges de l'usufruit*. — Les charges de l'usufruitier sont entre autres les suivantes : 1° Il doit payer les dépenses d'entretien, *modica refectio*, considérées comme étant la charge des fruits, et il n'a aucune action contre le nu-propiétaire pour en obtenir le remboursement (V. art. 605, C. civ.). 2° Il ne peut, bien qu'usant de la chose, modifier sa destination. Autrement il dépasserait les

(2) Les arbres de haute futaie sont des fruits lorsque le fonds soumis à l'usufruit ne comprend que des bois de haute futaie, lesquels ne peuvent évidemment donner d'autres fruits que le produit des coupes.

(3) *Fructus non fiunt fructuarii nisi ab eo percipiantur* (12, § 5. Dig., *De usufr.*, VII, 1, Ulp.). Aussi, en cas de vol des récoltes encore pendantes, l'usufruitier ne peut-il agir ni par la revendication, ni par la *condictio furtiva*, qui toutes deux supposent que le demandeur est propriétaire.

limites de son droit : ce ne serait plus *uti*, mais *abuti*, et il perdrait l'usufruit pour *mutatio rei* (V. n° 110). 3° Il est responsable des dégradations qu'il fait subir à la chose. L'indemnité qu'il doit de ce chef lui sera réclamée par l'*actio legis Aquiliæ*. 4° A la fin de l'usufruit, il doit restituer la chose au nu-propiétaire et peut y être contraint par l'action en revendication.

Il n'est aucune de ces charges qui ne se justifie. Elles sont destinées à sauvegarder les droits du nu-propiétaire contre les entreprises et les envahissements de l'usufruitier. La part qui est faite à ce dernier dans les avantages que peut procurer la chose est assez grande (4). Au moins faut-il que le nu-propiétaire puisse conserver en toute sûreté le peu qui lui reste de sa propriété (5). On finit cependant par s'apercevoir que ses droits n'étaient pas toujours suffisamment sauvegardés. Ni la conservation, ni la restitution de sa chose ne lui étaient pleinement assurées. La conservation, l'existence même de la chose peuvent en effet être gravement compromises par la négligence de l'usufruitier. L'absence de soins peut être aussi néfaste que des actes effectifs de dégradation, et amener insensiblement la ruine de la chose. Or, l'*actio legis Aquiliæ* ne permettait pas au nu-propiétaire de demander compte des simples négligences (6). D'autre part, à la fin de l'usufruit, la restitution ne pouvait être réclamée que par l'action en revendication, ce qui obligeait le nu-propiétaire à faire la preuve, toujours difficile, souvent impossible, de son droit de propriété.

Pour remédier à ces inconvénients, le préteur eut recours à l'artifice ingénieux de la stipulation prétorienne (V. n° 304). Avant d'entrer en jouissance, l'usufruitier dut désormais s'engager envers le nu-propiétaire par stipulation, *cautio* (1, pr., § 6. Dig., *Usuf. quem. cav.*, VII, 9, Ulp.) (V. art. 601, C. civ.). Cette promesse était garantie par des fidéjusseurs (*satisdatio*). En l'imposant à l'usufruitier, le préteur fait de lui le débiteur du nu-propiétaire. Il crée une obligation là où elle n'existait pas, parce qu'il lui paraît juste qu'elle existe. Et cette promesse est conçue de façon à donner pleine sécurité au nu-propiétaire. L'usufruitier promet, en effet, de jouir en bon père de famille, *se boni viri arbitrato usurum*

(4) On va jusqu'à dire : *ususfructus pars dominii* (4. Dig., *De usufr.*, VII, 1, Paul) et Ulpien traite l'usufruitier de propriétaire : *appellatione domini fructuarius quoque continetur* (8, pr. Dig., *De reb. auct. jud.*, XLII, 5).

(5) C'est ce que dit Ulpien : *nam sicuti debet fructuarius uti frui, ita et propriatis dominus securus esse debet de proprietate* (13, pr. Dig., *De usufr.*, VII, 1).

(6) On verra en effet (V. n° 180), que la loi *Aquilia* ne réprime que les faits de commission et non ceux d'omission. L'observation est faite par Ulpien en ce qui concerne l'usufruit (13, § 2. Dig., *De usufr.*, VII, 1).

fruiturum, il est donc responsable de ses négligences. Il s'engage aussi à restituer la chose, *cum ususfructus ad eum pertinere desinet restitutum*, et par suite le nu-propriétaire peut la lui réclamer rien qu'en invoquant sa promesse, sans avoir à justifier du titre de propriétaire.

109. — *Constitution de l'usufruit.* — Ici, comme pour les servitudes prédiales, il faut distinguer la *translatio* et la *deductio* (V. n° 104). La nature incorporelle du droit d'usufruit excluait l'emploi des modes qui supposent l'acquisition préalable de la possession : occupation, tradition, usucapion. La mancipation était impossible, l'usufruit étant *res nec mancipi*. Mais on pouvait créer l'usufruit par *translatio*, grâce à l'*in jure cessio*, mode normal de transfert entre-vifs de ce droit, qui pouvait aussi être établi par *adjudicatio* ou par legs (1). L'usufruit pouvait être retenu dans une mancipation (2), dans une *in jure cessio*, un legs. Il est alors constitué par *deductio*. Tous ces modes étaient des actes du *jus civile*, inapplicables par suite aux étrangers et aux fonds non italiens (G. II, 31). Le préteur remédia à cet inconvénient en admettant la *quasi possessio* des servitudes et en protégeant l'usufruit acquis par *quasi traditio* et par *quasi possessio longi temporis* (3). Ces deux modes d'acquisition sont en effet du *jus gentium*. Ils peuvent s'appliquer aux fonds provinciaux et aux pérégrins. Sous Justinien, les modes de constitution de l'usufruit sont les mêmes que pour les servitudes prédiales.

Reste une question commune à l'usufruit et aux servitudes prédiales (V. n° 104, note 4). Ces droits peuvent-ils s'établir par pactes et stipulations, *pactis et stipulationibus*? Avant l'époque classique, on avait imaginé cet expédient pour remédier à l'impossibilité de constituer des servitudes sur les fonds provinciaux (G. II, 31). Les parties réglaient d'abord par une convention, *pactum*, la nature, l'étendue et les conditions d'exercice de la servitude à constituer. Mais ce pacte nu étant dépourvu d'effet obligatoire, on y ajoutait une stipulation accompagnée le plus souvent d'une clause pénale, par laquelle la partie qui promettait de laisser exercer une servitude

109. — (1) V. G. II, 30. C'est le legs qui paraît être le mode habituel. Il est indiqué en tête de l'énumération donnée par Gaius dans 6, pr. Dig., *De usuf.*, VII, 1.

(2) Si la *mancipatio* est applicable à la constitution de l'usufruit par voie de *deductio*, c'est que ce qui est transféré en ce cas, c'est non pas l'usufruit, mais le *dominium detracto usufructu* (G. II, 33).

(3) Ulpien (1, pr. Dig., *Quib. mod. usuf.*, VII, 4) oppose très nettement l'usufruit constitué *tuitione prætoris* à la suite d'une tradition, à l'usufruit établi par l'un des modes du *jus civile*, *jure constitutus*.

sur sa chose, s'engageait à payer une indemnité au cas où elle mettrait obstacle au libre exercice des droits conférés au stipulant. Il est certain que ce pacte renforcé par une stipulation, ne conférait au stipulant aucun droit de servitude, un droit réel ne pouvant être établi sans un acte de transfert (V. n° 83). Le stipulant n'avait donc contre le promettant qu'un droit personnel qui lui assurait en fait les mêmes avantages que le droit réel, mais qui, en cas d'aliénation de la chose grevée, n'était pas opposable aux tiers acquéreurs. Mais lorsqu'il fut permis de se servir de la *quasi traditio* pour établir des servitudes sur les fonds provinciaux, l'usage du procédé imparfait des pactes et stipulations dut être abandonné comme inutile (4).

110. — *Extinction de l'usufruit.* — L'usufruit, *pars dominii*, rend inutile et vain le droit du propriétaire. Il importe que cette servitude ne puisse durer et que le propriétaire reconquière la plénitude de son droit : *ne in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu* (3, § 2, Dig., *De usufr.*, VII, 1, Gaius). Le droit concédé à l'usufruitier doit donc être essentiellement temporaire, tout au plus viager. L'arrivée du terme, si un terme a été convenu, en tout cas la mort de l'usufruitier, mettent fin à l'usufruit (1). Ce sont là les causes d'extinction normales. Les autres sont :

1° La consolidation ou réunion sur la même tête de l'usufruit et de la nue-propriété. Cette circonstance entraîne nécessairement extinction de l'usufruit, en vertu du principe : *Nulli res sua servit* (V. n° 101); (V. art. 617, C. civ.).

2° La renonciation de l'usufruitier au profit du nu-propriétaire. Elle se fait par voie d'*in jure cessio* (G. II, 30). Mais faite à un autre que le nu-propriétaire, l'*in jure cessio* reste sans effet. On veut bien favoriser le retour de l'usufruit à la propriété, on ne veut pas que ce droit se perpétue indéfiniment en passant à des titulaires successifs (2). Il y a renonciation tacite en cas de non usage. L'ex-

(4) Justinien aurait donc dû ne pas mentionner ce procédé qui avait cessé d'avoir toute raison d'être bien longtemps avant lui (§ 4. Inst., *De servit.*, II, 3; § 1. Inst., *De usuf.*, II, 4). V. pour l'indication d'une thèse contraire, Girard, *Manuel élément.*, p. 371.

110. — (1) A la mort est assimilée la *capitis deminutio*. Mais, sous Justinien, la *capitis deminutio minima* ne produit plus cet effet (V. n° 66).

(2) Mais rien n'empêche l'usufruitier d'aliéner (à titre onéreux ou gratuit) l'exercice de son droit. L'acquéreur est substitué à l'usufruitier dans l'usage et la jouissance de la chose. Mais le droit réel n'est pas transmis. Il continue à résider sur la tête du cédant. Aussi le sort du droit du cessionnaire est-il lié au droit du cédant. L'usufruit venant à s'éteindre, le droit du cessionnaire prend nécessairement fin.

inction de l'usufruit se produit alors si le non usage s'est continué un an pour les meubles, deux ans pour les immeubles. Sous Justinien ce délai est de trois ans pour les meubles, dix à vingt ans pour les immeubles.

3° Enfin, l'usufruit s'éteint par la *mutatio rei*, c'est-à-dire lorsque la chose vient à être détruite ou à subir une altération essentielle (V. n° 107, note 1). C'est ce qui arrive lorsque l'usufruit porte sur une maison qui est incendiée ou qui s'écroule, ou sur une forêt qui est arrachée et convertie en terrain de labour. Il résulte de là que l'usufruit ne pouvait être établi sur des choses qui se consomment par le premier usage, telles que les denrées, le vin, l'huile, l'argent monnayé. Pour ces choses, en effet, le *jus utendi* aboutit immédiatement et nécessairement au *jus abutendi*. Mais, comme les legs d'usufruit portant sur ces choses étaient très fréquents et qu'on voulait donner satisfaction aux volontés des testateurs, on chercha et le Sénat trouva un moyen de remédier aux rigueurs du droit civil. Un sénatusconsulte, dont la pensée fut développée ensuite par la pratique, permit de constituer l'usufruit sur des choses *quæ in abusu continentur* (Ulp., *Reg.*, XXIV, 27) (3).

Celui qui recevait ces choses pour en user et en jouir méritait à peine le nom d'usufruitier. Il pouvait en effet en disposer d'une façon absolue, à l'égal d'un propriétaire, et sans encourir aucune responsabilité. Tout ce qu'il devait, c'était restituer des choses de même genre, qualité et quantité à la fin de l'usufruit, ou leur estimation si cela avait été convenu. Débiteur de choses de genre, il n'était pas comme l'usufruitier libéré par les cas fortuits. D'autre part, le nu-propriétaire ne retenait aucun droit réel sur les choses remises à l'usufruitier; il n'avait donc contre lui qu'une action personnelle en restitution provenant de la *cautio* qu'on imposait ici à l'usufruitier, par imitation de la *cautio* habituelle. Il courait donc le risque de l'insolvabilité de son débiteur et n'avait pas, comme dans l'usufruit ordinaire, la ressource de l'action en revendication pour échapper au concours des autres créanciers. Toutefois, le droit de jouissance devait prendre fin, comme un usufruit, à l'arrivée du terme ou à son décès. C'est pour cela qu'on put le considérer comme voisin de l'usufruit, *quasi ususfructus* (2, § 1. Dig., *De usufr. ear. rer.*, VII, 5, Gaius). De là vient le nom de quasi-usufruit que lui ont donné les modernes (art. 587, C. civ.). Mais il y avait

(3) Ce sénatusconsulte date probablement de l'époque de Tibère. C'est peut-être le plus ancien document de ce genre qui ait fait du droit privé. Il ne prévoyait pas textuellement le legs de choses de consommation, mais permettait de léguer toute chose faisant partie du patrimoine (1. Dig., *De usufr. ear. rer.*, VII, 5, Ulp.).

là, on ne saurait le nier, une extension de la notion d'usufruit en dehors de ses limites juridiques normales (4).

DROITS RÉELS DU DROIT PRÉTORIEN

111. — *Notion et divisions.* — Les droits réels admis par le droit civil se distribuent en deux catégories bien distinctes. A lui seul, le *dominium* figure dans l'une. Les *jura* ou servitudes composent la seconde (V. n° 74). Assez longtemps on put s'en tenir là. Puis le droit honoraire, faisant ici son office de législation supplétoire, dut pourvoir à des situations nouvelles voisines de celles que dès l'abord le droit civil avait jugées dignes d'être protégées. Mais les magistrats ne crurent pas utile d'ajouter des catégories nouvelles aux deux précédemment admises. Les droits réels du *jus honorarium* sont donc simplement des extensions du *dominium* ou des types nouveaux de servitudes (1).

I. — Droits réels prétoriens semblables au *dominium*.

Propriété prétorienne. — Le droit romain primitif ne reconnaissait qu'une seule forme du droit de propriété : le *dominium ex jure quiritium* (G. II, 40). En dehors du *dominium*, on ne pouvait avoir sur la chose qu'un droit de possession, que le préteur protégeait par des interdits, et qu'il finit, dans certains cas favorables, par garantir au moyen d'actions *in rem*: C'était reconnaître au profit du possesseur, une sorte de droit réel, semblable au *dominium*. Ces applications nouvelles du droit de propriété n'ont pas reçu des Romains un nom spécial et générique. Les modernes, voyant en elles une forme inférieure du *dominium*, se les représentent comme des cas particuliers d'une sorte de propriété d'ordre

(4) L'innovation, si profonde qu'elle fût, se dissimulait sous des dehors modestes. Le Sénat se bornait à inviter les préteurs à imposer à l'usufruitier la *cautio* déjà usitée pour l'usufruit ordinaire, sauf à introduire dans sa formule les modifications qu'exigeait la nature particulière des choses sujettes à l'usufruit (7. Dig., *De usufr. ear. rer.*, VII, 5, Gaius). Les témoignages concordent pour prouver que le sénatusconsulte mentionnait expressément la *cautio* : *ad Scitum erit descendendum quod de cautione eorum loquitur* (11. Dig., *cod. tit. Ulp.*); *cautio senatusconsulti* (12. Dig., *Usufr. quem cav.*, VII, 9, Ulp.); *per cautionem quasi usumfructum constituit* (§ 2. Inst., *De usufr.*, II, 4).

111. — (1) Un seul droit réel honoraire, l'hypothèque, fait exception. Bien qu'étant un *jus in re aliena* il ne peut être classé parmi les servitudes.

secondaire qu'ils appellent propriété prétorienne (2). Pour se rendre compte des hypothèses où fut admise la propriété dite prétorienne, il suffit de noter que la propriété du droit quiritaire, ne pouvait appartenir qu'aux citoyens, qu'elle ne pouvait être établie que sur des choses susceptibles de *dominium*, et à la suite d'un mode quiritaire de transfert. L'intervention prétorienne eut précisément pour effet d'étendre la notion du droit de propriété au delà de ces limites étroites. Des actions *in rem*, pétitoires copiées sur la revendication, furent admises au profit du possesseur dans les cas où la nationalité de celui-ci, la nature de la chose, ou bien le procédé de transfert employé faisaient obstacle à l'établissement du *dominium*.

Premier cas. — On admit que les pérégrins, lorsqu'ils auraient reçu tradition d'une chose *mancipi* ou *nec mancipi*, pourraient exercer l'action *in rem*, et aussi opposer après une longue possession la *præscriptio longi temporis* (V. n° 93).

Deuxième cas. — Sur les fonds provinciaux non susceptibles de *dominium*, les particuliers avaient une sorte de droit réel; pour lequel on finit par créer le nom de *proprietas* (V. n° 71), et qui était garanti par une revendication utile. Le possesseur pouvait également invoquer l'avantage de la *præscriptio longi temporis* (V. n° 93) (3).

Troisième cas. — Ici, ni la qualité de l'acquéreur, ni la nature de la chose ne s'opposent à l'acquisition du *dominium*. L'obstacle vient du mode de transfert employé, le droit civil ne le reconnaissant pas ou ne lui attribuant pas ses effets ordinaires. Dans ces hypothèses le droit de propriété plein est comme dédoublé. L'acquéreur n'a sur la chose qu'un droit incomplet qui lui assure les avantages effectifs du droit de propriété à l'exception du titre de propriétaire qui reste attribué à l'aliénateur. On disait alors que l'acquéreur avait la chose dans ses biens, *in bonis habere*, tandis que celui de qui il la tenait conservait le *dominium ex jure quiritium* (G. II, 40) (4). Celui qui avait la chose dans ses biens, le pos-

(2) V. Accarias, t. I, n° 282; Appleton, histoire de la propriété prétorienne. Girard, *Manuel élém.*, p. 262, ne qualifie propriétaire prétorien que celui qui a l'*in bonis habere*.

(3) Pour ces deux premiers cas de propriété prétorienne, adde, Girard, *Manuel élém.*, p. 259, 260, 351, 352.

(4) Les cas les plus importants d'*in bonis habere* sont les suivants : 1° Il y a eu simple tradition d'une *res mancipi* ce qui, en droit civil, ne suffisait pas pour qu'il y eût transfert du *dominium* (V. nos 70, 89). 2° Une succession a été déférée par le préteur, en vertu de l'Edit, au *bonorum possessor* (V. nos 236, 249). 3° Le patrimoine d'un débiteur insolvable est acquis à la suite d'une *bonorum venditio* au *bonorum emptor* (V. n° 290).

sesseur bonitaire, comme on l'appelle parfois, pouvait user de la chose, en percevoir les fruits, les garder en toute propriété. Il pouvait même transmettre la chose à un tiers par tradition. Pour la protection de ses droits, le préteur lui donnait outre les interdits une voie pétitoire, l'action dite publicienne, *actio publiciana*, qui lui permettait d'agir contre les tiers à l'effet de leur reprendre sa chose⁽⁵⁾. Les droits du *dominus ex jure quiritium* se trouvaient donc en réalité réduits à néant. Il n'avait plus qu'un titre nu, à peu près illusoire. Aussi son droit de propriété était-il appelé *nudum dominium*, et lui-même *nudus dominus ex jure quiritium* (G. I, 54; III, 166)⁽⁶⁾. Le droit civil lui-même effaçait le titre du *dominus*. Il l'attribuait au possesseur qui avait possédé le temps requis pour que sa possession se transformât en *dominium* par la voie de l'usucapion (V. n° 91, 1°).

Avec ses aspects multiformes la propriété prétorienne formait en somme une institution distincte de la propriété civile. Ce dualisme que Gaius constate encore en l'appelant *divisio* (G. II, 40) ne dura pas. Plusieurs causes provoquèrent sa disparition. Les actions pétitoires données au propriétaire prétorien et la *rei vindicatio* ne différaient guère que par la formule. Le jour où disparut le système formulaire, il y eut identité absolue entre elles. D'autre part, toute différence s'effaçant entre les pérégrins et les citoyens, entre les fonds italiques et les fonds provinciaux, deux des cas d'application de la propriété prétorienne n'eurent plus de raison d'être. Restait l'*in bonis habere* que Justinien fait disparaître en supprimant toute distinction entre le *nudum dominium* et l'*in bonis habere* (1. Cod., *De nud. jur. quir. toll.*, VII, 25)⁽⁷⁾. Par un long circuit, on était donc revenu au point de départ, à la conception primitive, l'unité

(5) En outre, le préteur lui permettait de paralyser l'action en revendication intentée contre lui par le *dominus* au moyen d'une exception fondée sur la bonne foi. Il sera parlé à plusieurs reprises de cette exception qui, suivant les cas, prend les noms d'*exceptio rei venditæ et traditæ*, *donatæ et traditæ*, etc. Les deux voies : exception et action sont mentionnées ensemble par Modestin (52. Dig., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1).

(6) La condition faite à ce *nudus dominus*, semblable à celle du nu-propriétaire en cas d'usufruit, en diffère en ce qu'il ne peut avoir l'espoir de recouvrer la pleine propriété. De même, pour les fonds provinciaux, l'Etat n'est qu'une sorte de *nudus dominus*. Toutes ces situations étaient en somme assez voisines l'une de l'autre. Aussi le droit innommé du possesseur de fonds provinciaux paraît avoir été désigné par les termes : *habere possidere frui* (Loi agraire de 643), où l'on retrouve confondues les dénominations, plus tard distinctes, relatives à l'*in bonis habere*, à la possession et à l'usufruit. Adde, Girard, *Manuel élément.*, pp. 260, 351.

(7) Cette disparition devait fatalement se produire, lorsqu'on ne distingua plus les *res Mancipi* et *nec Mancipi*, lorsque les droits du *bonorum possessor* se confondirent avec ceux de l'héritier, lorsqu'enfin la *bonorum venditio* fut supprimée (V. ci-dessus, note 4).

de la propriété, *unum esse dominium* (G. II, 40). Un progrès considérable avait pourtant été réalisé : la propriété avait perdu son caractère étroit et quiritaire, elle s'était humanisée comme le droit romain lui-même, la propriété prétorienne avait triomphé du *dominium*.

II. — Droits réels prétoriens semblables aux servitudes.

112. — *Emphytéose et superficie*. — Déjà on a eu à mentionner l'intervention du préteur dans les modes de constitution des servitudes (V. n^{os} 104, 109). Mais les servitudes établies *tuitione prætoris* sont les servitudes reconnues par le droit civil. Le préteur ne faisait que faciliter leur établissement. Il alla plus loin. Il admit d'autres servitudes que celles du droit civil : le *jus in agro vectigali* transformé plus tard en droit d'emphytéose et la *superficies* ou droit de superficie (1). Ces servitudes ont un trait commun. Elles supposent qu'un fonds a été concédé à long terme par son propriétaire, moyennant le paiement d'une redevance périodique. La condition du concessionnaire est donc celle du locataire. Or, le locataire n'a pas de droit réel sur la chose louée (V. n^o 153). Mais le préteur comprit que les louages à longue durée privent le propriétaire de sa chose pour un temps tellement prolongé, que la location équivaut à la concession d'un droit réel. C'est une sorte d'usufruit dont la durée peut être plus longue que celle d'un usufruit ordinaire (2).

1^o Emphytéose. — L'emphytéose, *emphyteusis*, est récente. Elle avait été précédée par deux institutions analogues : le *jus in agro vectigali* du préteur et le *jus emphyteuticum*. Les municipes ne pouvant exploiter eux-mêmes leurs terres, faisaient comme l'État pour les terres de l'*ager publicus*. Ils les concédaient à des particuliers à charge de redevance, *vectigal*. Afin de permettre aux concessionnaires des travaux d'amendement et une exploitation de longue haleine, la concession n'était pas limitée, en général, dans sa durée. Elle était censée faite *in perpetuum*. Le concessionnaire ne pouvait être renvoyé tant qu'il continuait à payer régulièrement sa redevance, et ses héritiers lui succédaient, aux mêmes con-

112. — (1) Quant à l'hypothèque, c'est bien un droit réel prétorien puisqu'elle est protégée par une *actio in rem* prétorienne (V. n^o 223). Mais ce n'est pas une servitude (V. n^o 111, note 1).

(2) Le droit moderne a été touché des mêmes considérations, lorsqu'il a exigé la transcription des baux d'une durée de plus de 18 ans (art. 2, loi du 23 mars 1855). C'est traiter le bail à longue durée à l'égal d'un droit réel.

ditions, dans la jouissance des *agri vectigales* (G. III, 145). Bien qu'il ne devînt pas *dominus*, le concessionnaire était investi d'un droit réel, *jus in agro vectigali*, qui lui permettait d'agir par voie d'action *in rem* contre le municpe lui-même et contre les tiers (1, pr. § 1. Dig., *Si ager vectig.*, VI, 3, Paul). Cette action, dont l'origine prétorienne ne paraît pas douteuse, est appelée *actio vectigalis*. A l'époque impériale, ces concessions à longue durée furent pratiquées pour l'exploitation de terres incultes comprises dans le domaine public ou appartenant en propre à César, *fundi patrimoniales*. Plus tard, les grands propriétaires fonciers imitèrent cet exemple. Le droit qui était ainsi donné au concessionnaire fut appelé d'un nom grec : *jus ἐμφυτευτικόν* (3), mais il avait la plus grande analogie avec le *jus in agro vectigali*.

Rien d'étonnant, dès lors, si ces deux institutions si voisines se sont fondues en une seule, désignée sous le nom de *jus emphyteuticum*, *emphyteusis*. C'est l'emphytéose du dernier état du droit. L'emphytéote a un droit réel sur la chose d'autrui, garanti par les interdits possessoires et une action *in rem* ouverte contre tous les tiers et même contre le concédant. Semblable à l'usufruit, l'emphytéose donne le droit d'user de la chose, et d'en garder les fruits en toute propriété. Mais elle en diffère à beaucoup d'égards. C'est ainsi que l'emphytéote peut faire sur le fonds des changements et améliorations qui lui paraissent utiles, modifier même la destination du fonds. Il acquiert les fruits non par la perception, mais par la simple séparation. Enfin le droit d'emphytéose n'est pas exclusivement attaché à la personne du concessionnaire. Ce dernier peut le transmettre à ses héritiers et en disposer entre-vifs à n'importe quel titre. Malgré l'étendue des droits qui lui sont accordés, l'emphytéote n'est pas substitué au *dominus*. Celui-ci, outre les droits résultant pour lui du contrat constitutif de l'emphytéose, peut reprendre la chose lorsque l'emphytéose prend fin (4).

2° *Superficie*. — Le propriétaire du sol peut avoir concédé, soit à perpétuité, soit pour un temps assez long, l'usage des constructions élevées sur son terrain, moyennant une redevance, *solarium*.

(3) L'étymologie du mot : ἐμφυτεύω, qui signifie *planter dans*, montre bien que le concessionnaire reçoit les terres pour les mettre en culture. Le complant de notre ancien droit français correspond à l'emphytéose romaine, et il porte un nom qui a la même signification. V. Viollot, *Histoire du droit civil français*, p. 660.

(4) Les rapports contractuels entre l'emphytéote et le *dominus* seront étudiés au sujet du contrat de louage (V. n° 153). L'emphytéose prend fin, lorsqu'elle est faite à terme, par l'arrivée du terme, par la mort de l'emphytéote qui ne laisse pas d'héritiers et n'a pas cédé son droit, par le défaut de paiement de la redevance (*pensio*, *reditus*) pendant un certain temps.

Cette convention est comme la convention emphytéotique un louage à long terme. Mais comme elle, et à la différence du louage ordinaire, elle confère au concessionnaire un droit réel, la *superficies*, sanctionné par le préteur. Celui-ci, en effet, voulant protéger la possession du superficiaire lui donna d'abord un interdit possessoire spécial, l'interdit *de superficte*, puis une action *in rem* utile, calquée sur la revendication, contre les tiers et le propriétaire lui-même (1, pr. Dig., *De superf.*, XLIII, 18, Ulp.) (5).

CAPACITÉ NÉCESSAIRE POUR ALIÉNER OU ACQUÉRIR

113. — I. *Capacité d'aliéner.* — En règle générale, tout propriétaire peut aliéner sa chose, ou constituer sur elle des droits réels, démembrements du droit de propriété. Les exceptions que comporte cette règle sont de deux sortes. Il y a des incapacités générales qui, tenant à la condition juridique du propriétaire, s'appliquent sans distinction à tous ses biens. Telles sont l'incapacité du pupille, du fou, du prodigue, du mineur de vingt-cinq ans (V. nos 58, 64). Mais l'incapacité d'aliéner peut être spéciale, c'est-à-dire ne concerner que certains biens. C'est ainsi que les femmes placées en tutelle perpétuelle ne pouvaient pas aliéner leurs *res mancipi* sans l'*auctoritas tutoris* (V. n° 62), et que, depuis la loi *Julia*, le mari, bien que propriétaire de la dot, était incapable d'aliéner les immeubles dotaux sans l'assentiment de sa femme (V. n° 173).

Il est évident d'ailleurs que, pour pouvoir transférer la propriété ou grever une chose de droits réels, il faut en être propriétaire. On ne peut pas utilement consentir de pareils actes sur la chose qui est la propriété d'autrui, car on ne peut transférer des droits qu'on n'a pas soi-même. Par exception, certaines personnes peuvent aliéner, sans être propriétaires. Tel est le cas pour le mandataire qui a reçu pouvoir à cet effet, pour les tuteurs et curateurs qui sont des mandataires légaux, pour les créanciers gagistes ou hypothécaires qui sont censés avoir reçu du débiteur mandat d'aliéner (G. II, 64).

II. *Capacité d'acquérir.* — Toute personne *sui juris* a la capacité d'acquérir la propriété ou un droit réel. Les *alieni juris* ne

(5) Gaius met le *jus in re* du superficiaire sur la même ligne que celui de l'usufruitier ou de celui qui a une hypothèque (19, pr. Dig., *De dam. inf.*, XXXIX, 2), et Julianus le qualifie de servitude (86, § 4. Dig., *De legat.*, 1°, XXX).

peuvent rien acquérir pour eux-mêmes, puisqu'ils n'ont pas de patrimoine (G. II, 87) (1). Ce qu'une personne peut acquérir par elle-même, ne peut-elle aussi l'acquérir par l'intermédiaire d'autrui? Il faut à cet égard distinguer selon que l'acquisition se réalise par les personnes soumises à la puissance ou par les personnes qui n'y sont pas soumises, *extraneæ personæ*.

1° *Acquisition par les personnes soumises à la puissance.* — Les *alieni juris* étaient entre les mains de celui qui avait sur eux la puissance, de véritables instruments d'acquisition. C'est ainsi qu'on acquérait la possession et la propriété par l'intermédiaire des enfants de famille, des femmes *in manu*, des esclaves, des personnes *in mancipio* (G. II, 86, 89). L'acquisition se réalisait alors à l'insu ou même contre le gré de celui qui avait le droit de puissance (2).

2° *Acquisition par les personnes non soumises à la puissance, per extraneam personam.* — Ici, une règle absolue prévalut tout d'abord, c'est qu'on ne peut réaliser aucune acquisition par l'intermédiaire des personnes non placées sous la puissance (G. II, 95). Ainsi le voulait le principe de la non représentation dans les actes juridiques. Dans le pur droit romain, l'acte juridique ne peut produire d'effets qu'en la personne de celui qui l'accomplit et non en la personne d'un autre. Mais une grave dérogation fut admise pour l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'un mandataire, d'un tuteur, d'un curateur ou administrateur d'une ville, et, par voie de conséquence, cette exception entraîna la disparition de la règle en ce qui concerne la propriété elle-même.

On décida en effet que lorsqu'une personne avait mandat d'acquérir la possession, la possession était acquise au mandant par le seul fait de l'appréhension réalisée par le mandataire. L'intention exprimée par le mandant au moment où le mandat avait été donné suffisait. Dès que le mandataire avait appréhendé la chose, la possession était acquise, avant même que le mandant eût eu connaissance de l'appréhension : *possessio per procuratorem ignorantis quaeritur* (49, § 2. Dig., *De acq. vel amitt. poss.*, XLl, 2, Papin.) (3).

113. — (1) On a déjà vu dans quelle large mesure ce principe avait été atténué à l'égard des enfants de famille par l'institution des pécules (V. n° 36).

(2) Toutefois, l'hérédité, à raison des charges qui peuvent la grever, ne pouvait être acquise par l'intermédiaire d'un *alieni juris* que sur un ordre formel du père ou du maître.

(3) A l'époque de Gaius, la question paraît encore controversée (G. II, 95). De l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'un *servus* ou d'un *filius*, on a dû facilement passer à l'acquisition par un *procurator* (mandataire général), par un gérant d'affaires, et par un mandataire spécial.

Cette décision fut aussi admise à l'égard des tuteurs, curateurs et administrateurs des villes, considérés comme mandataires des personnes dont ils gèrent les biens.

Une fois acceptée, cette dérogation aux principes, devait réagir sur la théorie de l'acquisition de la propriété *per extraneam personam*. Si, en effet, le propriétaire d'une *res nec Mancipi* en fait tradition à un mandataire, tuteur, curateur, ou administrateur d'une ville, avec l'intention d'aliéner, la propriété sera nécessairement transférée en même temps que la possession. Si la tradition porte sur une *res Mancipi*, la propriété n'est pas transférée immédiatement au mandant ou à l'incapable, mais ceux-ci commencent à usucaper, même à leur insu. A l'époque de Justinien, toute distinction ayant disparu entre les *res Mancipi* et *nec Mancipi*, on peut dire que le mandant acquiert toujours la propriété par l'intermédiaire du mandataire, par le seul effet de la tradition reçue par ce dernier. Le même résultat se produit à l'égard des personnes en tutelle ou en curatelle et pour les villes. Il ne reste donc plus rien de la vieille règle : *per extraneam personam adquiri non posse* (§ 5. Inst., *Per quas pers.*, II, 9).

DROITS PERSONNELS OU OBLIGATIONS

Notions générales.

114. — *Définition de l'obligation.* — On a déjà eu l'occasion de donner une idée sommaire des droits personnels ou d'obligation et de marquer la différence qui les sépare des droits réels (V. n° 67). Il faut préciser cette notion. La définition la plus complète de l'obligation que les sources nous aient transmise est celle des Institutes de Justinien : *Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei secundum nostræ civitatis jura* (pr. Inst., *De obligat.*, III, 13). Elle met parfaitement en lumière, sous une forme un peu trop concise, les trois éléments essentiels de l'obligation. 1° L'obligation crée un lien de droit entre deux personnes. 2° Ce lien consiste en ce que l'une de ces personnes est assujettie à accomplir certains actes au profit de l'autre. 3° L'accomplissement de ces actes est assuré à la partie qui doit en profiter au moyen d'une sanction légale.

1° Dans toute obligation on trouve nécessairement deux personnes que le langage juridique moderne appelle les sujets de l'obli-

gation. Entre ces deux personnes, l'obligation établit un lien de droit, *vinculum juris* (1). En vertu de ce lien, l'une d'elles, le créancier, *creditor*, peut exiger de l'autre, le débiteur, *debitor*, une prestation déterminée (2). Le rapport d'obligation place donc le débiteur dans un état de dépendance vis-à-vis du créancier, puisque celui-ci a le droit d'exiger certains actes à l'accomplissement desquels le débiteur ne serait pas tenu sans l'existence du lien obligatoire. Il y a par conséquent dans l'obligation quelque chose d'anormal et de contraire au droit commun, puisqu'elle consacre une extension de la libre activité du créancier en dehors de ses limites naturelles, en même temps qu'elle apporte une restriction à la liberté du débiteur. Aussi l'obligation n'est-elle pas destinée à durer, mais à prendre fin, en principe quand le créancier a reçu la prestation à laquelle il a droit. Les textes disent alors, dans leur langage toujours expressif, qu'il y a *solutio* (*solvere*, délier), et que le débiteur, débarrassé de la chaîne légale qui l'unissait au créancier, est libéré, *liberatio* (V. n° 196).

2° L'effet direct de l'obligation est d'astreindre le débiteur à une prestation au profit du créancier (3). C'est ce qu'indiquent les expressions *necessitate alicujus solvendæ rei*. Cette prestation peut consister ou bien dans un acte que le débiteur doit accomplir, par exemple payer une somme d'argent, remettre la possession d'une chose, transférer la propriété ou un droit réel, ou dans un acte dont il doit s'abstenir, par exemple s'abstenir de tout dol. On voit par là que l'objet immédiat de l'obligation, ce à quoi le créancier a droit, c'est le fait même du débiteur (fait d'action ou d'abstention), et c'est précisément ce caractère de l'obligation qui lui a fait donner le nom de droit personnel. C'est d'ailleurs en cela, on l'a déjà vu (V. n° 67), que le droit d'obligation se sépare du droit réel. Le

114. — (1) La métaphore qu'exprime le mot *vinculum* se retrouve également dans le mot *obligatio* (*ob ligare*), comme aussi dans le terme *contractus* (*cum trahere*). Le langage du très ancien droit romain rendait d'une façon non moins énergique et pittoresque cette idée du lien obligatoire en appelant *nexum* (de *nectere*, lier), l'obligation résultant du prêt contracté *per æs et libram* (V. n° 126).

(2) Les expressions *creditor* et *debitor* n'ont été employées qu'assez tardivement pour désigner le créancier et le débiteur. Le mot *reus* semble avoir été le terme admis dans la vieille langue juridique pour l'un et l'autre sujet de l'obligation. *Reus* signifie, en effet, celui qui est partie à un procès (Festus, *vis Reus Contestari*). Or il est certain que toute obligation peut donner lieu à un procès où les deux parties seront précisément le créancier et le débiteur.

(3) Le mot *obligatio* rend parfaitement cette idée. Aussi cette expression sert-elle indifféremment à désigner le droit du créancier contre le débiteur (9, § 8. Dig., *De reb. cred.*, XII, 1, Ulp.); 126, § 2. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Paul), droit appelé plus spécialement droit de créance, et l'assujettissement imposé au débiteur appelé plus communément obligation.

jurisconsulte Paul met parfaitement en relief cette différence : *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum* (3, pr. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7). Ajoutons pour compléter ce qui vient d'être dit à propos de l'objet de l'obligation, que la prestation due doit pouvoir être estimable en argent (9, § 2. Dig., *De statul.*, XL, 7, Ulp.). Aussi, l'existence d'un lien d'obligation entre deux personnes modifie-t-elle la composition de leur patrimoine respectif. L'obligation fait partie de l'actif du créancier auquel elle ajoute une valeur et elle augmente le passif du débiteur en le grossissant d'une charge nouvelle.

3° Le droit du créancier serait presque illusoire, s'il ne lui permettait pas, à défaut d'exécution volontaire, de forcer le débiteur à fournir la prestation due. L'*obligatio*, pour être pleinement efficace, a donc besoin d'être soutenue par un droit de contrainte contre le débiteur. Ce droit de contrainte, c'est l'action, *actio*, c'est-à-dire le droit d'agir en justice pour réclamer l'exécution de ce qui est dû. Sans l'*actio*, le créancier n'aurait évidemment qu'un droit sans force, puisqu'il dépendrait de la mauvaise foi, de la mauvaise volonté du débiteur ou de sa négligence de le rendre sans effet (4). Cette union intime de l'obligation et de l'action qui la sanctionne, n'est pas formellement énoncée dans la définition des Institutes. Elle ressort néanmoins des expressions : *quo necessitate adstringimur secundum nostræ civitatis jura*, ce qui implique bien l'idée d'une contrainte organisée par le droit civil (5).

En résumé, l'obligation est un lien juridique entre deux personnes, en vertu duquel l'une d'elles est tenue d'accomplir au profit de l'autre une prestation déterminée évaluable en argent, et peut y être contrainte par voie d'action.

115. — *Histoire sommaire du droit d'obligation.* — Le droit des obligations a joué dans le monde antique un rôle beaucoup moins considérable que dans nos sociétés modernes. Le domaine de l'obligation est aujourd'hui illimité, ou, pour mieux dire, il n'a d'autres limites que celles que les forces naturelles ou la loi nous

(4) Aussi n'y a-t-il aux yeux des Romains d'*obligatio* véritable que celle qui est munie d'*actio*, de même qu'il n'y a ni *creditor* ni *debitor* que ceux qui ont droit à une action ou y sont exposés (42, § 1. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7; Ulp.; 108. Dig., *De verb. signif.*, L. 16, Modest.).

(5) L'idée de contrainte reparait également, avec non moins de force dans le mot *oportere* qui se trouve dans l'*intentio* de la formule de l'*actio in personam* (G. IV, 2).

imposent. Chaque jour, les découvertes de la science, la création de richesses nouvelles, la facilité des communications qui produit la facilité des échanges, élargissent son champ d'application. Les combinaisons variées auxquelles se prête si aisément l'obligation, sont sanctionnées sans difficulté par le législateur, qui n'a cherché qu'à faire la part la plus large à la liberté et à l'initiative individuelles. Il s'en faut de beaucoup que telles aient été dans les débuts des civilisations la fonction et l'importance de l'obligation. Elle fut, en effet, durant longtemps, sinon inconnue, du moins d'un usage fort restreint (1). Enfermé dans le cercle étroit d'une famille ou d'un clan familial, puissamment secondé par le travail servile, l'individu n'était jamais isolé et n'avait besoin, par suite, d'avoir recours ni aux capitaux ni à l'activité d'autrui. L'obligation ne commence à faire son apparition qu'à partir du moment où l'homme n'est plus absorbé dans l'unité puissante du groupe familial, et où livré à ses propres ressources il ne peut plus se passer des services des autres, lorsqu'en un mot les raffinements d'une civilisation plus compliquée lui ont créé, avec des besoins nouveaux, plus de difficultés à les satisfaire.

C'est selon cette loi que s'est développé à Rome le droit des obligations. Dans le principe, le *paterfamilias*, propriétaire exclusif de l'*heredium*, assuré d'avoir en outre son lot de terres arables dans les partages de terres publiques, et son droit à l'usage des *pascua publica*, n'avait besoin que d'instruments de travail, esclaves ou animaux, qu'il se procurait aisément soit à la guerre, soit par voie d'échange des produits du sol. Le genre de vie de la population romaine, presque exclusivement adonnée à l'agriculture, mettait donc obstacle sinon à la naissance, du moins au développement du droit des obligations. Mais la constitution essentiellement aristocratique de l'État romain ne tarda pas à se modifier. La population s'accrut d'éléments nouveaux en grande partie plébéiens, qui restèrent en dehors des cadres étroits de l'organisation patricienne. Des inégalités se produisirent dans les fortunes privées. Chacun n'eut plus, avec sa part dans les terres cultivables, avec ses clients et ses esclaves, le moyen assuré de subvenir à ses besoins, avec ses seules ressources. Puis vint le temps où la civilisation romaine s'affina au contact des peuples de culture ou de race hellénique. Des besoins nouveaux de luxe, de bien-être, transformèrent la vieille société quiritaire et donnèrent au droit des obligations une importance toujours grandissante.

115.— (1) V. dans ce sens, Sumner Maine, *L'ancien droit*, ch. IX, pp. 288, 289, 296.

C'est ainsi qu'on le voit se développer lentement d'abord pendant les premiers siècles de la période du *jus civile*, puis sous l'influence croissante du *jus gentium* se dégager péniblement des entraves où l'avaient tenu enserré les exigences formalistes du droit primitif. Ce travail de transformation, inauguré sous la République, se trouve déjà poussé fort avant au début de l'Empire. A ce moment sont tombées presque toutes les barrières qui avaient fait obstacle au libre épanouissement de cette partie du droit privé. L'époque classique voit s'affirmer de plus en plus ce mouvement dont on ne peut, à cette place, qu'esquisser les grandes lignes. Si loin pourtant qu'il ait été dans cette voie, le droit romain n'a pas réussi à s'affranchir définitivement des idées et des traditions que lui avait léguées l'époque primitive. L'œuvre entamée par lui a été poursuivie dans le même sens par le droit moderne. Le droit d'obligation a maintenant la largeur d'application et la souplesse d'allures qui lui conviennent.

Notre loi ne doit donc pas tout au droit romain. Mais les emprunts qu'elle lui a faits ont été plus nombreux ici que partout ailleurs. L'analyse de l'obligation dans ses sources, ses multiples applications pratiques, ses causes d'extinction, ses effets, avait été portée à un haut degré de perfection par l'esprit juridique romain. L'influence du *jus gentium* s'était fait sentir ici de meilleure heure, d'une façon plus suivie et plus efficace que dans les autres parties du droit privé. Le formalisme primitif avait fini, sinon par disparaître, du moins par s'atténuer dans une large mesure. Le droit des obligations apparaissait donc comme l'expression définitive de la doctrine juridique : il s'imposait aux modernes comme un modèle difficile à surpasser. Déjà appréciable pendant la première partie du moyen âge, l'influence romaine eut donc en matière d'obligation une prépondérance qui ne fit que s'accroître à partir de la renaissance des études de droit romain (2). Elle s'accroît encore à mesure qu'on se rapproche de l'ère moderne. Nos grands jurisconsultes français des xvii^e et xviii^e siècles, les Domat et les Pothier, héritiers directs de la tradition des jurisconsultes romains, ne font que reproduire les maximes fondamentales établies par leurs devanciers (3). A leur tour, ils servent de modèles aux rédacteurs du Code civil qui se bornent le plus souvent à résumer leurs travaux et à les traduire en articles de loi.

(2) V. Viollet, *Histoire du droit civil français*, pp. 602, 604.

(3) V. Domat, *Traité des lois civiles*, I, 1; Pothier, *Traité des obligations, des contrats de vente, de louage, etc.*

116. — *Principales divisions des obligations.* — L'évolution historique qui vient d'être retracée apparaîtra avec plus de clarté par la suite. L'étude des principales divisions des obligations va immédiatement montrer l'importance toujours croissante du droit d'obligation à mesure que les *gentes* se dissolvent, que les villes grandissent aux dépens des campagnes, que les affaires et le négoce prennent le pas sur le simple trafic des produits agricoles, à mesure enfin que la conquête met en contact la civilisation romaine avec des peuples de culture plus ancienne.

I. *Première division.* — Les obligations se distinguent en obligations du *jus civile* ou du *jus gentium* (1).

1° Par obligations dérivant du *jus civile*, on entend celles qui furent consacrées dès le principe par le droit quiritaire, et qui sont toujours restées propres aux citoyens romains à l'exclusion des pérégrins. L'antiquité de leur origine se révèle par le petit nombre de leurs applications et par la solennité de leurs formes. Telles sont : l'obligation dérivant du prêt d'argent conclu en forme solennelle, *nexum*; la *verborum obligatio* dite *sponsio*; plus tard l'obligation *litteris* (V. n^{os} 126, 134, 139). 2° Les obligations du *jus gentium* ont été empruntées par Rome aux usages des nations étrangères. Ces obligations se distinguent des premières par l'absence de toute solennité. Aussi restent-elles accessibles aux pérégrins et les citoyens eux-mêmes peuvent y prendre part (G. III, 93, 133) (2). Telles sont les obligations qui dérivent des contrats consensuels, des contrats *re*, et de la stipulation (V. n^{os} 143 et suiv., 126 et suiv., 134).

Les obligations du *jus gentium* forment la majorité, tandis que le nombre des obligations dérivant du *jus civile* est fort restreint (3). Ce fait s'explique si l'on considère que les obligations dérivant du *jus civile* sont de date très ancienne. Produit pur des coutumes nationales, exclusivement réservées aux membres de la

116. — (1) Cette diversité d'origine n'est pas spéciale à notre matière. On la retrouve à propos des modes d'acquisition de la propriété (V. n^o 81). Elle est en effet la conséquence de l'apparition successive des deux grands systèmes de droit privé, celui du *jus civile* et celui du *jus gentium* (V. n^o 5).

(2) On doit signaler encore une autre différence entre les obligations du *jus civile* et celles du *jus gentium*. Lorsque des paroles solennelles sont exigées pour la création de l'obligation du *jus civile*, elles doivent être prononcées en latin. La langue dont on se sert est indifférente lorsqu'il s'agit d'obligations du *jus gentium* (G. III, 93). V. Ihering. *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. III, pp. 274, 275.

(3) L'observation est faite par Hermogénien, l'un des jurisconsultes les plus récents (5. Dig., *De just. et jur.*, I, 1). Il fut un temps où à propos des institutions juridiques on n'aurait pas pu dire comme lui : *Ex hoc jure gentium dominia distincta... commercium, emtiones, venditiones... obligationes constituta, exceptis quibusdam quæ a jure civili introductæ sunt.*

communauté romaine, elles suffirent pendant longtemps, malgré la pauvreté de leurs applications, aux besoins restreints d'une population peu nombreuse, adonnée essentiellement aux travaux agricoles, étrangère au commerce et à l'industrie. Mais avec le temps, les relations avec les autres peuples devinrent plus fréquentes. Rome se trouva en contact avec des nations dont la civilisation était plus vieille que la sienne. Celles-ci avaient dépassé la phase où le formalisme est encore dominant, elles pratiquaient en matière d'obligations un droit d'allure plus simple, mieux approprié aux nécessités du commerce. L'influence qu'exerce en pareil cas la civilisation la plus avancée sur celle qui lui est inférieure, les exigences mêmes de la politique de conquête, la nécessité d'adapter le droit à des besoins nouveaux, eurent raison ici, plus qu'ailleurs, de l'esprit de conservation et de la tendance à la stabilité. Les anciennes formes d'obligation d'abord maintenues disparurent en grande partie, pendant qu'on faisait une place toujours plus grande aux obligations d'origine étrangère. Les cadres rigides du droit ancien s'élargirent pour accueillir ces institutions nouvelles dont le nombre alla toujours croissant avec le développement du négoce.

II. *Deuxième division.* — Les obligations se divisent en obligations civiles et en obligations honoraires, suivant que l'action qui les sanctionne est civile, c'est-à-dire reconnue par le *jus civile*, ou honoraire, c'est-à-dire est une création du *jus honorarium* (§ 1. Inst., *De obligat.*, III, 13). Le grand intérêt pratique de cette division se réduit donc à une différence dans les formes de procédure (4). Mais au point de vue historique, la distinction n'a pas moins d'importance que la précédente. Elle permet d'envisager sous un nouvel aspect la marche progressive du droit des obligations et son développement ininterrompu.

1° Les obligations civiles sont très nombreuses. Ce sont d'abord toutes celles qui dérivent du *jus civile*, ce mot étant pris dans le sens de droit propre aux seuls citoyens (V. 1^{re} division). Ce sont ensuite des obligations du *jus gentium*, auxquelles le droit romain a donné droit de cité en les munissant d'une action civile, par exemple, les obligations nées des contrats consensuels, des contrats *re*, des contrats innommés (V. nos 143 et suiv., 126 et suiv., 160 et suiv.). 2° Les préteurs et les édiles curules sanctionnèrent aussi certaines obligations. Comme elles ont été reconnues par le

(4) Elle correspond à la distinction établie ci-dessus entre le *jus civile* et le *jus honorarium* (V. n° 10).

jus honorarium on les appelle obligations honoraires (V. n° 164) (5).

Les obligations honoraires ont le caractère de véritables innovations. En les admettant, le magistrat remplissait son rôle habituel. Il cherchait à parer à l'insuffisance du droit civil. Toutefois, le nombre de ces obligations est fort restreint. Cette pauvreté des créations prétoriennes, ailleurs si fécondes, semble une anomalie. Mais ce n'est qu'une anomalie apparente. Il y eut une époque où il existait un groupe assez riche d'obligations sanctionnées par l'édit du magistrat au moyen d'actions *in factum* (6). Telles étaient celles qui dérivait des conventions de commodat, dépôt, gage, de la gestion d'affaires, du mandat, de la tutelle, des pactes de constitut, de serment, de *receptum* (V. nos 130, 186, 155, 61, 164, 166). Mais ce moment n'a été que de fort courte durée. De bonne heure, vers la fin de la République, le droit civil fit effort pour se compléter. Il ne trouva rien de mieux pour cela que d'adopter un grand nombre des obligations prétoriennes (celles nées du commodat, du dépôt, du gage, de la gestion d'affaires, du mandat, de la tutelle), et de les faire siennes en les munissant d'actions civiles. Dans les textes de l'époque impériale, elles ne nous apparaissent plus qu'avec leur caractère nouveau. Certaines, au contraire, ont conservé leur caractère primitif (celles nées des pactes de constitut, de serment, de *receptum*). Ce sont celles-là dont le petit nombre a pu faire croire que le droit honoraire avait manqué à sa tâche habituelle, alors qu'en réalité, c'est le progrès ultérieur du droit qui nous cache les tentatives qu'il avait faites de bonne heure pour compléter le *jus civile* et fournir aux besoins de la vie et des affaires des types nouveaux et appropriés. D'ailleurs l'activité prétorienne a trouvé à se manifester d'une autre façon. Et ici, l'évolution du droit n'a pas été jusqu'à en effacer presque toutes les traces. Fidèle à ses tendances, le préteur a cherché à faire prévaloir l'équité sur les rigueurs excessives du droit, l'intention sur la forme. Par des exceptions générales ou spéciales, il permet au débiteur de paralyser l'action du créancier (7). Il s'attache donc à corriger le droit civil autant qu'à l'enrichir.

(5) Le plus grand nombre de ces obligations provient de l'édit du préteur. Aussi les Institutes (§ 1, Inst., *De obligat.*, III, 13) se servent-elles du terme *prætorix* pour désigner les obligations honoraires en général. C'est là une façon de parler d'ailleurs assez fréquente (V. n° 10). Dans les textes des jurisconsultes plus anciens, ces obligations sont appelées de leur véritable nom : *honorariæ* (1, § 1. Dig., *De novat.*, XLVI, 2, Ulp.; 5, pr. Dig., *De pignorib. et hypothec.*, XX, 1, Marcian.).

(6) On verra que l'action *in factum* a pour fonction de sanctionner les créations émanant de l'initiative prétorienne (V. n° 278).

(7) C'est ce qu'il fait au moyen des exceptions *pacti conventi*, *doli*, *quod metus causa*, dont il sera parlé plus d'une fois par la suite.

III. *Troisième division.* — Une troisième division des obligations permet d'apercevoir par un autre de ses côtés le développement historique du système des obligations. Les obligations sont civiles ou naturelles. Ici le mot civil prend une fois de plus un sens nouveau. On entend par là les obligations qui sont munies d'action, que ce soit le *jus civile* ou le *jus honorarium*, qui ait créé cette action. Les obligations naturelles sont celles qui sont dépourvues d'action (1, § 1. Dig., *De novat.*, XLVI, 2, Ulp.). Les obligations dites naturelles produisent pourtant certains effets, et par conséquent, ne doivent pas être tenues pour des obligations nulles. Elles forment, à côté des obligations sanctionnées par le *jus civile* ou par le *jus honorarium*, un troisième groupe d'obligations que reconnaît le *jus naturale*, mais que l'exclusivisme obstinément étroit du droit romain a toujours tenues à l'écart et qu'il s'est refusé jusqu'à la fin à adopter (V. n° 189) (8).

Les principales divisions des obligations étant connues, il reste à entrer dans l'étude détaillée du système des obligations (9). Cette étude se divise en cinq grandes parties : 1° Sources des obligations ; 2° effets des obligations ; 3° extinction et transmission des obligations ; 4° modalités et variétés des obligations ; 5° garanties destinées à assurer l'exécution des obligations.

PREMIÈRE PARTIE

SOURCES DES OBLIGATIONS

117. — *Notions générales sur les sources des obligations.* — Par sources de l'obligation on entend les actes ou faits à la suite desquels ce lien s'établit entre deux personnes. Ces faits générateurs de l'obligation ont été l'objet de diverses classifications qui tirent leur principe du rôle joué par la volonté du débiteur dans la naissance de l'obligation. Suivant Gaius (G. III, 88 ; IV, 2, 182), qui

(8) Les obligations civiles, honoraires, naturelles, constituent trois couches de formation successive, qu'on trouve énumérées dans les textes d'Ulpien et Marcien cités note 5 ci-dessus. L'efficacité de ces obligations est en raison directe de l'ancienneté de l'assise à laquelle elles appartiennent.

(9) Les divisions indiquées au texte sont les plus générales. Il en est comme la division en obligations *stricti juris et bonæ fidei* qui ne sont pas applicables à toutes les espèces d'obligations (V. n° 119). D'autres, comme la division en obligations conventionnelles et non conventionnelles, en obligations *certæ* et *incertæ*, trouveront leur place ailleurs (V. nos 117, 123).

nous rapporte, semble-t-il, la plus ancienne de ces classifications, les obligations dérivent de deux sources, le contrat et le délit : *omnis... obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* (1).

Le contrat suppose une convention entre le débiteur et le créancier, c'est-à-dire l'accord de leurs deux volontés en vue de la création du lien d'obligation (V. n° 148). Dans cette obligation appelée conventionnelle à raison de la convention d'où elle est issue (2), le débiteur a accepté volontairement d'être lié envers le créancier. Le délit est un fait illicite que la loi réprime en obligeant son auteur à fournir une peine pécuniaire à celui qui en a été la victime (V. n° 177). Ici, par conséquent, l'obligation n'est point consentie volontairement par le débiteur, elle lui est imposée par la loi.

A côté des obligations qui proviennent du contrat et du délit, les Institutes (§ 2, Inst., *De obligat.*, III, 13) mentionnent celles qui naissent *quasi ex contractu* et *quasi ex delicto*. Cela fait, par conséquent, une quadruple division (3). Dans les débuts, en effet, la distinction en contrats et délits avait pu suffire. Mais avec le temps, le nombre des obligations sanctionnées par le droit s'était accru et beaucoup d'entre elles ne pouvaient être rattachées au contrat ou au délit, les unes, bien qu'ayant leur source dans un fait licite, parce que l'obligation se formait sans convention, les autres, quoique dérivant d'un fait illicite, parce que la classe des obligations *ex delicto* ne compta jamais qu'un nombre de cas fort restreint. Tout ce qu'on peut remarquer au sujet de ces obligations, ainsi tenues en dehors des deux classifications primitives, c'est qu'elles sont imposées par la loi au débiteur, et non consenties par lui. Aussi leur donne-t-on chez les modernes la qualification générique d'obligations légales (4). Les jurisconsultes romains ont groupé les faits d'où ces obligations découlent sous l'appellation, peu précise d'ailleurs, de *variæ causarum figuræ* (1, pr. Dig., *De*

117. — (1) Dans le très ancien droit romain, ces deux notions de contrat et de délit étaient probablement plus voisines l'une de l'autre qu'elles ne l'ont été plus tard. La violation du contrat pouvait être considérée comme une sorte de délit. V. Muirhead, *Introduction historique au droit privé de Rome* (trad. Bourcart), note e du traducteur, p. 585. Si cette conception est exacte, il serait plus conforme à l'ordre historique de commencer l'étude des sources des obligations par les délits. V. May et Becker, *Précis des institutions du droit privé de Rome*, n° 85. Pour ne pas déranger l'ordre traditionnel, on n'a pas cru devoir adopter cette disposition.

(2) L'expression *obligation conventionnelle* est employée par la rubrique du titre 3, livre III du Code civil.

(3) Dès la fin du xiv^e siècle, cette division avait pénétré dans le droit français. V. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 603. Elle a passé dans le Code civil (V. art. 1370, § fin., C. civ.).

(4) V. Pothier, *Traité des obligations*, part. I, ch. 1, sect. 2, § 3.

obligat. et action., XLIV, 7). Toutefois, parmi ces obligations, il en est qui, analysées avec attention, présentaient la plus grande analogie avec les obligations nées des contrats ou des délits. C'est ainsi qu'on les distingua des autres obligations légales en les désignant comme nées *quasi ex contractu*, ou *quasi ex delicto* (V. n^{os} 182, 186 et suiv.) (5).

Il résulte de là que la quadruple division des Institutes est incomplète, puisqu'elle ne tient pas compte des obligations légales qui ne sont nées ni *quasi ex contractu*, ni *quasi ex delicto*. Aussi est-il préférable d'adopter la classification tripartite en contrats, délits et *variæ causarum figuræ*.

I. — DES CONTRATS

Des obligations dérivant des contrats et des autres obligations conventionnelles.

118. — *Définition du contrat. Développement de la théorie des obligations conventionnelles.* — Le contrat suppose une convention, c'est-à-dire l'accord de deux parties à l'effet d'établir entre elles un rapport de droit. Cette manifestation de leur commune volonté, reçoit le nom de pacte, *pactum pactio* (de *pacisci*, s'accorder), ou encore celui de *conventio* (de *cum venire*) (1, § 2, 3. Dig., *De pactis*, II, 14, Ulp.). On voit par là combien est vaste le domaine de la convention. OEuvre de la volonté libre des parties, elle n'a d'autres limites que celles que lui imposent les forces naturelles ou les prescriptions de la loi. La convention paraît dans toutes les matières du droit privé pour créer, transformer, céder, éteindre les droits. C'est ainsi qu'elle sert de fondement à tous les droits de famille, puisque le mariage d'où ces droits découlent suppose essentiellement l'accord des volontés des deux époux (V. n^o 40, 1^o). Le rôle qu'elle joue dans la matière des droits réels n'est pas moins important, puisqu'elle précède presque toujours la constitution de ces droits (V. n^o 83). Mais c'est en matière d'obligations qu'elle trouve son emploi le plus usuel, ses applications les plus variées. La plupart des obligations dérivent en effet d'une convention; c'est aussi très souvent, à la suite d'une convention, qu'elles se transforment ou s'éteignent.

(5) Dans un langage inexact, quoique fréquemment usité, on appelle *quasi contrat* ou *quasi délit* le fait générateur de ces obligations. C'est là une façon abrégée de parler dont s'est servi par exemple le Code civil (art. 1370, C. civ.), à la suite de Pothier (*Traité des obligations*, part. I, ch. 1).

Quel que soit son but, la convention est parfaite, c'est-à-dire formée, dès qu'il y a eu accord des parties, et sans qu'on ait à tenir compte de la façon dont s'est manifesté cet accord. La convention tendant à la création d'une obligation est donc parfaite par cela seul que le créancier a consenti à tenir le débiteur pour son obligé, et que le débiteur a consenti de son côté à être lié envers le créancier. Mais si cela suffit aujourd'hui pour qu'immédiatement l'obligation prenne naissance, il est loin d'en être de même en droit romain. On y trouve, en effet, une règle qui domine toute la matière des obligations conventionnelles et qui, malgré les atténuations successives dont elle a été l'objet, est encore en vigueur sous Justinien. Pour que la convention engendre l'obligation, le droit romain ne se contente pas du simple échange des volontés. La convention à elle seule, le simple pacte ou pacte nu, *nuda pactio*, est impuissant à faire naître une obligation, et par conséquent à donner au créancier le droit d'action contre le débiteur : *nuda pactio obligationem non parit* (7, § 4. Dig., *De pact.*, II, 14, Ulp.); *ex pacto actionem non oriri* (15. Dig., *De præscript. verb.*, XIX, 5, Ulp.). Déjà, à l'occasion de la constitution des droits réels, on a eu à signaler le même principe énoncé dans des termes presque identiques : *traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur* (20. Cod., *De pactis*, I, 3) (V. n° 83). Il s'explique ici par les mêmes motifs, car il n'est qu'une conséquence du formalisme du droit romain primitif (V. n° 6).

Le droit primitif, en effet, exige que le consentement mutuel se déclare dans des formes solennelles destinées à le manifester d'une manière sensible. Ces formes consistent dans des paroles, *verba*, dans des écrits, *litteræ*, ou dans la remise d'une chose, *res* (1). Tant que la convention reste dépourvue de forme, tant qu'elle est nue, *nuda pactio*, non revêtue de son appareil solennel, elle est dépourvue d'effet ; l'obligation n'a pas encore pris naissance, le créancier est sans action contre le débiteur. Mais dès que les formalités exigées sont accomplies, la convention devient un acte qui compte aux yeux du droit, *negotium civile*, elle est obligatoire pour le débiteur, elle donne action au créancier. En même temps, elle prend un nom particulier, elle cesse d'être un pacte, elle devient un contrat, *contractus : conventiones quæ pariunt*

118. — (1) On retrouve ce formalisme en matière de contrat, soit dans le vieux droit germanique, soit dans le très ancien droit français. Viollot, *Histoire du droit civil français*, p. 594; Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*. Nouvelle revue historique de droit, 1880, p. 659 et suiv.; 1881, p. 21 et suiv.; 1882, p. 35 et suiv.

actiones in suo nomine non stant sed transeunt in proprium nomen contractus (7, § 1; 1, § 4. Dig., *De pact.*, II, 14, Ulp.). Toute convention n'est donc pas un contrat, même si elle a pour objet la création d'une obligation. Tout contrat au contraire suppose une convention (2).

Cette notion étroite du contrat convenait parfaitement au droit encore grossier des débuts, alors que l'analyse n'avait pas encore discerné dans l'échange de deux volontés, l'élément purement psychique qui constitue le consentement et la manifestation matérielle de ce consentement. De là, une confusion forcée entre la convention et les actes extérieurs par lesquels elle s'exprime, et la tendance naturelle à voir dans ces actes non la simple preuve de l'accord, mais la condition essentielle à sa formation (3). Mais on ne put pas s'en tenir là. En dehors des contrats formels, peu nombreux, primitivement admis par le droit civil, il restait une foule de conventions qui devaient monter au rang de conventions obligatoires, bien qu'elles fussent dénuées de formes. Ici, par conséquent, l'acte sans forme s'est, comme ailleurs, substitué à l'acte formel.

Cette évolution progressive s'est d'abord accomplie dans le sein même du droit civil. Un certain nombre de conventions, non sanctionnées jusqu'alors, si ce n'est parfois par des actions prétoiriennes, furent munies d'une action civile et vinrent fournir un appoint sérieux à la liste assez restreinte des contrats anciens. Tels furent les contrats *re, consensu*, plus tard, sous l'empire, les contrats innommés. En même temps, le préteur sanctionnait certains pactes, sans toutefois leur donner le nom technique de contrats qui reste réservé aux conventions admises par le droit civil. On les appelle pactes prétoiriens. Enfin, le *jus novum* a continué ce mouvement. Les constitutions impériales donnent efficacité à d'autres pactes, que par respect pour les anciennes classifications

(2) Le droit français confond les deux expressions de convention et de contrat (V. art. 1101, C. civ.). Cela tient à ce que, dans notre droit moderne, le simple consentement dénué de formes suffit pour obliger. Ce principe est exprimé de la façon la plus pittoresque dans les *Institutes coutumières* de Loysel (livre III, tit. 1, règle 2) : on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain. *Adde*, Pothier, *Traité des obligat.*, part. I., ch. 1, sect. 1, art. 1.

(3) Le formalisme a des inconvénients, mais il a du moins cet avantage d'isoler très nettement la formation de la convention des pourparlers qui la précèdent et de permettre de déterminer le moment précis où l'échange des volontés est définitif. Aussi le formalisme rend-il à la fois facile et sûre la preuve de la conclusion de la convention (V. n° 138). Mais cet avantage n'a dû être aperçu qu'après coup. Il ne fut pas, on peut l'affirmer, la raison première et déterminante de son admission.

elles ne nommèrent pas contrats, mais qui furent munis néanmoins d'une action civile. On les appelle pactes légitimes.

Ce développement ne fut pas poussé plus avant. Jamais par conséquent le droit romain n'a complètement répudié l'ancien principe : *ex pacto actionem non oriri*, et les conventions ont toujours été divisées en deux grandes classes, celles qui sont munies d'actions et celles qui en sont dépourvues. C'est le droit moderne qui devait réaliser de la façon la plus complète la fusion des contrats et des pactes, effacer toute différence entre ces deux notions et proclamer le principe que le simple consentement suffit pour obliger (V. art. 1134, C. civ.) (4).

Des explications qui précèdent se dégage cette conclusion, que le contrat n'est pas l'unique source des obligations conventionnelles. A côté de lui, il y a certains pactes privilégiés, qui sans porter le nom de contrats donnent néanmoins naissance à une obligation munie d'action. Cette observation conduit à diviser ainsi l'étude de la première source des obligations : 1° Des contrats ; 2° Des pactes autres que les contrats, sanctionnés par le droit civil ; 3° Des pactes prétoriens ; 4° Des pactes sanctionnés par les constitutions impériales.

I. — DES CONTRATS

119. — *De l'élément formel des contrats ou causa. Division des contrats en deux classes.* — Les notions qui viennent d'être données montrent que dans la pure doctrine romaine (1), le contrat comprend nécessairement deux éléments essentiels : l'un purement consensuel, la convention ou *pactum* ; l'autre, formel, que de rares textes désignent sous le nom d'ailleurs vague de *causa* (7, § 2, 4. Dig., *De pactis*, II, 14, Ulp.), et les interprètes sous le nom de *causa civilis* ou *causa civilis obligandi*. Parlons d'abord de la *causa* pour revenir ensuite à la convention elle-même (2).

(4) On voit déjà ce principe admis par nos juristes du XIII^e siècle. Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*. Revue historique de droit, 1880, p. 269 ; Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 600 ; Sumner Maine, *L'ancien droit*, p. 297.

119. — (1) Nous disons : dans la pure doctrine romaine, parce qu'ainsi qu'on le verra plus bas, les contrats de date relativement récente (contrats *re et consensu*) n'ont plus de *causa*.

(2) Il est bien évident que la convention précède toujours la *causa*, ne fût-ce que d'un instant de raison. Il serait donc plus rationnel d'étudier d'abord la convention, élément intentionnel, avant la *causa*, élément formel. Mais, les nécessités d'une exposition méthodique nous ont amené à intervertir cet ordre logique.

En se plaçant au point de vue de l'existence d'une *causa*, les jurisconsultes classiques ont divisé les contrats en quatre grandes classes : les contrats *re, verbis, litteris, consensu* (G. III, 89). Dans ce nombre, les contrats *verbis* et *litteris* sont les seuls dans lesquels on trouve une *causa*, et qui, par conséquent, répondent à la notion purement romaine du contrat. On les désigne sous le nom de contrats formels ou formalistes. Les contrats *re* tels du moins qu'ils apparaissent à l'époque classique, n'offrent que l'apparence d'une *causa*, et ne sont pas, à proprement parler, des contrats formels. Quant aux contrats *consensu*, ils sont franchement dépourvus de *causa*. Les quatre classes de contrats se divisent donc tout naturellement en deux groupes : les contrats qui ont conservé le caractère formaliste et ceux auxquels il fait défaut.

Premier groupe : Contrats verbis et litteris. — Ici, l'élément formel consiste dans l'emploi de certaines paroles solennelles échangées entre les parties, *verba*; ou dans des écritures solennellement rédigées, *litteræ*. Dans ces contrats, le consentement des parties reste dépourvu d'effet, tant qu'il n'a pas été exprimé au moyen de ces paroles ou de ces écrits, qui, s'ajoutant à la convention, servent de *causa* à l'obligation.

Deuxième groupe : Contrats re et consensu. — Les contrats *re* se forment par la tradition d'une chose que l'un des contractants remet à l'autre, lequel s'oblige à restituer la chose elle-même ou une chose identique. Quatre contrats rentrent dans cette catégorie : le *mutuum* (prêt de consommation), le *commodatum* (prêt à usage), le *depositum* (dépôt), le *pignus* (gage). La tradition préalable de la chose, *res*, est donc la condition essentielle de la naissance de l'obligation. Ni l'emprunteur, ni le dépositaire, ni le créancier gagiste ne sont tenus qu'autant qu'ils ont reçu la *res*, et c'est pour cela que les textes disent de leur obligation qu'elle se forme *re*. Il semble donc que cette *res* joue ici le rôle d'une formalité communiquant au contrat *re* le caractère formaliste. Mais il n'en est rien. Dans aucune législation il ne saurait être question de l'obligation de restituer une chose qu'on n'aurait pas reçue. La *res*, ainsi comprise, n'est point une solennité indépendante de la convention, imposée par un formalisme arbitraire; elle est, jointe à la volonté du débiteur, la raison qui fait qu'il est obligé, l'acte sans lequel son engagement n'aurait aucune raison d'être⁽³⁾. Il est donc exact de dire

(3) On verra plus loin (V. n° 121, note 5) que la *res*, bien que n'étant pas une cause formelle, joue cependant le rôle de cause déterminante.

que les contrats *re* du droit classique manquent de *causa* (4). Quant aux contrats *consensu*, ils se forment sans solennité d'aucune sorte, par l'effet du simple accord des parties, et par suite l'élément formel leur fait absolument défaut. Ils sont au nombre de quatre : l'*emptio venditio* (vente), la *locatio conductio* (louage), la *societas* (société), le *mandatum* (mandat). En réalité, si ces conventions sont au nombre des contrats, ce n'est que par faveur exceptionnelle. Le droit civil à raison de leur grande utilité, les a distinguées dans la foule innommée des pactes, les en a fait sortir et les a sanctionnées par une action.

Ce n'est pas seulement la présence ou l'absence d'une *causa* qui distingue les deux groupes de contrats. Il existe encore entre eux d'autres différences caractéristiques. Elles procèdent toutes de cette idée que les contrats du premier groupe sont les formes les plus anciennes, les plus foncièrement romaines du contrat, tandis que ceux du second groupe, empruntés au droit des peuples étrangers, sont plus récents. De là les conséquences suivantes :

1° Les contrats *verbis* et *litteris* donnent naissance à des obligations du *jus civile*, les contrats *re* et *consensu* à des obligations du *jus gentium* (V. n° 116, I) (5).

2° Les contrats qui se forment *verbis* ou *litteris* ne portent pas chacun une dénomination spéciale, les contrats *re* ou *consensu* ont chacun un *nomen* propre. On verra, en effet, que toute convention tendant à la création d'une obligation peut, grâce à l'emploi des formules verbales solennelles, se transformer en contrat verbal, et que toute convention dont l'objet est d'obliger à donner une somme d'argent peut devenir un contrat *litteris* grâce à l'emploi des écritures consacrées (V. nos 137, 140). Les *verba* et les *litteræ* sont donc des formes générales de s'obliger, que le droit met à la disposition des parties qui veulent rendre efficace une convention quelconque. De là résulte que le contrat verbal ou littéral est susceptible d'un nombre indéfini d'applications et qu'il est impossible de donner un nom spécial à chaque obligation qui s'est formée *verbis* ou *litteris*, pas plus qu'il n'est possible de donner un nom particulier à chaque convention. Les contrats *re* ou *consensu*, au contraire, ne sont pas des moules dans lesquels puisse se couler indifféremment la matière

(4) Mais il n'en était pas de même des contrats *re* du très ancien droit. Dans le *nexum*, forme ancienne et solennelle du prêt, le pesage solennel du métal prêté et les paroles prononcées servaient de *causa*. Quant au dépôt, au commodat, au gage, ils se faisaient sous la forme d'une mancipation avec contrat de fiducie, et là aussi l'obligation dépendait de l'accomplissement d'une formalité solennelle, la mancipation, faisant office de *causa* (V. n° 130).

(5) Bien que se formant *verbis*, la stipulation forme exception à cette règle (V. n° 134).

de toute espèce de convention. Ces contrats dont l'idée première vient du *jus gentium* constituent chacun une opération juridique déterminée, un *negotium* ayant des caractères particuliers, sa physionomie distincte, sa fonction spéciale, et pouvant, par conséquent, recevoir une dénomination qui lui soit propre (6).

3° Les contrats *verbis* et *litteris* sont unilatéraux; les contrats *re* (sauf le *mutuum*), et les contrats *consensu* sont synallagmatiques ou bilatéraux. Le contrat est unilatéral quand il ne fait naître d'obligation qu'à la charge d'une des parties; synallagmatique ou bilatéral quand il établit une obligation à la charge de chacune d'elles. Dans le premier cas, chaque contractant joue un rôle unique dans l'obligation, celui de créancier ou de débiteur. Dans le contrat synallagmatique, chacun joue un double rôle, car il est à la fois créancier et débiteur, cette créance et cette dette ayant d'ailleurs deux objets différents (7). Cette distinction s'explique aussi par l'histoire. Le caractère unilatéral des opérations juridiques est, en effet, un des traits typiques du droit romain primitif. D'instinct, il a évité la complexité qu'engendrent nécessairement les rapports de droit bilatéraux. Dans un acte où figurent deux personnes, il n'admet pas que l'une ait des droits contre l'autre et que celle-ci ait en même temps des droits contre la première (8). Aussi, les contrats du droit ancien, *verbis* ou *litteris*, sont-ils unilatéraux; les plus récents, ceux qui doivent leur origine au *jus gentium*, sont synallagmatiques. L'idée d'un rapport bilatéral est d'ailleurs tellement étrangère à l'esprit romain, que les juristes n'ont pas trouvé dans leur langue un terme pour l'exprimer. Ils ont dû emprunter aux Grecs l'expression *συνάλλαγμα*, d'où nous avons fait notre mot synallagmatique (9).

4° Les contrats *verbis* et *litteris* sont de droit strict, *stricti juris*;

(6) C'est d'eux qu'Ulpien dit : *transeunt in proprium nomen contractus* (7. § 1. Dig., *De pact.*, II, 14). Les formules des actions sanctionnant les contrats reflètent exactement cette distinction. Dans les contrats *verbis* ou *litteris* la formule n'a pas de *demonstratio*, tandis qu'on en trouve une dans les formules données au cas de contrat *re* ou *consensu*, et cette *demonstratio* désigne le contrat par son *nomen*. Il y a exception cependant pour le *mutuum* qui, à cet égard, doit être rapproché des contrats *verbis* et *litteris* (V. n° 126, note 1).

(7) Bien que les textes n'emploient pas les expressions contrats unilatéraux et contrats synallagmatiques, qui sont dues aux modernes, la distinction n'en a pas moins été aperçue par les jurisconsultes (G. III, 137; 19. Dig., *De verb. signif.*, L. 16, Ulp.).

(8) V. Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. III, p. 232, t. II, p. 289.

(9) Les noms qu'on a donnés à certains contrats *consensu*, comme la vente, *emptio venditio* ou le louage, *locatio conductio*, marquent bien qu'il s'agit d'une opération juridique à double face. Pour la même raison, les contrats synallagmatiques donnent naissance à deux actions distinctes, sauf la société qui, conférant des droits identiques à chaque associé, ne donne lieu qu'à la seule action *pro socio*.

les contrats *re* (sauf le *mutuum* qui est *stricti juris*), et les contrats *consensu* sont de bonne foi, *bonæ fidei*. Cette différence se traduit, en cas de procès, par une différence dans les pouvoirs du juge (V. n° 304). Dans les contrats *stricti juris*, ce sont les formules, orales ou écrites, qui obligent, c'est par elles qu'est déterminée la portée de l'obligation. Si le débiteur a promis, il doit, mais il ne doit rien de plus ou de moins que ce qu'il a formellement promis. Les pouvoirs du juge sont donc strictement bornés à l'examen de ce qui a été dit ou écrit, sans qu'il puisse se préoccuper de l'intention des parties. Dans les contrats de bonne foi, au contraire, le débiteur est tenu, même sans l'avoir promis, de toutes les prestations qu'exige la bonne foi, *de eo quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet* (G. III, 137). Le juge doit donc tenir compte non seulement de ce qu'a promis le débiteur, mais aussi de l'intention commune des parties, de toutes les circonstances dans lesquelles a été conclu le contrat, de l'usage des lieux, et d'une façon générale de tout ce que commande la bonne foi, *bona fides*. Cette extension illimitée des pouvoirs du juge est exprimée par la formule de l'action de bonne foi qui prescrit au juge de rechercher *quidquid dare facere oportet (debitor) ex fide bona* (G. IV, 47). Cette différence essentielle tient, elle aussi, à l'époque relativement récente où les contrats de bonne foi ont été admis. Auparavant, on ne connaissait que les obligations strictes, celles où l'étendue de l'engagement est limitée à l'avance, et où il n'y a pas place pour l'appréciation équitable du juge (10).

120. — *De la convention et des conditions requises pour sa validité.* — En étudiant la *causa (civilis)*, on a par là même déterminé les conditions de validité extrinsèque du contrat. Il faut maintenant revenir à la convention, et l'étudiant en elle-même, déterminer les conditions de validité intrinsèque du contrat. Jamais les Romains n'ont produit sur ce point une théorie d'ensemble. Fidèles à leurs habitudes d'esprit, ils n'ont posé les règles générales que par occasion; à propos des questions de fait que faisait surgir la pratique. On peut néanmoins rechercher ces règles, les grouper et reconstruire par voie de synthèse la doctrine dont les éléments se trouvent épars dans les textes (1).

(10) V. Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. III, p. 174, 214.

120. — (1) C'est cette synthèse que formule l'article 1108, C. civ. C'est à propos de la stipulation, forme la plus générale d'obligation, que les Romains ont tenté de poser des règles générales. De là la théorie des *stipulations inutiles* (G. III, 97 et suiv.; Inst., *De inut. stipul.*, III, 19).

Trois conditions sont exigées pour la validité d'une convention : 1° il faut qu'il y ait consentement ; 2° les parties doivent être capables ; 3° le consentement doit avoir un objet.

Première condition : Du consentement.

121. — *Absence de consentement et de cause. Influence de l'erreur, du dol, de la violence.* — Le consentement est l'accord des volontés : le débiteur s'engage à accomplir une prestation déterminée, le créancier accepte cet engagement. Peu importe l'ordre dans lequel se produisent ces deux manifestations de volonté, pourvu qu'elles existent l'une et l'autre, et qu'il y ait ce que le langage toujours expressif des Romains appelle *consensus* (*cum sentire*) (1). Peu importe aussi la forme dans laquelle l'accord s'est manifesté, verbalement ou par écrit, entre présents ou entre absents, en termes solennels ou non solennels. Mais il est clair que l'absence totale du consentement empêche la convention de se former ; par exemple, l'une des deux parties a refusé l'offre que l'autre lui faisait de conclure une convention, elle n'a consenti que par simple plaisanterie, *per jocum*, ou sous l'empire de la démence ou de l'ivresse.

Sur cette théorie bien simple vient se greffer celle de la cause et des motifs, beaucoup plus subtile et complexe. La cause est la raison de droit qui fait qu'on est engagé. Elle est toujours la même dans chaque genre d'opérations, elle reste indépendante des volontés individuelles et des circonstances. Dans le prêt, par exemple, la cause de l'obligation de l'emprunteur est et sera toujours la numération préalable des espèces. Avec la cause, on ne doit pas confondre les motifs, mobiles personnels qui ont incité la partie à agir, variables pour le même genre d'opération avec les individus et les circonstances. La cause est identique dans chaque emprunt, le motif est différent pour chaque emprunteur.

I. L'idée de cause n'est point restée étrangère aux Romains (2). En ont-ils fait une condition de validité du consentement, ont-ils fait dépendre l'existence de la convention de l'existence d'une cause ? Rationnellement il eût dû en être ainsi. Celui qui s'oblige n'entend (sauf le cas de donation) être tenu qu'en vue d'un avantage destiné

121. — (1) *Conventio* (*cum venire*) est non moins expressif. Ulpien en fait la remarque (1, § 3. Dig., *De pact.*, II, 14).

(2) L'expression *causa* avec cette signification est employée par Ulp. 1, pr. § 2; 3. Dig., *De cond. sine caus.*, XII, 7.

à compenser la diminution éventuelle de son patrimoine, résultat nécessaire de son obligation. Cet avantage est un équivalent déjà reçu par avance (les espèces versées, en cas de prêt d'argent) ou qu'il compte recevoir par la suite (3). La considération de cet équivalent est incontestablement déterminante. S'il fait défaut, l'obligation est sans cause ou sur fausse cause, et par conséquent dépourvue de raison d'être.

Telle n'a pas été, au début du moins, la doctrine romaine. Alors que tous les contrats étaient formels, on ne reconnaissait d'autre cause à l'obligation que la forme employée pour la faire naître. Si on est tenu, c'est parce qu'on a prononcé les paroles solennelles, rédigé les écritures nécessaires. La seule *causa* que connaisse le droit ancien est la cause formelle, et l'obligation reste isolée de sa cause réelle (V. n° 119) (4). C'est plus tard, avec les contrats non formels, qu'on vit dans la cause un élément essentiel à la validité du contrat. Dans les contrats *re*, la cause de l'obligation de l'*accipiens* est la *res* et sans elle le contrat n'existe pas (5). Dans les contrats *consensu*, la cause de l'obligation de l'un est l'obligation réciproque consentie par l'autre. Si celle-ci manque, la première ne peut prendre naissance.

Cette idée ne pouvait pas manquer de réagir sur la théorie de la cause dans les contrats formels. Le droit prétorien et à sa suite le droit civil viennent au secours du débiteur engagé sans cause ou sur fausse cause. Ils lui permettent d'échapper à son obligation, en opposant l'*exceptio doli*, s'il est poursuivi, ou, en réclamant sa libération, par la *condictio sine causa* (G. IV, 116^a; 3. Dig., *De cond. sin. caus.*, XII, 7, Julian.) (6). Mais la nature même de ces moyens prouve bien que l'idée ancienne subsiste sous les atténuations dues à un droit plus préoccupé de l'intention que jadis. L'obligation n'est donc pas nulle pour absence de cause, quoique désormais elle soit inefficace. L'exception n'est qu'un remède prétorien qui paralyse l'action du créancier demeurée valable *jure civili*. Par la *con-*

(3) L'équivalent à obtenir s'appelle *causa 'ob causam promisit*) dans 1, § 1. Dig., *De cond. sine caus.*, XII, 7, Ulp., et le même terme désigne l'équivalent déjà fourni dans 1, § 2 et 4. Dig., *h. t.*

(4) On retrouvera cette idée à propos de la stipulation (V. n° 138). On en a déjà vu une application au transfert de la propriété. La *mancipatio* et l'*in jure cessio* opèrent mécaniquement le transfert, abstraction faite de la cause, et la *traditio* elle-même suit cette règle (V. n° 88, note 7).

(5) On a déjà vu que dans ces contrats, la *res* ne joue pas le rôle de *causa* formelle (V. n° 119). Elle est la cause déterminante de l'obligation, non sa cause efficiente.

(6) Ulpien dit du débiteur : *condicit ipsam obligationem* (1, pr. Dig., *De cond. sine caus.*, XII, 7). V. pour la marche de l'évolution retracée au texte, Girard, *Manuel*, p. 451 et suiv.

dictio sine causa, le débiteur obtiendra sûrement sa libération, mais l'obligation existe, puisque le créancier est contraint d'y renoncer (7).

II. Quant aux motifs, il est clair qu'ils doivent être tenus pour indifférents et qu'on ne peut songer à leur attribuer une influence quelconque sur la validité de la convention. Le bon sens pratique des Romains ne s'y est pas trompé. S'il fallait pour juger de la valeur des actes tenir compte des motifs, c'est-à-dire des pensées, il n'y aurait plus de droit, puisqu'il n'y aurait plus de règle. L'acte juridique doit valoir par lui-même, abstraction faite des motifs qui ont poussé à sa conclusion. C'est pour cela que, dans la vieille doctrine romaine, le consentement donné sous l'empire de l'erreur, du dol, de la violence, n'en reste pas moins valable. Ces diverses circonstances ont influé sans doute sur l'esprit du contractant et porté peut-être atteinte à son libre arbitre. Mais on n'en est pas sûr et le droit doit s'abstenir de le rechercher. Il y a consentement, cela suffit. Toutefois, avec le temps, on chercha à protéger le débiteur contre les conséquences de l'erreur qu'il avait commise, du dol et de la violence dont il avait été victime. Le droit prétorien, le droit civil même, crurent nécessaire d'entrer dans cette voie et de se départir, pour des raisons d'équité, de la rigueur logique des anciens principes.

1° *De l'erreur* (8). — L'erreur reste toujours sans effet sur la validité de la convention, excepté dans deux cas où on finit par la considérer comme destructive de tout consentement (9) : 1° lorsqu'elle porte sur la nature de la convention, par exemple lorsque l'une des parties a voulu faire un dépôt et que l'autre a cru recevoir à titre de prêt la chose déposée ; 2° lorsqu'elle porte sur ce que les parties ont considéré comme essentiel dans la prestation due, par exemple l'identité physique de l'objet dû, *error in corpore*, ou certaines qualités envisagées comme essentielles par les contractants (10).

2° *Du dol*. — Le dol est un ensemble de manœuvres frauduleu-

(7) Transportée du droit romain dans le droit français, la théorie de la cause dans son dernier état est formulée dans les art. 1108 et 1131, C. civ.

(8) V. pour l'influence de l'erreur, du dol, de la violence sur la validité de la convention en droit français, les art. 1109-1118, C. civ.

(9) Lorsque l'erreur est destructive du consentement, chacune des parties peut l'invoquer soit en se refusant à l'exécution, soit en répétant ce qui a déjà été livré par voie de *condictio sine causa*, soit en recourant à la *restitutio in integrum*.

(10) Dans les contrats *bonæ fidei*, le juge ayant le droit de rechercher l'intention des parties, pouvait apprécier en pleine liberté quel avait été, à leurs yeux, l'élément essentiel de la prestation. Dans les contrats *stricti juris*, il devait à cet égard s'en tenir uniquement aux termes du contrat.

ses destinées à induire en erreur celui qui conclut une convention et à l'amener à donner son consentement ⁽¹¹⁾. Leur influence sur la convention est différente selon qu'elles sont l'œuvre du contractant ou d'un tiers.

a) *Dol émanant du contractant.* — Si l'erreur dans laquelle on est tombé est de celles qu'on admet comme destructives de tout consentement, la partie trompée n'aura, pour se soustraire à la convention, qu'à invoquer cette erreur sans avoir besoin de prouver le dol de son adversaire. Mais l'erreur, suite nécessaire de tout dol, ne porte pas toujours sur les éléments essentiels de la convention, et alors elle n'anéantit pas le consentement. C'est dans ce cas, plus fréquent que le précédent, que le dol constitue un fait à part, dont les conséquences doivent être marquées avec soin.

On n'en avait d'abord tenu aucun compte. Par conséquent, aucune protection n'était organisée en faveur de la victime du dol. D'une part, en effet, dans la rigueur du droit civil, les manœuvres dolosives n'étaient point censées avoir détruit ou même vicié le consentement. Le débiteur restait tenu, *erit quidem subtilitate juris obstrictus* (36. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Ulp.). D'autre part, comme le dol, aux yeux du droit ancien, n'était pas un délit, aucune action pénale, aucune action en réparation du préjudice causé n'était donnée contre son auteur ⁽¹²⁾.

Vers la fin de la République, le droit prétorien tempéra la rigueur du droit civil, et permit à la victime du dol d'obtenir réparation du préjudice par divers moyens : l'*exceptio doli*, l'*actio de dolo*, la *restitutio in integrum ob dolum* ⁽¹³⁾. Par l'*exceptio doli*, la partie paralyse l'action tendant à l'exécution de la convention surprise par dol. Mais ce moyen purement défensif est insuffisant. L'action *de dolo* lui permet, sans attendre l'attaque de son adversaire, d'obtenir indemnité pour le préjudice causé. Quant à la *restitutio in integrum*, elle a pour résultat de remettre les choses dans l'état où elles étaient avant la convention entachée de dol ⁽¹⁴⁾.

(11) Les manœuvres dolosives peuvent n'être pas absolument répréhensibles. Elles constituent alors ce que les Romains appellent *dolus bonus*, c'est-à-dire ces habiletés que condamne souvent la morale, mais que le droit ne réprime pas. Pour qu'elles soient répréhensibles, il faut qu'elles soient entachées de fraude; de là l'expression *dolus malus* (1, § 3. Dig., *De dol. mal.*, IV, 3, Ulp.) (Festus, v° *Doli*).

(12) Le dol en effet ne consiste pas, comme le *furtum* ou *damnum injuria datum*, en des actes matériels portant atteinte au droit d'autrui. Or le droit primitif, avec ses tendances matérialistes, ne peut tenir compte d'un délit purement intellectuel comme celui de dol. V. Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. III, p. 114.

(13) Ces remèdes prétoriens ne sont pas uniquement appliqués au cas d'une convention surprise par dol; ils sont d'un emploi général contre tous les actes qui sont le résultat du dol (V. n° 182).

(14) C'est au préteur Aquilius Gallus, contemporain de Cicéron, qu'on doit l'intro-

Cette réforme était indispensable pour les contrats *stricti juris*, car alors le juge n'ayant pas à rechercher les circonstances extérieures qui ont déterminé le consentement, n'a pas à tenir compte des manœuvres dolosives sous l'influence desquelles il a été donné. Ici s'applique, dans toute sa rigueur, le principe du droit civil. Seuls, les remèdes prétoriens permettaient au débiteur d'y échapper. Dans les contrats *bonæ fidei*, au contraire, la nature même du contrat en rendait l'emploi superflu. Poursuivie en exécution de son obligation, la partie victime du dol n'avait pas besoin de faire insérer l'*exceptio doli* dans la formule de l'action *bonæ fidei* dirigée contre elle; car le juge de cette action avait, de droit, mission de tenir compte de tout ce qui pouvait être contraire à l'équité (15). Si la partie trompée, au lieu de se laisser actionner, voulait, par voie d'action, obtenir réparation du dol de son cocontractant, elle n'avait pas besoin d'avoir recours à l'action *de dolo*, elle pouvait agir par l'action même du contrat, où le juge décidant *ex bona fide*, devait lui accorder toutes les satisfactions qu'exigent la bonne foi et l'équité (9, pr. Dig., *De dolo malo*, IV, 3, Ulp.).

b) *Dol émanant d'un tiers*. — Lorsque le dol est l'œuvre d'un tiers, non seulement il n'exerce aucune influence sur la validité de la convention, mais il ne donne pas même droit à l'emploi des remèdes prétoriens contre le contractant. Ce dernier ne pourra donc pas être repoussé par l'*exceptio doli*, et il n'est pas exposé à l'action *de dolo*. Bien que le dol lui ait profité indirectement, on ne peut pas le rendre responsable d'une fraude à laquelle il est resté étranger. Mais comme il est juste que la victime du dol ne souffre aucun préjudice, le préteur lui donne l'action *de dolo* contre le tiers (8. Dig., *De dolo malo*, IV, 3, Gaius).

3° *De la violence*. — La violence, *vis*, consiste dans la menace d'un mal physique ou moral, actuel ou futur, destinée à déterminer dans l'esprit de la personne menacée une crainte, *metus*, sous l'empire de laquelle elle conclura une convention. Ainsi extorqué, le consentement n'est plus l'œuvre d'une volonté libre. Cela eût dû, semble-t-il, faire obstacle à sa validité. Il n'en fut rien. On vit dans la violence une circonstance qui loin d'anéantir la volonté l'a, au contraire, déterminée. La violence, en effet, est la menace d'un mal que la partie peut éviter en donnant son consentement. Elle a donc le choix entre souffrir ce mal ou donner son adhésion à

duction de l'*actio de dolo* (Cicéron, *De offic.*, III, 14). Quant aux deux autres moyens prétoriens, il est impossible de fixer la date de leur apparition.

(15) C'est ce résultat qu'exprime Ulpien en disant : *exceptio doli inest in bonæ fidei judiciis* (21. Dig., *Solut. matr.*, XXIV, 3).

l'acte qu'on lui impose. Si elle opte pour ce dernier parti, on ne peut pas prétendre qu'elle n'y a pas consenti, *quia si liberum esset noluissem, tamen coactus volui* (21, § 5. Dig., *Quod met. causa*, IV, 2, Paul). *Jure civili*, l'acte accompli sous l'empire de la violence reste donc valable (16).

Mais le droit prétorien ne pouvait souscrire à une logique aussi impitoyable. Le préteur déclara dans son édit qu'il tiendrait comme non avenu tout ce qui aurait été fait sous l'empire de la violence, *quod metus causa gestum erit ratum non habeo* (1. Dig., *Quod met. causa*, IV, 2, Ulp.). Il donna en conséquence à la victime de la violence les mêmes moyens qu'en cas de dol : l'exception, *exceptio quod metus causa*, qui paralyse les effets de l'action tendant à l'exécution de l'obligation ; l'action, *actio quod metus causa*, moyen offensif d'obtenir réparation du préjudice causé par la violence ; enfin, la *restitutio in integrum*, remède subsidiaire permettant de rétablir les choses dans le même état qu'avant l'acte extorqué (17).

Ici comme en cas de dol, les remèdes prétoriens sont inutiles si le contrat est *bonæ fidei*. La victime de la violence trouve dans le contrat lui-même le moyen d'obtenir réparation du préjudice. Le juge de l'action *bonæ fidei* qui peut tenir compte du dol de la partie adverse a, à plus forte raison, le même pouvoir pour la violence. Mais, à la différence du dol, on n'a pas à distinguer, suivant que l'auteur de la violence est le cocontractant ou un tiers. Même dans ce dernier cas, la victime de la violence pourra user des voies prétoriennes contre le cocontractant, bien que celui-ci soit resté étranger aux actes de violence. Il suffit en effet qu'il en ait profité (18).

Deuxième condition : De la capacité des parties.

122. — *Diverses espèces d'incapacité.* — Il ne suffit pas, pour que la convention soit valable, que les contractants aient consenti, il faut qu'ils soient capables de devenir créancier ou débiteur. Toute personne libre est capable en principe de jouer l'un ou l'autre

(16) La violence ne constitue donc pas plus que le dol un vice du consentement. Il en est autrement dans le droit civil français (V. art. 1109, 1111 et suiv. C. civ.).

(17) Ces remèdes prétoriens sont applicables non seulement aux conventions ayant pour but la création d'une obligation, mais à tout acte accompli sous l'empire de la violence, tel que transfert de droit réel, adition d'hérédité, etc. (9, pr. Dig., *Quod met. caus.*, IV, 2, Ulp.).

(18) Pour marquer cette différence entre la violence et le dol on dit de celle-ci qu'elle agit *in rem* (4, § 33. Dig., *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4, Ulp.; 9, § 8. Dig., *Quod met. caus.*, IV, 2, Ulp.).

rôle. Aussi, les incapacités sont-elles toujours anormales, contraires au droit commun. Elles sont de deux sortes. Il en est de générales, applicables à toute espèce de convention créatrice d'obligation : elles tiennent à la personne des contractants. Il en est aussi de spéciales à certaines conventions, où elles sont la conséquence des formes solennelles requises pour que ces conventions soient obligatoires. A propos de chaque convention, on aura à indiquer les incapacités spéciales qui la concernent. On n'a à parler ici que des incapacités générales. Celles-ci atteignent certaines personnes libres et tous les esclaves.

1° *Personnes libres*. — Les personnes libres incapables sont les personnes placées en tutelle et en curatelle. Au premier rang viennent les impubères ayant dépassé l'*infantia*. Mais leur incapacité n'est pas complète ; ils peuvent seuls faire les actes qui rendent leur condition meilleure et par conséquent devenir créanciers, tandis qu'ils ne peuvent s'obliger *sine auctoritate tutoris*, car devenir débiteur c'est rendre sa condition pire (V. n° 58) (1). Les femmes pubères, tant du moins qu'elles furent placées en tutelle perpétuelle, étaient incapables de s'obliger *sine tutore auctore* (V. n° 62). Mais lorsque disparut cette tutelle, leur incapacité se borna à une seule catégorie d'opérations, l'*intercessio pro alio* (V. n° 226). Parmi les personnes en curatelle, les prodigues interdits sont incapables de s'obliger, et les mineurs de 25 ans pourvus de curateurs permanents ne peuvent s'obliger sans le *consensus curatoris* (V. n° 64). Au nombre des incapables ne figurent pas les enfants de famille. S'ils jouent le rôle de créanciers, le bénéfice de la créance est acquis au *pater* ; si c'est celui de débiteurs, ils s'obligent valablement comme s'ils étaient *patresfamilias* (2).

2° *Esclaves*. — Les esclaves sont tous incapables. Quelque rôle qu'ils jouent dans une convention, ils font, en ce qui les concerne, un acte inutile. Créanciers, ils n'acquièrent pas la créance pour eux, mais la font acquérir au maître. Débiteurs, ils n'obligent ni leur maître, ni eux-mêmes (3).

122. — (1) La rigueur de cette règle avait, on l'a vu, été tempérée, dans les contrats synallagmatiques par suite du caractère de bonne foi du contrat, et dans les contrats unilatéraux par l'application du rescrit d'Antonin décidant que le pupille s'oblige seul jusqu'à concurrence de son enrichissement (V. n° 58).

(2) Toutefois, comme les enfants de famille n'avaient pas de patrimoine qui pût servir de gage à leurs créanciers, il est probable qu'ils ne devaient pas trouver facilement à contracter, à moins que le créancier ne consentit à attendre jusqu'au décès du *pater* ou qu'il n'espérât pouvoir immédiatement agir contre le *pater* par l'une des actions *adjectitiæ qualitatis* dont il sera traité plus loin (V. n° 194).

(3) Mais il y a des cas exceptionnels où l'esclave oblige le maître. Il en sera parlé plus loin à propos des actions *adjectitiæ qualitatis* (V. n° 194).

Troisième condition : De l'objet.

123. — I. *En quoi consiste l'objet de l'obligation.* — On l'a déjà vu (V. n° 114), l'objet de l'obligation est le fait du débiteur. Ce dernier est tenu de *facere*, ce qui comprend toute action et toute abstention (218; 189, Dig., *De verb. signif.*, L. 16, Papin., Paul) (1). Il n'est guère probable qu'on ait débuté par une notion aussi large. On admettait, il est vrai, que le propre de l'obligation était de contraindre le débiteur à faire quelque chose au profit du créancier. Mais les faits qu'on pouvait exiger paraissent n'avoir été d'abord que le transfert de la propriété (ou d'un droit réel). C'est ce genre de fait que les textes des époques postérieures appellent *dare* (G. III, 92; IV, 4). On reconnut ensuite que l'obligation pouvait avoir pour objet, non seulement un *dare*, mais toute espèce de fait promis par le débiteur, *facere*.

On aurait pu remarquer alors que le *dare* n'est qu'une variété du *facere*, car transférer la propriété (ou un droit réel) est un fait tout comme un autre. Mais cette généralisation répugnait à l'esprit romain, conservateur quand même des anciennes classifications. On continua donc à dire que l'objet de l'obligation pouvait être un *dare* ou un *facere*. Puis, poussant plus loin l'analyse, on remarqua que l'obligation avait quelquefois pour objet la remise d'une chose au créancier, sans transfert de la propriété ou d'un droit réel (par exemple, l'obligation du dépositaire, du commodataire). Cette variété du *facere* se rapprochait du *dare*, sans toutefois se confondre avec lui. On l'appela d'un nom spécial, *præstare*, d'où est venu notre mot prestation. C'est ainsi que dans les lois, dans les formules de contrats ou d'actions, dans les écrits des juristes, ces trois expressions : *dare*, *facere*, *præstare*, se suivent, associées dans un ordre quasi sacramentel, pour désigner tout ce qui peut être objet d'obligation (2).

La distinction des obligations, suivant que leur objet est un *dare* ou un *facere* a donc un véritable intérêt historique. En pratique,

123. — (1) A vrai dire, la convention a pour objet la création d'une obligation. Théoriquement, par conséquent, l'objet de la convention et celui de l'obligation sont différents. V. Accarias, t. II, n° 507.

(2) Loi *Rubria de Gallia Cisalpina*, XXII, lin. 32 (Bruns, *Fontes*), où à la classification traditionnelle on ajoute *restituere*; Lois *Julia* et *Papia Poppæa*, 37, pr. *De oper. libert.*, XXVIII, 1. — Formule d'engagement, 13, § 6. Dig., *De act. emt.*, XIX, 1. — Formule d'action, G. IV, 2. — Définition doctrinale de l'obligation, 3, pr. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7. Très souvent d'ailleurs les textes ne mentionnent que les deux premiers termes : *dare facere*, *præstare* se trouvant compris dans *facere*.

elle ne mérite pas moins d'attention. A elle, en effet, se rattache la division des obligations en *obligationes certæ* et *incertæ* (3). L'obligation est *certa*, lorsqu'on peut déterminer à l'avance la nature, la qualité, la quantité de ce qui est dû, *quid, quale, quantumque sit*; elle est *incerta* dans le cas contraire (74; 75, pr. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Gaius, Ulp.). Or, il est bien évident que cette détermination est impossible lorsqu'il s'agit d'obligations consistant dans un *facere*; celles-ci sont donc toujours *incertæ*. Il en est autrement pour les obligations consistant dans un *dare*, car la dation porte nécessairement sur une chose corporelle, et dès que cette chose est déterminée par sa nature, qualité et quantité, l'obligation est *certa*.

II. *Conditions que doit remplir l'objet de l'obligation.* — Reste à rechercher à quelles conditions le fait du débiteur peut être l'objet d'une obligation. La doctrine romaine peut se résumer à cet égard dans les trois règles suivantes : 1° Le fait doit être celui du débiteur; 2° Le créancier doit avoir intérêt à son accomplissement; 3° Il doit être possible, licite, appréciable en argent.

1° Le débiteur ne peut valablement promettre que son fait. S'il promet le fait d'autrui, aucune obligation ne peut naître. D'une part, en effet, le tiers dont on a promis le fait n'est pas tenu de l'accomplir, puisqu'il est resté étranger à la promesse. D'autre part, et telle est la véritable, l'unique portée de notre règle, celui qui a promis le fait d'autrui n'est pas non plus obligé, dans le cas où le tiers refuserait d'accomplir le fait promis en son nom; *nemo alienum factum promittendo obligatur* (38, pr. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Ulp.). Cette solution se justifie parfaitement : en promettant le fait d'autrui, on n'a pas consenti à s'obliger soi-même, *de sua persona, de se promittere* (65. Dig., *De fidejussor.*, XLVI, 1, Hermogen.; 83, pr. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Paul). Il résulte de là que le principe reçoit exception toutes les fois qu'en promettant le fait d'autrui on a entendu s'obliger soi-même (4), en sorte que le juge aura toujours à rechercher quelle a été l'intention du promettant (5).

(3) C'est surtout au point de vue de la procédure qu'apparaît l'importance de cette distinction, l'*intentio* de l'action étant *certa* ou *incerta* suivant que l'obligation a l'un ou l'autre de ces deux caractères (V. n° 278).

(4) C'est sous cette forme et avec cette restriction que la règle du droit romain a passé dans le droit français (V. art. 1119, 1120, C. civ.).

(5) Dans les contrats *bonæ fidei* et dans les pactes ordinaires, le juge pourra rechercher la preuve de cette intention dans toutes les circonstances du fait. Dans les contrats *stricti juris*, où l'on s'attache exclusivement aux termes dans lesquels est formulée la promesse, le juge doit examiner s'ils contiennent de la part du promettant un engagement formel.

2° Le créancier doit avoir intérêt à l'accomplissement du fait dû par le débiteur, car autrement on ne concevrait pas qu'il puisse contraindre le débiteur à agir. Si donc le fait promis doit exclusivement profiter à un tiers, l'obligation est nulle. Elle est nulle au regard de ce tiers, cela est évident puisqu'il est resté étranger à la convention. Mais, et c'est là le sens vrai de la règle, celui-là même à qui la promesse a été faite dans ces conditions, ne peut en réclamer l'exécution au promettant : *alteri stipulari nemo potest... cœterum ut alii detur, nihil interest mea* (38, § 17. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Ulp.). Le motif qui explique le principe détermine les cas où il cesse de recevoir son application. Il en est ainsi toutes les fois que celui qui a stipulé pour autrui a un intérêt à ce que la promesse soit exécutée (§ 20. Inst., *De inutil. stipul.*, III, 19) (6). Mais il faut que cet intérêt soit appréciable en argent.

3° Le fait dont l'accomplissement est dû par le débiteur doit être possible physiquement. L'impossibilité du fait promis empêche l'obligation de se former, *impossibilium nulla obligatio est* (185. Dig., *De reg. jur.*, L, 17, Cels.). Cette impossibilité peut provenir de la nature des choses, comme lorsqu'on a promis de livrer une chose qui n'a jamais existé ou qui avait cessé d'exister au temps où la promesse était faite (7). L'impossibilité peut aussi dériver des prohibitions de la loi. C'est ainsi qu'on ne peut se faire promettre la *datio* d'une chose *extra patrimonium*, telle qu'une *res sacra, religiosa* ou *publica*, et qu'on ne peut valablement promettre d'accomplir un délit ou un acte contraire aux bonnes mœurs. Le fait promis doit donc être licite.

Enfin, comme on l'a déjà vu plus haut (V. n° 114), le fait promis doit être appréciable en argent. Le débiteur, en effet, est tenu de *facere*. L'exécution de l'obligation dépend donc uniquement de sa volonté. S'il refuse d'exécuter, il semble qu'on ne puisse l'y contraindre directement. En cas d'inaccomplissement de l'obligation, le droit ancien n'offrait au créancier que la *manus injectio*, voie de contrainte indirecte (V. n° 274). Mais les rigueurs auxquelles elle donnait lieu firent qu'on chercha à l'éviter. Le débiteur fut amené à offrir au créancier, à défaut d'exécution effective, une satisfaction pécuniaire lui permettant d'échapper à la contrainte personnelle.

(6) La règle et le tempérament qu'y apportait le droit romain ont passé dans le droit français (V. art. 1119, 1120, C. civ.).

(7) Mais l'obligation ayant pour objet une chose future que doit livrer le débiteur n'est pas impossible, car, si la chose n'existe pas encore, elle pourra exister un jour. Il en est de même de l'obligation de livrer la chose d'autrui ; le débiteur peut en effet se la procurer en l'acquérant de son propriétaire.

Il était tout naturel que cette satisfaction fût calculée d'après l'intérêt qu'avait le créancier à ce que la prestation due lui fût fournie. Le fait dû doit donc être appréciable en argent. Par avance il faut qu'on sache qu'en cas d'inexécution ce fait est susceptible d'être remplacé par une peine pécuniaire (8).

124. — *Des diverses espèces de contrats.* — On connaît les éléments essentiels des contrats (V. nos 119, 120 et suiv.). Il faut maintenant étudier séparément chacun d'eux, montrer à quels besoins pratiques il répond, quels ont été ses débuts, par quelles transformations il a passé, à quelles conditions de validité il doit satisfaire.

Si l'on observait dans cette recherche l'ordre du développement historique, on serait amené à distinguer trois périodes dans la marche progressive de la théorie des contrats, et par conséquent trois couches superposées de contrats. 1° D'abord les contrats du *jus civile* ancien. Il n'y en avait que trois : le *nexum*, ou prêt *per æs et libram* ; la vente au comptant, conclue par *mancipatio*, et qui nécessitait également l'*æs* et la *libra* ; enfin la *sponsio* où l'obligation naissait d'un ensemble de paroles solennelles prononcées suivant un certain cérémonial par le créancier et le débiteur (V. nos 126, 144, 134). 2° Ces trois contrats purent pendant un temps satisfaire aux besoins nécessairement restreints d'une population essentiellement agricole. L'extension des affaires, la naissance et le développement du crédit firent sentir le besoin de contrats auxquels le droit civil ancien n'avait pu songer. Ces nouveaux contrats du *jus civile* sont solennels à l'égal des premiers. Ce sont la *stipulatio*, extension de la *sponsio*, la *mancipatio fiduciæ causa* et le contrat *litteris* (V. nos 134, 130, 139). 3° Ce formalisme persistant suscita des contrats nouveaux, d'application plus variée et plus souple que ceux du *jus civile*. La solennité des formes se prête mal aux nécessités du commerce qui ne vit que de célérité et de crédit, c'est-à-dire de confiance. C'est la confiance, la bonne foi, *fides*, *bona fides* qui sera le fondement des variétés nouvelles du contrat. Les relations avec l'étranger, avec les Grecs surtout, influèrent activement sur cette extension du domaine de l'obligation

(8) *Ea enim in obligatione consistere quæ pecunia lui præstarique possunt* (9, § 2. Dig., *De statul.*, XL, 7, Ulp.). Le mot *lui* exprime bien le caractère de réparation pécuniaire. Il emporte comme *lavere* l'idée d'expiation (Bréal et Bailly, *Dictionnaire étymologique*, vis *Luo*, *Lavere*). Et cela correspond bien avec la notion délictuelle de l'obligation primitive (V. n° 117, note 1). Manquer à son obligation est un délit qui appelle la *vindicta*. Celle-ci s'exerce par *manus injectio* et cette *vindicta* finit par être remplacée par une rançon, *pœna*.

contractuelle. Le droit civil accueille sans résistance ces applications du contrat dont le *jus gentium* lui offrait le modèle. Il en fit des contrats de bonne foi.

Les contrats formalistes (V. n° 119) ne disparurent pas en présence des contrats de bonne foi. La *sponsio* et son corollaire la *stipulatio*, la *mancipatio* fiduciaire, le contrat *litteris* subsistèrent. Le *nexum* fut remplacé par le *mutuum* qui, bien que non formaliste, resta dans la classe des contrats de droit strict. La vente du droit ancien, *mancipatio*, fit place à la vente consensuelle, contrat de bonne foi, emprunté au *jus gentium* (V. n° 144).

L'effet de ces transformations a déjà été indiqué. Elles aboutirent à la distribution scientifique des différentes variétés du contrat en deux groupes à caractères spécifiques nettement tranchés (V. n° 116) (1). Le premier comprend avec la *sponsio*, seul représentant des contrats du *jus civile* ancien, les créations plus récentes du *jus civile*: *stipulatio* et contrat *litteris*. Dans le second groupe figurent les contrats du *jus gentium* : contrats *re* et contrats *consensu*. Tel n'est pas l'ordre suivi par Gaius (G. III, 89). Il place en tête les contrats qui se forment *re* et parmi ceux-ci ne mentionne que le *mutuum* (2). Puis viennent dans l'ordre chronologique de leur apparition les contrats *verbis*, *litteris*, *consensu*. Le rang ainsi attribué au *mutuum* n'a rien qui doive surprendre. Il occupe la place de l'antique *nexum* auquel il a succédé. En mettant ce contrat en première ligne, Gaius reste fidèle à la vérité historique. L'ordre adopté par le jurisconsulte peut donc être suivi sans inconvénient.

I. — Des contrats qui se forment *re*

125. — *Division en deux groupes des contrats se formant re.*
— Les contrats qui se forment *re* sont, on l'a vu (V. n° 119), au nombre de quatre. Ils se divisent en deux groupes bien distincts. Le *mutuum* forme à lui seul le premier de ces groupes. Dans le second figurent : le commodat, le dépôt, le gage. Le *mutuum*, en effet, présente des particularités qui lui font une place à part, mais dont on ne peut comprendre la raison d'être qu'après avoir

124. — (1) Le *mutuum* et la *stipulatio* offrent à cet égard une apparente anomalie. Ces contrats sont de droit strict bien qu'ils soient l'un et l'autre du *jus gentium* (V. nos 128, 136).

(2) C'est seulement dans son *liber rerum quotidianarum sive aureorum* (1, §§ 3 et suiv. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7), que Gaius en progrès sur lui-même et s'affranchissant du joug des classifications anciennes, donne une énumération complète des contrats *re*.

étudié le développement historique qui a donné naissance aux trois autres applications du contrat *re*.

Premier groupe : Du mutuum.

126. — *Notion et histoire.* — Le *mutuum* suppose que l'une des parties transfère à l'autre par tradition la propriété d'une certaine quantité de choses et lui impose l'obligation de rendre des choses de même genre, en quantité et qualité égales. La *res* consiste donc ici en une translation de propriété, *mutui datio*, qui s'opère par voie de tradition. Le *tradens*, prêteur, devient créancier de l'*accipiens*, emprunteur, et le contrat qui donne naissance à cette obligation reçoit le nom de *mutuum*. C'est notre prêt de consommation (V. art. 1874, 1892, C. civ.) (1).

A Rome, comme de nos jours, la chose habituellement donnée en *mutuum* consiste en une somme d'argent. Cette application du prêt est en même temps, selon toute vraisemblance, la plus ancienne en date. L'histoire du contrat de prêt se confond donc, au moins pour les débuts, avec l'histoire du prêt d'argent. Or, on l'a déjà vu, le métal qui servait de monnaie aux premiers Romains était le cuivre en lingots bruts, *æs rude*, ce qui nécessitait au cas de prêt, un pesage préalable du métal prêté (V. n° 85). Le prêt primitif ne se conçoit donc pas sans l'emploi de la balance, *libra*, tenue par le *libripens*, en présence de cinq témoins pubères et citoyens. En même temps que le métal était solennellement pesé, des paroles solennelles, *nuncupatio*, étaient prononcées par les parties. Cette *nuncupatio* avait un double but : elle faisait connaître pourquoi le métal était livré à l'*accipiens* ; elle formulait l'obligation que celui-ci contractait.

L'ensemble des deux formalités, pesage et *nuncupatio*, constituait l'acte solennel de prêt, appelé *nexum* (2). Les effets qu'il produisait semblent avoir été particulièrement rigoureux. Il est fort probable que le créancier non payé pouvait procéder contre l'em-

126. — (1) Il est à remarquer que le droit romain n'a pas d'expression technique pour désigner le prêteur et l'emprunteur. Le contrat lui-même n'a pas de *nomen* (V. n° 119, note 6), le mot *mutuum* dont on se sert souvent pour le désigner signifiant, à proprement parler, les choses données en prêt et non l'opération juridique elle-même (2 pr., § 1. Dig., *De rebus cred.*, XII, 1; G. III, 90); Adde, Dirksen, *Manuale*, v° *Mutuum*.

(2) Outre le *nexum* (prêt d'argent), la *mancipatio* (vente solennelle) et le paiement, *nexi liberatio*, s'accomplissaient également *per æs et libram*. Néanmoins le terme *nexum* est le terme générique qui désigne tout acte où paraissent la balance et l'airain, Varro, *De ling. lat.*, VII, 105.

prunteur par la voie de contrainte par corps et sans jugement (3). Le débiteur qui répondait ainsi sur son corps de la dette par lui contractée pouvait être appréhendé par le créancier, enfermé par lui et astreint à des travaux serviles jusqu'à complet acquittement de sa dette (4).

L'apparition du numéraire portant l'empreinte de l'État, *æs signatum*, plus tard l'introduction des monnaies d'argent et d'or, auraient dû faire disparaître la formalité du pesage désormais inutile. Elle persista néanmoins pour une double raison : l'attachement des Romains aux anciens usages, et l'intérêt qu'avaient les créanciers à les respecter. Ils s'assuraient ainsi le bénéfice d'une voie de contrainte rigoureuse qui les dispensait d'une action en justice. La pesée, de réelle qu'elle était, dut devenir fictive (G. III, 173) (V. n° 85). Désormais la livraison des espèces métalliques eut lieu soit avant soit après le pesage ; elle ne fit plus, comme autrefois partie du cérémonial jugé nécessaire pour faire naître l'obligation (5).

Le prêt par l'airain et la balance, *per æs et libram*, ne devait pas tarder à céder la place à un mode de prêter beaucoup plus simple. Ce fut le *mutuum*, dans lequel la remise des espèces métalliques par le prêteur à l'emprunteur est suffisante, sans pesage et sans paroles solennelles, pour faire naître l'obligation de restituer. Ce prêt acte sans forme, pratiqué d'abord par les étrangers qui ne pouvaient prendre part au *nexum*, acte essentiellement quiritaire, subsista pendant un temps à côté du *nexum*, acte formel. Mais une loi *Pætilia Papiria* de l'époque républicaine (milieu du v^e siècle), sans abolir le *nexum*, vint enlever aux créanciers le droit de procéder à la contrainte par corps sans jugement préalable (6). Dès lors, les prêteurs d'argent n'eurent plus intérêt à accomplir les formalités

(3) V. Kuntze, *Cursus des römischen Rechts*, § 650; Sohm, *Institutionen*, § 78; Girard, *Manuel*, p. 477.

(4) La question de savoir quelle était exactement la condition faite au débiteur *nexus* n'a pu encore être résolue. Le seul point sur lequel on soit d'accord, c'est que la personne même du débiteur répondait de la dette, *pecuniæ creditæ corpus obnoxium* (Liv. VIII, 28). Mais le débiteur devenait-il l'esclave de son créancier comme l'*addictus*, ou bien était-il dans une condition quasi servile ; ses biens, sa femme *in manu* et ses enfants, devenaient-ils la propriété du créancier ? Autant de questions sur lesquelles la lumière est loin d'être faite, et que nous ne pouvons qu'indiquer.

(5) L'absence de pesage effectif n'avait donc rien enlevé au contrat de son caractère formel. On peut même dire qu'elle l'avait accentué. Car, autrefois nécessaire à raison de l'état rudimentaire du régime monétaire, le pesage n'était plus maintenant qu'une formalité vide de sens, un pur simulacre qui ne se maintenait qu'à titre de survivance, perpétuant le souvenir d'un temps où la monnaie de métal était pesée et non comptée.

(6) Tite-Live, rapportant les circonstances particulières qui amenèrent le vote de la loi *Pætilia Papiria*, la considère comme marquant le début d'une ère nouvelle de liberté, *aliud initium libertatis* (Liv. VIII, 28).

de l'*æ*s et de la *libra*. Le *nexum* tomba en désuétude. Le *mutuum*, prêt du *jus gentium*, le supplanta définitivement. Les Romains le pratiquèrent aussi bien que les étrangers. Toutefois, il conserva toujours, surtout dans ses effets, un caractère rigoureux qui ne se retrouve pas dans les autres contrats provenant du *jus gentium*, et qui paraît bien rappeler le *nexum* auquel il a succédé.

127. — *Éléments essentiels à la perfection du contrat.* — Pour qu'il y ait contrat de *mutuum*, il ne suffit pas que les parties soient d'accord l'une pour prêter, l'autre pour emprunter. A cet accord doit se joindre la *res*, c'est-à-dire la remise par le prêteur à l'emprunteur des choses qui font l'objet du prêt (V. n^{os} 119, 121). Cette remise c'est la *mutui datio*. A quelles choses s'applique-t-elle, comment doit-elle s'effectuer, telles sont les deux questions qu'il faut résoudre.

1^o *Choses qui peuvent être données en mutuum.* — Les choses qui peuvent être données en *mutuum* sont, d'après les textes, toutes celles *quæ pondere, numero, mensura constant*, c'est-à-dire qui se pèsent, se comptent et se mesurent (G. III, 90; 2, § 1. Dig., *De reb. cred.*, XII, 1, Paul). Prise à la lettre, cette notion pourrait faire croire que toute chose est susceptible d'être remise en *mutuum*, car il n'est pas de chose qui ne puisse être mesurée, pesée, comptée. Mais par les exemples qu'ils donnent, les jurisconsultes restreignent eux-mêmes la portée de leur formule. Peuvent être, suivant eux, l'objet d'une *mutui datio* : l'argent monnayé, *pecunia numerata*; les denrées alimentaires telles que le vin, l'huile, les céréales; enfin les métaux non monnayés, tels que le cuivre, l'argent et l'or. Il résulte de là, que dans la pratique, le *mutuum* ne porte que sur des choses de genre, *genus* (2, pr. Dig., *De reb. cred.*, XII, 1, Paul).

On appelle ainsi une chose qui ne se distingue des autres que par le genre auquel elle appartient, comme par exemple, l'argent monnayé, le vin, l'huile, etc. Aux choses de genre on oppose les corps certains, *species*, c'est-à-dire des choses individualisées par des caractères tels qu'on ne peut pas les confondre avec des choses appartenant au même genre, par exemple tel cheval, tel esclave, tel immeuble. D'où il suit qu'une chose de genre, ne peut être déterminée que par voie de pesage, de comptage ou de mesurage, et c'est pourquoi les textes disent d'elle : *res quæ pondere numero mensura constat*. L'argent monnayé, les denrées, les métaux sont donc par nature des choses de genre (1).

127. — (1) Théoriquement, rien n'empêche les parties d'envisager ces choses, *in*

Cette notion montre qu'une chose de genre, n'ayant point par elle-même d'individualité, peut toujours être remplacée par une autre chose du même genre, qui fera le même office qu'elle, pourvu qu'elle soit égale à la première en quantité et qualité. Ces choses font donc, chacune dans leur genre, fonction les unes des autres, et de là le nom de choses fongibles que leur ont donné les interprètes. Cela explique pourquoi ces choses sont seules susceptibles de faire l'objet d'une *mutui datio*. Cette règle est une conséquence nécessaire du but que poursuivent les parties. L'emprunteur veut pouvoir disposer à son gré des choses prêtées, soit en les aliénant, soit en les transformant. Elles sont donc destinées à être consommées par lui, et c'est pour cela qu'il faut les lui transférer en propriété, ainsi qu'on le verra plus loin (2). Mais, obligé de rendre, il ne peut être tenu de restituer que des choses similaires, et par suite la *mutui datio* ne peut porter que sur des choses susceptibles de se remplacer réciproquement l'une par l'autre.

2° *Comment s'effectue la mutui datio.* — La *mutui datio* est, le mot *datio* l'indique, un transfert de propriété, et ce transfert s'opère par la tradition des choses prêtées. En règle générale, il faut que cette tradition soit effectuée par le prêteur lui-même et qu'elle porte sur des choses sortant directement de son patrimoine pour entrer dans celui de l'emprunteur. On avait fini toutefois par admettre, non sans difficulté, l'efficacité de la *mutui datio*, et la naissance d'une obligation à la charge de l'emprunteur, en l'absence de ces deux conditions. Tel est le cas où le déposant autorise le dépositaire à garder les choses déposées, non plus à titre de dépôt, mais à titre de *mutuum*; celui où le prêteur, au lieu de verser la somme à l'emprunteur, l'autorise à la toucher chez un de ses débiteurs; enfin le cas où le créancier d'un contrat antérieur autorise son débiteur à garder à titre de prêt les choses dues (3).

128. — *Effets du mutuum.* — L'effet de la *mutui datio* est d'obliger l'emprunteur à restituer des choses de même genre que

specie, de même qu'en sens inverse, certaines choses habituellement considérées comme *species* peuvent n'avoir été envisagées qu'*in genere*, comme c'est le cas pour un cheval, un esclave, un fonds. Tout dépend donc ici de l'intention des parties, qui dans une seule et même chose peuvent n'avoir égard qu'à son *genus*, ou au contraire s'attacher à sa *species*.

(2) C'est parce que l'emprunteur a le droit de consommer les choses prêtées que les modernes ont donné au *mutuum* le nom de prêt de consommation (V. art. 1874, 1892, C. civ.). Toutefois, c'est à tort que l'art. 1892, C. civ., indique les choses qui se consomment par le premier usage comme pouvant seules faire l'objet du contrat de prêt.

(3) V. pour ces trois cas : 9, § 9. Dig., *De reb. cred.*, XII, 1, Ulp.; 15. Dig., *De reb. cred.*, XII, 1, Ulp.; 34, Dig., *Mandati*, XVII, 1, African.

celles qu'il a reçues, en quantité et qualité égales. Le contenu de l'obligation est donc exactement identique à celui de la *mutui datio*. Cette idée se vérifie à un triple point de vue.

1° L'emprunteur doit *dare*, c'est-à-dire transférer la propriété.

2° Cette *datio* a pour objet non les choses mêmes remises en *mutuum*, mais des choses de même genre (2, pr. Dig., *De reb. cred.*, XII, 4, Paul). L'emprunteur n'est donc pas débiteur d'un corps certain, et par suite, en cas de perte fortuite des choses prêtées, il n'est pas libéré. Il peut toujours en effet se procurer des choses du même genre en égale quantité et qualité. Les cas fortuits restent à sa charge (V. n° 191).

3° Les choses doivent être rendues en quantité égale et en qualité identique. Toutefois, il peut avoir été convenu que l'emprunteur rendra moins qu'il n'avait reçu, par exemple neuf au lieu de dix, cas auquel il y a *mutuum* jusqu'à concurrence de neuf et donation pour le surplus. Serait au contraire sans effet la convention par laquelle l'emprunteur s'engage à rendre plus qu'il n'a reçu. L'obligation se formant *re*, il est impossible que son objet dépasse le contenu de la *res* : *re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit* (17, pr. Dig., *De pactis*, II, 14, Paul).

L'action qui sanctionne l'obligation de l'emprunteur est de droit civil. Elle est aussi de droit strict (V. nos 116, 119)(1). La mesure de l'obligation de l'emprunteur étant égale à l'objet de la *datio*, le genre (*quid*), la qualité (*quale*), la quantité (*quantum*) de ce qui est dû, sont déterminés avec la même précision, en sorte que les pouvoirs du juge sont nécessairement limités et ne comportent aucune liberté d'appréciation (pr. Inst., *Quib. mod. re contrah. obl.*, III, 14). L'action est par excellence *certa* (V. n° 123). C'est la *condictio* dite *certæ pecuniæ* ou *triticaria* selon qu'elle a pour objet de l'argent ou des denrées et autres choses de genre. Les interprètes la désignent sous le nom de *condictio ex mutuo*. L'action donnée au prêteur est donc un cas particulier de l'action générale appelée *condictio* (V. n° 301). Elle ne porte pas le nom du contrat qui lui a donné naissance. Le *mutuum* en effet n'a point de *nomen* technique. Cela le distingue des autres contrats *re* et le rapproche des contrats *verbis* et *litteris* (V. n° 119).

128. — (1) Le caractère strict de l'action, comme aussi l'absence de nom technique distinguent essentiellement la *condictio (ex mutuo)* des actions qui sanctionnent les trois autres contrats *re*. Cela s'explique si l'on admet que cette *condictio* au lieu d'être tout d'abord une action contractuelle, ne fut qu'une application de l'action générale en répétition fondée sur l'idée d'un enrichissement sans cause, et donnée au prêteur sous la forme rigoureuse que comporte la procédure du *sacramentum in personam*. V. Girard, *Manuel élément.*, pp. 502, 503.

Il en est de même pour son caractère unilatéral. L'obligation de l'emprunteur est la seule qui naisse du contrat. Le prêteur n'est tenu d'aucune obligation réciproque envers l'emprunteur.

129. — *Variétés du mutuum.* — 1° *Prêt d'argent.* — Le prêt d'argent se distingue par deux particularités : 1° les intérêts d'une somme d'argent prêtée ne peuvent jamais être dus en vertu d'un simple pacte (V. n° 129, 2°). 2° Le sénatusconsulte Macédonien a créé ici une incapacité spéciale au fils de famille.

Les fils de famille pouvaient s'obliger civilement par leurs contrats, mais ils ne devaient pas, en fait, jouir d'un grand crédit, puisqu'ils n'avaient point de patrimoine pouvant servir de gage à leurs créanciers (V. n° 122). Néanmoins, ils trouvaient à emprunter de l'argent, à des conditions d'autant plus onéreuses que les prêteurs, pour avoir chance d'être payés, étaient contraints de retarder leurs poursuites jusqu'au jour du décès du *pater* (1). Les exigences de certains prêteurs peu scrupuleux provoquèrent l'intervention du Sénat et la création d'une incapacité que le droit ancien n'avait pas connue. Sans aller jusqu'à prohiber franchement le *mutuum* d'argent fait au fils de famille, le Sénat lui dénie toute efficacité. Il émet le vœu que l'action soit refusée au créancier qui se présentera devant le magistrat pour poursuivre le débiteur (2). Lorsque le magistrat ne jugeait pas à propos de refuser l'action, il pouvait donner au défendeur une protection équivalente, en insérant dans la formule de la *condictio (ex mutuo)* l'exception appelée par les jurisconsultes *exceptio senatusconsulti Macedoniani* et conférer ainsi au juge le pouvoir d'examiner s'il y avait lieu d'appliquer ou non le sénatusconsulte (3). Cette innovation, tout en mettant un frein à la dissipation, entravait les affaires. Elle empêchait les emprunts faits dans un but honnête, en vue d'opérations sérieuses. La pratique dut réagir. Elle admit que le sénatusconsulte cesserait de recevoir son application toutes les fois que le prêteur ou

129. — (1) A en croire Justinien, il se serait trouvé des fils qui auraient attenté aux jours de leur père pour avancer le moment où ils pourraient rembourser leurs créanciers (§ 7. Inst., *Quod cum eo*, IV, 7).

(2) Le texte est rapporté par Ulpien (1, pr. Dig., *De senat. Maced.*, XIV, 6) : *placere ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset... actio petitioque daretur*. Le Sénat s'adresse donc, non aux particuliers, mais aux magistrats. Il les prie d'agir, dans les limites de leur pouvoir, de façon à assurer pleine efficacité à sa volonté. Le temps n'est pas encore venu où le Sénat parlera le langage de la loi (V. n° 12).

(3) Il est à noter que le texte du sénatusconsulte ne dit pas un mot de l'exception, ce qui montre bien que le rôle du Sénat se bornait à poser le principe, sauf à laisser au magistrat le soin d'en assurer l'application.

le fils n'auraient aucune faute à se reprocher. Il en était ainsi lorsque le fils avait trompé le prêteur en se faisant passer pour *pater*, lorsqu'il passait généralement pour tel, lorsque le *pater* avait autorisé le prêt, l'avait ratifié, ou bien sans le ratifier en avait profité (4).

2° *Prêt à intérêt*. — On appelle intérêts, *usuræ*, une certaine quantité de choses que reçoit le créancier en représentation du préjudice que lui cause la perte momentanée de son capital, *sors*, *caput*, et en compensation des risques qu'il court de ne pas en obtenir le remboursement. Or, l'emprunteur n'étant tenu que jusqu'à concurrence de ce qu'il a reçu, *quatenus datum sit* (V. n° 128), l'obligation de payer des intérêts ne découle pas nécessairement du contrat de prêt. Pour que des intérêts soient dus, il faut que par une convention spéciale adjointe au *mutuum*, l'emprunteur se soit engagé à les payer. La légitimité d'une pareille convention n'a jamais fait doute dans l'esprit des Romains (5). Mais tant qu'elle restait à l'état de simple pacte elle n'obligeait pas l'emprunteur. Ainsi le voulait le principe : *nuda pactio obligationem non parit*. Une stipulation était nécessaire pour rendre obligatoire le pacte d'intérêts : *pecuniæ quidem creditæ usuræ, nisi in stipulationem deductas non deberi* (24. Dig., *De præscript. verb.*, XIX, 5, African.) (6). On finit toutefois par se contenter d'un pacte au cas de prêt fait par une ville, et aussi quand le prêt portait sur du froment ou autres denrées. Le taux de l'intérêt en cas de prêt d'argent fut de bonne heure, dès les XII Tables, limité à un certain maximum que le créancier ne pouvait dépasser. Ce taux légal, qui sous l'Empire est de 12 0/0 par an, *centesima usura*, fut réduit à 6 0/0 sous Justinien (7).

3° *Prêt appelé nauticum fenus*. — Le *nauticum fenus* est une

(4) On comprend, étant données ces atténuations, pourquoi le magistrat, au lieu de refuser immédiatement l'action, pouvait délivrer la formule au créancier, tout en y insérant l'exception au profit du défendeur qui prétendait bénéficier du sénatusconsulte. Il y avait là des vérifications de fait auxquelles ne pouvait procéder le magistrat et qui rentraient dans l'office du juge.

(5) Le *mutuum* accompagné d'une convention d'intérêts prend le nom de *fenus* (Festus, v° *Fenus*). La littérature, toujours bien informée des choses du droit, a nettement aperçu que l'intérêt est le loyer du capital prêté. V. les textes dans G. May et Becker, *Précis des institutions du droit privé de Rome*, n° 106. C'est le droit canon qui a fait prévaloir dans notre ancien droit français l'interdiction du prêt à intérêt. Viollot, *Histoire du droit civil français*, pp. 681, 693; Pothier, *Traité du prêt de consommation*, nos 53 et suiv.

(6) *Adde*, Paul, *Sent.*, II, 14, § 1. L'expression stipuler des intérêts qu'on retrouve dans l'art. 1905, C. civ. est évidemment un souvenir de l'ancienne règle romaine.

(7) La défense de stipuler des intérêts au delà du taux légal, *legitimus modus*, n'est pas restreinte au contrat de prêt, elle est applicable à tous les cas où à la suite de la création d'une obligation le débiteur s'est engagé à payer des intérêts.

variété du prêt d'argent, usitée dans le commerce maritime. L'argent prêté était destiné à faciliter les opérations de commerce dans des pays d'outre-mer, soit que l'emprunteur voulût y transporter des marchandises achetées avec cet argent, ou y acquitter des dettes contractées lors d'un précédent voyage. A raison de cette destination la somme due s'appelait *trajectitia pecunia*, et le *nauticum fenus* se séparait du *mutuum* ordinaire, à trois points de vue : 1° Les cas fortuits étaient à la charge du prêteur ; l'emprunteur était donc libéré, si les fonds prêtés ou les marchandises achetées avec ces fonds venaient à être perdus par fortune de mer avant l'arrivée à destination (1. Dig., *De naut. fenor.*, XXII, 2, Modestinus.) (8). 2° Un simple pacte suffisait pour obliger l'emprunteur à payer les intérêts (5, § 1 ; 7. Dig., *De naut. fenor.*, XXII, 2, Scævola, Paul). 3° Comme compensation du risque exceptionnel couru par lui, le prêteur pouvait exiger un taux d'intérêt supérieur au taux légal (Paul, *Sent.*, II, 14, § 3), mais que Justinien limite à 12 0/0 (9).

Deuxième groupe : Commodat, dépôt et gage.

130. — *Histoire et caractères généraux des contrats de commodat, dépôt et gage.* — Le commodat, le dépôt et le gage, issus tous trois du même développement historique, composent un groupe à part nettement distinct du *mutuum*. Ils lui ressemblent en ce qu'ils se forment *re* et sont sanctionnés par une action de droit civil. Mais ici l'obligation de l'*accipiens* est de toute autre nature. La remise de la chose n'a pas fait de lui un propriétaire. Ce résultat n'a pas paru nécessaire au but poursuivi par les parties. Le commodataire ne reçoit la chose que pour en user, le dépositaire pour la garder à la disposition du *tradens*, le créancier pour la conserver en garantie d'une créance. De là résulte que l'*accipiens* doit la chose elle-même *in specie*. Cette restitution peut être exigée dans chaque cas par une action spéciale qui, à la différence de la *condictio*, est de bonne foi et porte le nom du contrat auquel elle sert de sanction.

(8) Aussi, ce genre de prêt encore pratiqué lors de la rédaction du Code de commerce, est-il appelé prêt à la grosse aventure ou prêt à la grosse (V. art. 311 et suiv., C. comm.).

(9) Il est à noter que ces trois dérogations au droit commun ne s'appliquaient que lorsque le péril de mer avait commencé et qu'elles cessaient dès que le navire était arrivé à bon port.

Mais ce résultat n'a pas été atteint de bonne heure (1). Longtemps la remise d'une chose avec convention de restitution demeura insuffisante pour créer une obligation civile à la charge de l'*accipiens*. Les Romains ne virent là d'abord qu'un simple pacte dépourvu en soi d'efficacité juridique. L'*accipiens* n'était tenu que d'une pure obligation morale. On avait suivi sa foi, *fides*. Mais, dans le droit romain primitif, les relations juridiques uniquement fondées sur la *fides* sont dépourvues de sanction légale. Contre l'*accipiens* il n'y avait donc pas de contrainte légale, pas d'action pour le forcer à restituer. Dans certains cas cependant, où la violation de la *fides* paraissait plus particulièrement grave, on a donné une action *ex delicto* contre lui (2). Mais cette protection qui put paraître suffisante pendant assez de temps finit par être jugée incomplète. Le droit prétorien fit ici son office supplétoire. Il donna au *tradens* des actions *in factum* tendant à la restitution de la chose livrée par lui (3). Dès lors, le commodat, le dépôt, le gage, sont des pactes prétoriens. Ce ne sont pas encore des contrats (V. n° 116).

Ils devaient le devenir. Ce changement s'accomplit sous l'influence et par imitation de ce qui se passa pour un acte de droit, la fiducie, qui tendait aux mêmes résultats pratiques. Pour faire un commodat, un dépôt ou un gage on pouvait, en effet, transférer à l'*accipiens* la propriété de la chose par *mancipatio* ou *in jure cessio*. Mais, par un pacte adjoint au transfert, il était convenu que l'acquéreur devait retransférer la propriété, après s'en être servi (commodat), à première réquisition (dépôt), après acquittement de la dette garantie (gage). Ce pacte s'appelait *fiducia*, *pactum fiduciæ* (G. II, 59, 60; Paul, *Sent.*, II, 13) (V. n° 86) (4). L'acquéreur et

130. — (1) Dans l'énumération des actions *bonæ fidei* que donne Cicéron d'après Q. Mucius Scævola, il ne fait pas mention des actions nées des trois contrats *re* (Cicéron, *De offic.*, III, 17; Adde, *De natura deor.*, III, 30; *Topic.*, 10). D'autre part, la *lex Julia municipalis* (an 709. U. C.) ne fait pas figurer au nombre des actions infamantes l'*actio depositi* dont l'effet infamant est cependant certain (*lin.* 111). Beaucoup plus tard, Gaius dans ses *Institutes* (G. III, 90 et suiv.) ne cite en fait de contrats *re* que le *mutuum*, preuve incontestable que dans les principes de l'ancien droit civil, les autres contrats *re* n'étaient pas encore admis au rang des contrats (V. n° 124, note 2).

(2) C'est ce qu'avait fait pour le cas de dépôt nécessaire la loi des XII Tables en donnant une action au double (V. n° 132). V. Girard, *Manuel élém.*, p. 522.

(3) L'existence de ces actions *in factum* est prouvée par Gaius, IV, 47. Après que le commodat et le dépôt eurent été reconnus comme contrats et sanctionnés par une action *in jus*, l'action *in factum*, antérieure en date, continua néanmoins à subsister (G. IV, 47). Aussi les commentaires des jurisconsultes sur l'Édit prétorien ont plutôt traité à l'action *in factum* qu'à l'action *in jus*. V. Girard, *Manuel élém.*, p. 522.

(4) En cas de commodat et de dépôt, la *fiducia* est dite *cum amico*; en cas de gage, elle est faite *cum creditore*. Le pacte ne doit pas être confondu avec la partie verbale solennelle (*nuncupatio*) de l'acte de transfert, à laquelle il s'ajoute comme annexe. V. Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. IV, p. 138. Cette opinion

l'aliénateur trouvaient tous deux leur avantage dans cette façon d'opérer. Devenu propriétaire, l'acquéreur pouvait défendre la chose contre les entreprises des tiers, car il avait contre eux les actions délictuelles ou non qui sont réservées au propriétaire seul (5). Et c'était là du même coup une sécurité pour l'aliénateur. Toutefois, l'aliénation avait pour ce dernier un inconvénient. Car, lorsque le temps de la restitution était arrivé, il ne pouvait pas, pour redemander sa chose, se présenter comme propriétaire, puisqu'il avait cessé de l'être. Il n'était que créancier de la restitution. Et encore, cette créance ne fut-elle pas tout d'abord munie d'action (6). Le pacte fiduciaire resta longtemps dépourvu de sanction. On finit par admettre cependant que l'aliénateur ne pouvait être laissé à la merci d'un acquéreur déloyal. On lui donna contre l'acquéreur une action personnelle qui fut peut-être d'abord une action prétorienne *in factum*. Puis, et assez rapidement, à l'action *in factum* succéda une action *in jus*, l'*actio fiduciæ (directa)* où le juge reçut le pouvoir d'apprécier si le débiteur de la restitution avait accompli son obligation comme l'exige la bonne foi (7). En outre, et en sens inverse, on donna à l'*accipiens* une action contre l'aliénateur, pour se faire indemniser de tout préjudice éprouvé par lui à raison de la détention de la chose ; soit qu'il eût fait sur elle des dépenses, soit que les vices dont elle était atteinte eussent endommagé d'autres objets lui appartenant. Cette action, *actio fiduciæ contraria*, était aussi de bonne foi.

A partir de ce moment, on peut, sans forcer les choses, voir dans la *fiducia* un véritable contrat du droit civil, se formant *re*, et solennel. Car si l'obligation de restituer résultait d'un pacte, fallait-il du moins que la remise de la chose fût solennelle. Dans ce contrat *re*, la convention était dénuée de forme, la *res* seule était formelle. Ce mouvement qui avait abouti à faire de la fiducia un contrat ne

est confirmée par l'inscription de Bétique qui donne un modèle de *fiducia* (Girard, textes, p. 739).

(5) Aussi Gaius dit-il que la *fiducia* a lieu *cum amico, quo tutius nostræ res apud eum sint* (G. II, 60). Adde, Girard, *Manuel élém.*, p. 517.

(6) On peut se demander dès lors quelle raison pouvait avoir le *tradens* de préférer le procédé du pacte fiduciaire, puisqu'il ne lui donnait pas plus de droit que le simple pacte. On peut répondre que l'acquéreur fiduciaire devait sans doute déclarer solennellement n'acquiescer que *fidei fiduciæ causa*, en sorte que s'il refusait de restituer, sa déloyauté était plus patente. Il y avait là une garantie morale qu'on ne trouvait pas dans la simple tradition accompagnée d'un simple pacte. V. Girard, *Manuel élém.*, p. 518.

(7) Au rapport de Cicéron, la *fiducia* est rangée par Q. Mucius Scævola au nombre des opérations de droit où l'on tient compte de la *fides bona* (*De off.*, III, 17). Peut-être faut-il voir en elle le type ancestral primitif de l'action *bonæ fidei*, par conséquent, le premier contrat différent du contrat ancien et où le juge, affranchi de l'étroite tyrannie des formules, peut statuer en toute liberté. V. Sohm, *Institutionen*, § 12, pp. 60, 61.

pouvait manquer d'exercer son influence sur le cas où le commodat, le dépôt, la mise en gage, se faisaient par pacte adjoint à une simple tradition. Les deux situations étaient trop voisines pratiquement pour qu'il n'en fût pas ainsi. Le pacte de restitution joint à la tradition fut traité désormais comme un acte de droit : il donna naissance à une obligation fondée sur la *bona fides*, sanctionnée par le droit civil, par conséquent à un contrat. Là est l'origine des contrats de commodat, de dépôt et de gage. A la différence de la fiducie ils ne sont pas solennels, et ils ne supposent pas un transfert préalable de propriété à l'*accipiens* (8). Aussi ont-ils peu à peu supplanté le procédé fiduciaire. Mais ils rappellent la fiducie par des traits de ressemblance incontestable. Comme elle, ils engendrent une action directe et une action contraire, ils sont donc synallagmatiques (9). Comme dans la fiducie, ces deux actions sont de bonne foi et portent le nom du contrat qu'elles sanctionnent. A tous ces points de vue, les trois contrats *re* diffèrent du *mutuum* et méritent bien d'être rangés dans un groupe à part.

1° Commodat.

131. — *Conditions de formation du contrat. — Effets. —*
 1° Le *tradens* (commodant, *commodator*), remet une chose à l'*accipiens* (commodataire), et celui-ci s'oblige à restituer cette chose *in specie* après en avoir fait l'usage expressément ou tacitement convenu entre les parties. C'est à cause du droit d'user ainsi conféré au commodataire que le contrat a reçu chez les modernes le nom de *prêt à usage* (V. art. 1874 et suiv., C. civ.). La convention règle l'usage auquel le commodataire pourra faire servir la chose, le temps pendant lequel elle pourra être conservée (1). Quant à la *res*,

(8) Le transfert de propriété par *mancipatio* ou *in jure cessio* était impossible, lorsqu'un des contractants était pérégrin. La *nuda traditio* non translative était, d'autre part, préférable, lorsqu'on ne voulait faire qu'un commodat ou un dépôt. Car c'est dépasser le but que d'opérer un déplacement de propriété pour permettre à quelqu'un l'usage momentané d'une chose ou l'en constituer le gardien. Il n'en est pas de même pour le gage, où il y a avantage pour le gagiste à avoir les droits les plus pleins sur la chose engagée. Aussi, est-ce la fiducie en cas de gage qui a persisté le plus longtemps (V. n° 222).

(9) Mais ces contrats ne sont pas synallagmatiques parfaits. L'obligation sanctionnée par l'*actio contraria* n'est pas de l'essence du contrat ; elle n'en est qu'un effet accidentel ; elle naît de la *res*, non du contrat. Aussi les appelle-t-on contrats synallagmatiques imparfaits.

131. — (1) A cet égard, la liberté des parties est entière. Il en est notamment ainsi pour les choses qui peuvent être remises en commodat. Comme la chose est due *in specie*, on ne peut pas, il est vrai, donner en commodat les choses *quæ primo usu con-*

elle consiste non en une *datio*, mais en une simple *traditio* dénuée d'effet translatif. Il suffit en effet pour répondre à l'intention des parties, que le commodataire puisse user de la chose. Il n'a besoin d'avoir sur elle aucun droit réel, ni même la *justa possessio* (V. n° 78).

2° L'effet direct du contrat est d'imposer au commodataire une obligation de *facere*, au sens le plus large du mot, ce qui comprend : l'obligation de donner à la chose les soins d'un bon père de famille, de ne pas en faire un usage contraire à la convention et de la restituer *in specie* à l'époque fixée. Le commodataire, débiteur de corps certain, est donc libéré par la perte fortuite de la chose (V. n° 191) (2). Toutes ces obligations doivent être accomplies conformément à la bonne foi. L'action donnée pour en obtenir l'exécution, *actio commodati directa*, est de bonne foi. Mais le commodat peut donner lieu accidentellement à une obligation en sens inverse, où le commodataire est créancier du commodant. Cette obligation ne naît pas du contrat, mais à son occasion ; elle n'est pas contemporaine de sa formation ; elle n'est qu'une conséquence indirecte de la remise de la *res*. Elle a pour objet le remboursement des dépenses nécessaires faites sur la chose par le commodataire, lorsque ces dépenses ne sont ni la suite ni la condition de l'usage, et aussi l'indemnité du dol commis par le commodant qui aurait prêté sciemment une chose vicieuse ayant corrompu la chose du commodataire. L'équité exige alors que le commodataire puisse agir contre le commodant. On lui donne donc l'*actio commodati contraria* qui est de bonne foi comme l'action directe, mais qui paraît de date plus récente (18, § 4. Dig., *Comm.*, XIII, 6, Gaius). Le commodat fait donc partie des contrats synallagmatiques (3).

2° Dépôt.

132. — *Conditions de formation du contrat. — Effets. — Variétés du dépôt.* — 1° Ici, l'*accipiens* (dépositaire) reçoit la chose à la charge de la garder sans s'en servir et de la restituer aussitôt qu'elle lui sera redemandée par le déposant. La convention règle et la na-

sumuntur. Mais l'intention formelle des parties est souveraine à cet égard. C'est ainsi que des pièces de monnaie pourront être remises en commodat, pour la montre, *ad pompam vel ostentationem* (3, § 6, Ulp.; 4. Dig., *Comm.*, XIII, 6, Gaius).

(2) Là se bornent les obligations du commodataire. Il ne pourrait être tenu de payer un salaire au commodant ; cela est contraire à l'essence même du contrat qui est d'être gratuit (§ 2. Inst., *Quib. mod. re*, III, 14 ; V. art. 1876, C. civ.).

(3) Mais, ainsi qu'on l'a fait observer plus haut (V. n° 130, note 9), le contrat n'est pas synallagmatique parfait.

ture du contrat et l'objet du dépôt. Toute chose corporelle peut être déposée pourvu qu'elle soit susceptible d'un déplacement matériel, ainsi que l'indique le mot *deponere* (*de ponere*), ce qui exclut du dépôt les immeubles. Quant à la *res*, elle consiste également dans une *nuda traditio*, simple remise de la détention qui ne confère au dépositaire aucun droit réel sur la chose, pas même la possession (V. n° 78).

2° L'effet nécessaire et direct du contrat est d'obliger le dépositaire à *facere* (sens large), ce qui comprend les obligations suivantes : garder la chose, répondre de tout dol et de toute faute lourde, restituer la chose *in specie* à première réquisition (1, § 3. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7, Gaius). Le dépositaire débiteur d'un corps certain est donc, comme le commodataire, libéré par la perte fortuite de la chose. Son obligation est sanctionnée par l'*actio depositi directa*, qui est de bonne foi et entraîne l'infamie contre le dépositaire condamné (G. IV, 60, 182). De même que le commodat, le dépôt peut accidentellement donner lieu à une obligation à la charge du déposant. L'équité exige, en effet, que le dépositaire soit indemnisé des dépenses nécessaires ou même utiles qu'il a pu faire sur la chose, et aussi du dol du déposant. Aussi l'action qui lui est donnée, *actio depositi contraria*, est-elle de bonne foi. Le contrat de dépôt fait donc également partie des contrats synallagmatiques (1).

3° Diverses variétés du contrat de dépôt doivent être signalées : le dépôt nécessaire, le séquestre, le dépôt irrégulier.

a) Les interprètes appellent nécessaire ou misérable, le dépôt qui a été opéré sous le coup d'un péril imminent, *incendii ruinæ naufragii causa* (V. art. 1949 et suiv., C. civ.). En pareil cas, le déposant n'a pas été libre de choisir son dépositaire, il s'est adressé à la première personne venue, en sorte qu'on peut considérer le contrat comme s'étant formé dans une certaine mesure sans sa volonté (2). Aussi est-ce une raison pour réprimer avec plus de rigueur l'infidélité du dépositaire, *crescit perfidiæ crimen* (1, § 4. Dig., *Depositum*, XVI, 3, Ulp.). La loi des XII Tables donnait déjà en ce cas une action pénale au double contre le dépositaire et ce doublement de la condamnation se maintint par la suite, quand la convention de dépôt fut sanctionnée par une action prétorienne *in factum*. (3).

132. — (1) Mais le contrat n'est pas synallagmatique parfait (V. n° 130, note 9). Notons que l'obligation du déposant ne peut jamais consister dans le paiement d'un salaire au dépositaire. Cela serait contraire à l'essence du contrat de dépôt (1, § 9. Dig., *Depositum*, XVI, 3, Ulp.) (V. art. 1917, C. civ.).

(2) V. 1, § 2. Dig., *Depositum*, XVI, 3, Ulp. : *causam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate profiscientem*.

(3) V. le texte de l'Édit dans 1, § 1. Dig., *Depositum*, XVI, 3, Ulp.

b) Lorsqu'une contestation s'élève entre plusieurs personnes relativement à une chose, elles peuvent d'un commun accord la déposer entre les mains d'un tiers appelé *sequester*. Celui-ci débiteur de la restitution est tenu de l'*actio depositi sequestraria* (12, § 2. Dig., *Depositum*, XVI, 3, Pomp.) (art. 1956, C. civ.). Il doit rendre la chose, non pas nécessairement à celui qui l'a déposée, mais à celui qui est reconnu avoir un droit exclusif sur elle (4).

c) Le dépôt est appelé par les interprètes irrégulier, lorsqu'il porte sur des choses se consommant *primo usu*, le dépositaire étant tenu de rendre les mêmes choses non *in specie* (*non idem*), mais *in genere* (*sed tantumdem*). C'est dans ces conditions que les particuliers déposaient leurs fonds chez les banquiers. Ils leur donnaient de cette façon le droit de s'en servir à charge de restituer une somme équivalente. On s'était refusé tout d'abord à voir là un contrat de dépôt, puisque l'*accipiens* reçoit le droit de se servir de la chose, et n'est pas tenu de la restituer *in specie*. L'opération ressemblait donc beaucoup plus à un *mutuum* qu'à un dépôt véritable : *egreditur ea res depositi notissimos terminos* (24; 26, § 1. Dig., *Depositum*, XVI, 3, Papin. Paul). La question n'était pas purement théorique. Car si la convention est un *mutuum*, l'action donnée au *tradens* est la *condictio certæ pecuniæ* et non l'action *depositi*. De plus, si des intérêts ont été convenus, ils ne peuvent être dus qu'en vertu d'une stipulation, tandis que si la convention est un dépôt, un simple pacte adjoint *in continenti* au contrat pourra faire naître la dette d'intérêts (V. n° 129, 2°). C'est précisément afin de valider ce pacte d'intérêts très fréquent dans la pratique, qu'on finit par assimiler la convention à un dépôt (28; 29. Dig., *Depositum*, XVI, 3, Scæv. Paul).

3° Gage.

133. — *Conditions de formation.* — *Effets.* — Le gage est destiné à donner à un créancier une sûreté réelle. Le débiteur lui-même ou un tiers pour lui, remet au créancier une chose qu'il a le droit de conserver, *pignoris nomine*, jusqu'à parfait paiement. La dette payée, le créancier gagiste doit restituer la chose *in specie*, et il y sera contraint par l'*actio pignoratitia directa* (1, § 6. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7, Gaius). En sens inverse, il a droit à l'action contraire, *actio pignoratitia contraria*, par exemple, pour les dépenses nécessaires qu'il a faites sur la chose (8, pr. Dig.,

(4) Autres différences avec le dépôt ordinaire : la chose déposée peut être un immeuble; la *possessio justa* peut être attribuée d'un commun accord au *sequester* (17, § 1. Dig., *Depositum*, XVI, 3, Florent.).

De pignorat. act., XIII, 7, Pomp.)⁽¹⁾. Les deux actions sont de bonne foi. Le contrat de *pignus* ressemble donc de tout point aux deux précédents. On le retrouvera à propos des sûretés réelles où seront complétées les explications sommaires qu'on vient de donner (V. n° 222).

II. — Des contrats qui se forment verbis.

134. — *Notion.* — *Énumération des différents contrats verbaux.* — *De la stipulation.* — *Histoire de ce contrat.* — On a déjà défini le contrat *verbis* (V. n° 119). Des paroles solennelles, *verba, certa verba*, sont exigées pour faire naître l'obligation. Sans elles, la convention resterait nue, à l'état de simple pacte non obligatoire. Reste à indiquer quelle doit être la teneur de ces formules solennelles, dans quel ordre les parties doivent les prononcer, quel est en un mot le cérémonial du contrat verbal. A cet égard, on doit remarquer que trois formes du contrat verbal avaient été admises : la *stipulatio*, la *dotis dictio*, le *jusjurandum liberti*.

La *stipulatio* est la plus importante. Seule, en effet, elle est d'une application générale. Les deux autres formes ne conviennent qu'à certaines affaires spéciales et ne concernent que certaines personnes⁽¹⁾. La *dotis dictio* est une forme particulière de la constitution de dot qui ne peut être employée que par la femme, le débiteur de celle-ci, ou son ascendant mâle de la ligne paternelle (V. n° 172). Le *jusjurandum liberti* est plus important. C'est la promesse appuyée d'un serment que fait un esclave à son maître de lui fournir certains services et qu'il renouvelle dans la même forme une fois affranchi. Cette promesse jurée n'est civilement obligatoire qu'après le second serment⁽²⁾.

Reste la stipulation. C'est d'elle seule qu'il va désormais être question. À l'époque de l'entière maturité du droit elle consiste dans une interrogation adressée en termes solennels par le créancier au débiteur, suivie d'une réponse concordante de ce dernier : *V aureos dari spondes? spondeo; promittisne? promitto*, ou autres formules équivalentes. Telle qu'elle vient d'être décrite, cette forme

133. — (1) Mais, comme le commodat et le dépôt, le gage n'est qu'un contrat synallagmatique imparfait (V. nos 130, note 9; 132, note 1).

134. — (1) Ni l'une ni l'autre ne suppose une interrogation préalable du créancier (G. III, 95, 96).

(2) Le *jusjurandum liberti* est intéressant. C'est une ancienne forme religieuse de l'obligation, analogue à la *sponsio* archaïque dont il va être parlé (V. note 3).

d'engagement verbal n'est pas d'origine fort ancienne. Elle avait été précédée par une forme archaïque, qui a disparu ensuite, la *sponsio*. On s'accorde à voir dans cette antique *sponsio* un acte religieux, où le promettant, *sponsor*, prenait la divinité à témoin de son engagement et appelait sur sa personne la vengeance divine au cas où il manquerait à la parole donnée. Le lien ainsi formé, si fort qu'il fût, n'était assuré d'aucune sanction légale (3). A raison de son caractère religieux, la *sponsio* n'était pas possible pour les étrangers.

La *stipulatio*, forme profane de la promesse solennelle, paraît avoir été imaginée précisément à leur usage (4). Ici le débiteur s'engage simplement sous sa foi, sans aucune cérémonie religieuse (5). Le lien qui l'unit au créancier est un lien civil, *vinculum juris*; une action de droit strict, la *condictio*, sert de sanction à son engagement. La *stipulatio* a donc supplanté l'antique *sponsio*, et tout en demeurant un contrat solennel, elle fait désormais partie des contrats du *jus gentium* (V. n° 116, 1°). Toutefois, en souvenir de la *sponsio*, la formule d'interrogation et de réponse, *spondes, spondeo*, resta exclusivement quiritaire, réservée aux seuls citoyens romains (G. III, 93).

135. — *Formes de la stipulation.* — Le formalisme de la stipulation ne consiste pas seulement dans l'emploi de *verba*. Ces paroles doivent être prononcées dans un ordre déterminé et conformément à une sorte de rituel minutieusement réglé, dernier vestige semble-t-il du caractère religieux de la *sponsio*. Les solennités exigées sont au nombre de quatre. Mais à presque tous ces points de vue, la rigueur du début alla en s'atténuant. Au Bas-

(3) Sur le caractère religieux de la *sponsio*, voir Kuntze, *Cursus*, §§ 648, 649, 651; Sohm, *Institutionen des römischen Rechts*, § 12, note 14; Dubois, édition de Gaius, note 306, sous le § 92, du comm. III; Girard, *Manuel élém.*, pp. 481, 482; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, pp. 247, 248; Bréal et Bailly, *Dict. étymol. latin*, v° *Spondeo*.

(4) L'origine étymologique du mot *stipulatio* corrobore cette opinion. *Stipulatio* ne vient pas comme l'indiquent Justinien et Paul (*Sent.*, V, 7, § 8) de l'adjectif *stipulus* équivalent de *firmus*, mais de *stipula* qui veut dire paille ou fêtu. V. Isidore de Séville, *Etymol.*, V, 24, n° 29; Bréal et Bailly, *Dict. étymol. latin*, v° *Stipula*. Dans l'usage vulgaire, le fait de rompre une paille était comme une preuve de la conclusion d'une promesse, d'où le nom de *stipulatio* donné à la promesse exprimée en termes solennels, mais dépouillée de son caractère religieux. La *stipula* ou fêtu a, sous le nom de *festuca*, joué dans le droit germanique primitif un rôle plus important que celui de la *stipula* à Rome. Viollet, *Histoire du droit civil français*, pp. 596, 597.

(5) Le nom de *promissio* donné à l'engagement verbal n'est pas moins probant que celui de *stipulatio*. Il fait allusion à l'usage encore pratiqué maintenant de mettre, *promittere*, sa main droite dans celle de l'autre partie : *promittere dextram*, Girard, *Manuel élém.*, p. 481.

Empire, et surtout sous Justinien, la stipulation a presque entièrement perdu son caractère formaliste.

1° *Interrogation du créancier suivie d'une réponse du débiteur.* — C'est le créancier qui doit prendre le premier la parole et interroger le débiteur. Cette interrogation est nommée spécialement *stipulatio*, le créancier stipulant est le *stipulator, reus stipulandi*. Vient ensuite la *sponsio* ou *promissio*, réponse du débiteur qui est le *sponsor, promissor, reus promittendi*. L'ensemble de l'acte s'appelle également *stipulatio* (1). L'ordre dans lequel s'expriment les deux parties est sacramentel. L'interrogation du créancier doit précéder la réponse du débiteur. Si cet ordre était interverti, le créancier aurait beau adhérer à la promesse faite d'abord par le débiteur, le contrat ne se formerait pas. Jamais semble-t-il on ne s'est départi de cette exigence.

2° *Emploi de termes consacrés pour l'interrogation et la réponse.* — Au début, on ne pouvait employer qu'un nombre fort restreint de termes pour exprimer l'interrogation et la réponse. La vieille formule *spondes, spondeo* n'était faite, on l'a vu, que pour les citoyens. Conclue sous cette forme, la stipulation était un contrat du *jus civile* (V. nos 116, 134). Les autres formules : *dabis dabo, promittis promitto, facies faciam* (G. III, 92), peuvent être employées aussi bien par les pérégrins que par les Romains, en sorte qu'avec elles le contrat devient un contrat du *jus gentium* (2). L'obligation de faire usage de l'une quelconque des formules consacrées subsista jusqu'au milieu du v^e siècle. A cette époque, elle fut supprimée par l'empereur Léon, qui décida que la stipulation vaudrait, quels que fussent les termes employés, pourvu qu'ils exprimassent l'accord des parties (10. Cod., *De contrah. et comm. stipul.*, VIII, 38 ; § 1, Inst., *De verb. obligat.*, III, 15).

3° *Continuité entre l'interrogation et la réponse.* — La réponse du débiteur devait suivre de près l'interrogation du créancier, de façon à ce que les deux parties de l'acte solennel ne fissent qu'un tout unique, *continuus actus* (137, pr. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Venul.). Cette règle, que la stipulation a dû emprunter à la *sponsio* religieuse, se retrouve également dans tous les actes du droit primitif (3).

135. — (1) *Stipulatio est verborum conceptio quibus is qui interrogatur daturum facturumve se quod interrogatus est responderit* (5, § 1. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Pomp.). Adde, Paul, *Sent.*, II, 3, § 1.

(2) La stipulation, quand elle a lieu par la formule *spondes*, ne peut être faite qu'en latin. Au contraire, avec les autres formules, les parties peuvent s'exprimer en langue étrangère (G. III, 93).

(3) On l'a vu pour la *tutoris auctoritas* (V. n° 59), on le verra pour le testament

4° *Concordance entre l'interrogation et la réponse.* — Enfin, la réponse doit être absolument concordante, *congruens*, à l'interrogation. Cette formalité fut imposée d'abord avec une extrême rigueur. La réponse devait être l'exacte reproduction de la question. Le promettant ne devait en changer ni les termes, ni le sens. A la question *spondes*, il fallait qu'il répondît *spondeo* et non *dabo* ou *promitto*. A une interrogation tendant à faire naître une obligation pure et simple ne pouvait succéder une réponse contenant l'indication d'une modalité (terme ou condition). Pour la forme comme pour le fond, il devait donc y avoir identité absolue entre les paroles. A cette condition seulement on pouvait dire qu'il y avait accord des parties. La *congruentia* est la manifestation matérielle du *consensus*. On finit par ne plus l'exiger, du moins en ce qui concerne les termes. Elle n'eut plus de raison d'être en effet du jour où il fut admis qu'on pouvait employer pour la question et la réponse n'importe quelle formule. Quant au fond, la concordance continua à être nécessaire. On ne peut en effet s'en dispenser puisqu'elle manquant, cela prouve que les contractants ne sont pas d'accord (4).

Décadence de la stipulation au Bas-Empire. — Au Bas-Empire le contrat de stipulation n'avait pas encore totalement perdu son caractère formaliste, puisque, même après la constitution de Léon, on exigeait toujours une interrogation suivie d'une réponse, toutes deux verbales et se succédant sans interruption appréciable. Or, ce qui dans ces formes réduites était le plus gênant, c'était la nécessité de la présence des parties, conséquence de l'emploi de la forme orale. La pratique parvint à se soustraire à cette exigence essentielle.

Depuis longtemps, on avait pris l'habitude de constater dans un écrit signé du débiteur, *instrumentum*, *cautio*, *chirographum*, la stipulation qui venait d'être faite. Cet écrit, remis au créancier, lui servait de moyen de preuve, sauf la preuve contraire réservée au débiteur. Ces actes contenant mention d'une stipulation intervenue ne tardèrent pas à se généraliser. Lorsqu'en effet les parties n'avaient conclu qu'un simple pacte, avaient fait un *mutuum* ou toute autre convention, elles constataient par écrit tout ce qui s'était passé entre elles et terminaient cet exposé, *præfatio*, par la mention de

(V. n° 230). Sur le *continuus actus*, V. Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. IV, pp. 148 et suiv.).

(4) Toutefois, lorsque le créancier avait immédiatement adhéré aux modifications apportées par le débiteur dans sa réponse à l'interrogation qui lui avait été posée, on considérait qu'il y avait accord des parties (1, § 3. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Ulp.).

la question et de la réponse solennelles, résumant ainsi dans une forme brève et saisissante ce qui avait fait l'objet de la convention⁽⁵⁾. On se demandait alors s'il fallait que la stipulation dont l'acte faisait mention eût réellement eu lieu, ou si l'insertion de cette clause stipulatoire dans l'écrit ne suffisait pas pour faire présumer que les paroles solennelles avaient été prononcées. Cette présomption prévalait déjà à l'époque classique. Mais on exigeait, pour qu'elle fût admise, que les parties eussent été en présence l'une de l'autre au moment de la confection de l'écrit, en sorte que cela aboutissait uniquement à dispenser les parties présentes de prononcer effectivement les paroles solennelles (1. Cod., *De contr. et committ. stipul.*, VIII, 38).

Tel fut l'état du droit jusqu'à Justinien. Pour couper court aux chicanes soulevées à ce sujet par les débiteurs, il décida que si l'écrit contenant la clause stipulatoire constatait la présence des parties, il y aurait là une présomption presque invincible. Le débiteur ne pouvait la renverser qu'en prouvant soit par écrit, soit par le témoignage de personnes non suspectes que, ou bien lui-même ou bien le créancier avait été absent du lieu où l'acte avait été passé pendant toute la journée indiquée comme étant celle de la conclusion de cet acte (14. Cod., *De contr. et committ. stipul.*, VIII, 38). On en était donc venu à présumer non plus seulement la prononciation des *verba*, mais même la présence des parties. Le créancier pouvait désormais contracter à distance. S'il avait confiance dans la loyauté du débiteur, il n'avait qu'à se faire donner l'engagement écrit de celui-ci relatant la mention de la présence des parties et de la prétendue stipulation intervenue entre elles. Ainsi formé, le contrat de stipulation cessait d'être verbal. La convention était assurée de son effet obligatoire sans qu'aucune parole eût été effectivement prononcée, sans même que les parties eussent été un instant en présence.

136. — *Effets de la stipulation.* — L'effet de la stipulation est de rendre le promettant débiteur du stipulant. Cette obligation est sanctionnée par une action du droit civil, de droit strict. De son côté, le stipulant n'est pas et ne peut pas être obligé, car il n'a rien

(5) On trouve dans les textes de nombreux exemples de cette clause stipulatoire insérée à la fin des actes écrits, par exemple : *Hæc omnia recte dari fieri præstarique stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Negidius*, 7, § 12. Dig., *De pactis*, II, 14, Ulp.; 40. Dig., *De rebus credit.*, XII, 1, Paul; 122, § 1 et 126, § 2. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Scævola, Paul; et les formules d'actes de donation et de *mutuum* données par Girard, *Textes*.

promis. Le contrat est donc essentiellement unilatéral, ce qui est le propre de tous les actes juridiques du droit ancien (G. III, 137).

L'objet de l'obligation du promettant peut être, au gré des parties, un *dare* ou un *facere*. Mais il ne semble pas que la convention ait toujours été à cet égard aussi complètement libre d'entraves. Il est très probable qu'au début on ne pouvait stipuler qu'un *dare certam pecuniam*. Il est clair qu'une pareille stipulation portait avec elle son évaluation. L'exactitude de la demande vérifiée, le chiffre de la condamnation à prononcer se trouvait nécessairement fixé, en sorte que le juge ne jouissait d'aucune liberté d'appréciation. Aussi, l'obligation du promettant, semblable à celle de l'emprunteur dans le prêt d'argent, porte-t-elle au plus haut degré le caractère du *certum*. L'action qui la sanctionne est appelée *condictio (certæ pecuniæ)* (1).

On se servit ensuite de la *stipulatio* pour promettre la dation de denrées, plus tard le transfert de propriété d'une *certa res* quelconque. La stipulation, ayant ici pour objet une *certa res* donnait naissance à la *condictio certæ rei* appelée aussi *condictio triticaria* (2). Mais elle ne porte plus avec elle son évaluation, et, par conséquent, le juge a nécessairement une plus grande liberté d'appréciation, du moins lorsqu'il s'agit d'évaluer l'intérêt pécuniaire qu'avait le créancier à l'exécution de l'obligation. Cela n'empêche pas l'obligation d'avoir pour objet un *certum* et l'action d'être de droit strict.

Enfin, on étendit encore plus loin le domaine de la stipulation lorsqu'on permit de stipuler un simple fait, *facere*, ou une abstention, *non facere* (3). En pareil cas, l'objet de l'obligation est au plus haut degré un *incertum*, en sorte que le juge a toute latitude pour apprécier la portée de l'obligation et l'étendue de l'indemnité pécuniaire due au créancier. L'action donnée à ce dernier n'en est pas moins une action de droit strict, mais pour bien marquer la différence qui la sépare des *condictiones*, on la qualifie d'*actio in-*

136. — (1) On verra en étudiant la procédure que ce fut la loi *Silia* qui donna à l'action née de la *stipulatio certæ pecuniæ* le nom de *condictio* et qui régla sa procédure d'une façon plus expéditive que lorsqu'elle était exercée par la voie du *sacramentum* (V. n° 272).

(2) Le nom de *condictio triticaria* sert sans doute à désigner d'abord la *condictio* résultant d'une stipulation ayant pour objet des denrées (1, pr. Dig., *De cond. tritic.*, XIII, 3, Ulp.). On verra que ce fut la loi *Calpurnia* qui, pour la stipulation d'une *certa res*, introduisit et organisa la procédure de la *condictio* (V. n° 272).

(3) Durant longtemps, la stipulation ne put avoir pour objet un *facere*, car le juge ne pouvait apprécier l'intérêt qu'avait le créancier à l'accomplissement de l'obligation, un fait ou une abstention n'ayant en eux-mêmes aucune valeur. Aussi, la stipulation d'un *facere* n'était valable que si les parties y joignaient une évaluation pécuniaire sous forme de clause pénale, *stipulatio pœnæ* (V. n° 218) (§ 7. Inst., *De verb. obligat.*, III, 15).

certi ex stipulatu (4, pr. Dig., *De usur.*, XXII, 1, Papin.; pr. Inst., *De verb. obligat.*, III, 15) (4).

137. — *Des diverses applications pratiques de la stipulation.*
— A dater du moment où l'on put stipuler même un *facere*, la stipulation devint la source la plus abondante de l'obligation contractuelle. La variété de ses applications en est la preuve. Elle peut en effet servir à réaliser une donation, à créer une obligation principale ou accessoire, à transformer une obligation préexistante.

1° Celui qui veut faire une donation n'a qu'à s'engager par voie de promesse envers la personne qu'il veut gratifier (V. n° 167) (1).
2° Mais le plus souvent la promesse a un but intéressé, elle est faite en vue d'un équivalent déjà obtenu par le promettant ou qu'il devra obtenir. Là est le véritable champ d'application de la stipulation. Tout pacte quel que soit son objet, peut devenir ainsi obligatoire ; il suffit que les parties lui donnent la forme d'une interrogation suivie d'une réponse : *omnibus pactis stipulatio subjici potest ut ex stipulatu actio nasci possit* (Paul, *Sent.*, II, 22, § 2). Grâce à la stipulation, par conséquent, l'abîme profond que le formalisme laissait subsister entre le pacte et le contrat était toujours facilement franchi. 3° Enfin la stipulation permet de transformer une obligation préexistante en obligation verbale, ce qui procure au créancier l'avantage d'une action plus rigoureuse, l'action de droit strict, et ce qui permet en même temps au débiteur de limiter sa dette à une somme fixe au lieu de rester tenu en vertu d'une obligation *incerta*. C'est ce qu'on faisait notamment lorsque l'obligation antérieure dérivait d'un *negotium bonæ fidei*. On retrouvera cette application de la stipulation à propos de la novation (V. n° 199).

La diversité de ces applications distingue la stipulation des contrats *re* ou *consensu*. Semblable à cet égard à la mancipation qui n'est qu'une forme générale de transfert, elle n'est qu'une forme générale d'obligation (V. n° 85). Les contrats *re* et *consensu* sont des opérations juridiques ayant un but bien précis, instituées chacune pour un genre d'affaire déterminé. De la stipulation au contraire on ne peut dire qu'une chose, c'est qu'elle sert à faire naître une obliga-

(4) Il est à remarquer que l'action porte ici le nom du contrat : *actio ex stipulatu*, ce qui la rapproche des actions nées des contrats non formels, bien qu'elle soit de droit strict. Aussi la formule avait-elle une *demonstratio* (V. n° 279).

137. — (1) Cette première application de la stipulation n'est pas en réalité distincte de la seconde, puisque dans les deux cas il s'agit de la création d'une obligation. Si nous les avons indiquées séparément, c'est pour bien mettre en lumière la diversité des résultats pratiques que la stipulation permet d'atteindre.

tion, mais on ne peut savoir dans quel but le débiteur s'est obligé, s'il a eu en vue un équivalent à obtenir du créancier ou déjà fourni par celui-ci, ni en quoi consiste cet équivalent qui est la cause de son engagement. La stipulation n'est que le moule dans lequel peut se verser indifféremment la matière de n'importe quelle convention (2). Aussi est-elle le contrat par excellence ; c'est à son occasion que les jurisconsultes énoncent la plupart des règles générales qui dominent la théorie des obligations conventionnelles (V. n° 120, note 1).

138. — *Avantages et inconvénients de la forme verbale.* —

Avantages. — La forme verbale a des avantages pratiques. Ils expliquent sinon son introduction, du moins son maintien persistant, alors que sur tant d'autres points le formalisme était en pleine décadence. La nécessité de formuler l'accord en une interrogation suivie d'une réponse concordante, permet de reconnaître à coup sûr si les parties ont converti les pourparlers préliminaires en une convention ferme. On évite ainsi toute discussion sur le point de savoir si la convention s'est formée, ou si elle n'est pas restée à l'état de simple projet. De plus, la forme interrogative dont se servait le créancier appelait l'attention du débiteur, provoquait sa réflexion et l'empêchait de donner à la convention un consentement inconsidéré (1). Toutefois de graves inconvénients résultaient de l'emploi obligatoire de la forme verbale. On peut les résumer en disant que la formule orale était nécessaire mais suffisante pour obliger.

Inconvénients. — La nécessité de la formule orale rendait la stipulation inaccessible aux sourds, aux muets, et aux absents. C'était un obstacle à la facilité des transactions. D'autre part, comme la formule était suffisante pour obliger, c'est dans les paroles prononcées et non ailleurs qu'il fallait chercher à la fois la cause et la mesure de l'obligation du promettant. Cette idée mérite d'être étudiée avec quelque détail.

a) Dire que ce sont les paroles seules qui sont la cause de l'obligation, cela signifie que la prononciation des *verba* suffit pour obliger le débiteur, sans qu'on ait à rechercher quelle est la cause de son engagement, ni même si son engagement a une cause (V. n° 121) (2). Cette règle, conséquence logique mais rigoureuse des

(2) V. Gide, *Études sur la novation*, pp. 18 et suiv.; Accarias, t. II, n° 494.

138. — (1) V. Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. III, p. 177 et suiv.; Accarias, t. II, n° 497, 1° (V. n° 118, note 3).

(2) Par exemple, voulant emprunter de l'argent, une personne s'engage par stipula-

principes, fut, on l'a vu, tempérée par le droit prétorien qui permit au débiteur de faire valoir l'absence de cause en opposant l'*exceptio doli* à l'action intentée par le stipulant et par le droit civil qui lui donna la *condictio sine causa*.

b) Ce sont également les paroles qui déterminent la mesure de l'obligation, et par conséquent les pouvoirs du juge. C'est ainsi que le juge n'est pas autorisé à rechercher, en dehors des *verba*, l'intention des parties (V. n° 119). De même, en présence d'une clause obscure, il doit toujours l'entendre dans le sens favorable au débiteur, car celui-ci n'a fait que répondre à une interrogation formulée d'abord par le créancier et dont l'ambiguïté ne doit pas retomber sur lui (38, § 18. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Ulp.) (3). Enfin le juge ne peut jamais condamner le débiteur à *dare* ou *facere* au delà de ce qu'il a promis. L'obligation contient tout ce que contiennent les *verba*, ni plus ni moins. Ainsi, ayant promis de livrer la propriété d'un esclave, *dare servum*, le débiteur n'était pas tenu de le soigner s'il tombait malade avant l'époque fixée pour la livraison, et il n'était pas responsable si, faute de soins, l'esclave mourait. Sa promesse consistait à *dare* et non à *facere* (91, pr. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Paul). La bonne foi eût exigé qu'il en fût autrement. Mais le contrat de stipulation est de droit strict, le juge n'a à tenir compte que de ce qui a été dit et promis et non de ce qui est conforme à l'équité.

Ici aussi la rigueur des principes devait s'atténuer. Puisque le juge n'était lié que par les paroles prononcées, la stipulation fournissait le moyen de lui donner une plus grande latitude d'appréciation. Il suffisait que le promettant s'engageât à exécuter son obligation conformément à la *bona fides*. Cette promesse spéciale, *clausula doli*, annexée à la stipulation lui donnait le caractère d'un *negotium bonæ fidei*. Aussi devint-elle d'un usage constant (4). D'autre part, grâce à l'*exceptio doli*, le débiteur était mis à l'abri du dol du créancier. Par conséquent, la stipulation avec adjonc-

tion à restituer la somme, avant qu'elle lui ait été versée. Que le prêteur, par mauvaise foi, refuse de la lui compter, elle n'en sera pas moins tenue, *jure civili*, de la lui rembourser. Pourtant l'équivalent, en vue duquel l'obligation a été consentie, n'a pas été fourni. La cause n'existe pas. Cela importe peu ; la promesse verbale se suffit à elle-même, isolée qu'elle est de sa cause.

(3) La même règle est consacrée par le Code civil (V. art. 1162, C. civ.), mais elle ne peut plus s'expliquer comme en droit romain. Elle se justifie uniquement par une considération d'équité qui est loin d'avoir la même force que la raison tirée de la forme dans laquelle était pris l'engagement du débiteur.

(4) La *clausula doli* était généralement ainsi conçue : *dolum malum huic rei promittis abesse abfuturumque*, ou *recte dari fierive promittis*, ou *ex fide bona dari fierive promittis* (122, § 1. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Scæv.).

tion de la *clausula doli* devenait presque assimilable à un contrat de bonne foi. Pourtant elle s'en distinguait encore; car ni la *clausula* ni l'*exceptio doli* n'étaient sous-entendues. Il fallait qu'elles fussent insérées, l'une dans la formule prononcée par les parties, l'autre dans la formule délivrée par le magistrat au juge. Théoriquement, la stipulation est demeurée jusqu'à la fin un contrat *stricti juris*. Jamais on n'a admis, comme en droit moderne, que toute convention doit être exécutée de bonne foi (V. art. 1134, C. civ.).

III. — Du contrat qui se forme litteris (1).

139. — *Origine et forme du contrat litteris.* — Les écritures, *litteræ*, font ici l'office des *verba*. Rédigées selon un certain cérémonial elles transforment la convention en contrat et donnent naissance à une obligation de droit strict, sanctionnée par la *condictio*. Mais comment l'écriture peut-elle produire ce résultat? Il est certain que le droit primitif ne connut pour la conclusion des actes juridiques que la forme orale (2). Plus tard, les écrits ne servirent qu'à fixer le souvenir des actes, à en constater l'existence. Tel était le rôle des *cautiones*, *chirographa*, *instrumenta*, contenant mention d'une stipulation, d'un *mutuum* ou de tout autre contrat (V. n° 135). Ces écrits n'avaient qu'une simple valeur probatoire. L'obligation qu'ils constataient était née *verbis*, *re* ou autrement, elle était prouvée *litteris*. Comment donc en est-on venu à se servir de l'écriture pour créer l'obligation? Il y a là une singularité qui peut facilement s'expliquer.

Les mœurs imposaient à tout *paterfamilias* le devoir de tenir un registre domestique où il mentionnait tous les actes de nature à modifier la composition de son patrimoine, notamment toutes les sommes d'argent qu'il recevait et déboursait. Ce livre de compte s'appelait *tabulæ* ou *codex accepti et expensi* (3). Les inscriptions

139. — (1) V. Accarias, t. II, nos 577, 583; Gide, *Études sur la novation*, pp. 185 et suiv.; Ortolan, t. III, nos 1414, 1441, avec l'appendice VIII, par M. Labbé; Mommsen et Marquardt, *Manuel des antiquités romaines*, t. X, *De l'organisation financière* (trad. Vigier), p. 83; Girard, *Manuel*, pp. 490 et suiv.

(2) V. les développements dans Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. III, pp. 276 et suiv. La forme orale est seule employée pour la conclusion du mariage légitime par *confarreatio* ou *coemptio* (V. n° 38), pour l'*auctoritas tutoris* (V. n° 59), dans le transfert par *mancipatio* ou *in jure cessio* (V. nos 84, 87), dans le testament primitif *calatis comitiis* (V. n° 230), dans la procédure des *legis actiones* (V. n° 271).

(3) A côté du *codex* on doit signaler les *adversaria*, sorte de brouillard d'après lequel était rédigé le *codex*, et le *Kalendarium*, sorte d'échéancier. Pour les détails

portées sur le *codex* étant au nom de la personne avec qui on avait traité étaient appelées *nomen, nomina* (4). Quand ces *nomina* étaient écrits en vue de constater un prêt d'argent, on les appelait *nomina arcaria*. Le créancier avait marqué qu'il avait versé telle somme à Titius, *expensum Titio centum*. Cette mention faisait foi contre le débiteur, sauf preuve contraire (5). Il est bien clair qu'elle n'avait pas pour effet de faire naître l'obligation. Celle-ci était née auparavant, de la numération des espèces, *re*. De là ce nom d'*arcarium nomen*, tiré de *arca*, la caisse, pour bien marquer que la source de l'obligation doit être cherchée dans ce qu'on appelle encore de nos jours un décaissement, et non dans un simple passément d'écriture (G. III, 131).

Ce furent précisément ces *arcaria nomina* qui suggérèrent l'idée de l'obligation littérale. Titius a promis à Primus la somme de cent. Ce n'est encore qu'un simple pacte, non obligatoire. Si les parties sont d'accord, elles le transformeront facilement en contrat littéral. Avec l'assentiment de Titius, Primus marquera sur son registre : *expensum Titio centum* (6). Aucune somme n'est sortie en réalité de la caisse de Primus, la mention qu'il a écrite est la constatation d'un prêt fictif. Mais, puisque Titius a consenti à la laisser faire, il est tenu comme s'il avait effectivement reçu l'argent (7). Son obligation se forme donc *litteris*, par la seule vertu de l'inscription sur le *codex*.

140. — *Applications pratiques du contrat litteris.* — Le procédé si simple qui vient d'être décrit permettait de réaliser toutes les combinaisons auxquelles se prêtait la stipulation : faire une

sur les livres de comptes (*rationes*) on lira avec intérêt Cicéron, *Pro Rosc. com.* 2; *In Verr.*, II, act. I, 23 et le *Pseud. Ascon. ad Cicer. orat. in Verr.* Dans le Code civil (art. 1331, C. civ.) les registres domestiques sont énumérés parmi les modes de preuve.

(4) Aussi *nomen* signifie-t-il couramment créance.

(5) La preuve résultant de l'inscription sur le *codex* du créancier aura d'autant plus de force que ce *codex* sera tenu avec plus de soin. Elle pourra être corroborée d'autre part par l'inscription que le débiteur, s'il est soigneux, aura dû porter sur ses registres, et qui mentionne un *acceptum* : *acceptum a Seio centum*. La constatation de l'*acceptum* s'appelle *acceptum referre*.

(6) Le créancier avisé s'assurait la preuve du consentement du débiteur en se faisant donner une lettre l'autorisant à faire l'inscription, ou en obtenant ce consentement en présence de témoins. Du débiteur qui a consenti, les auteurs disent que : *sibi expensum ferre jussit, passus est* (Cicéron, *Pro Rosc. comæd.*, 1; Val Max., VIII, 2).

(7) L'idée d'un mode de s'obliger *litteris* est venue de la force probante presque absolue qu'on attribuait aux *arcaria nomina*, à l'époque où le *codex* était tenu scrupuleusement. L'inscription faisait preuve du contrat, on chercha et on finit par y trouver un moyen de le faire naître. V. Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. III, p. 279.

donation, créer une obligation, transformer une obligation préexistante⁽¹⁾. 1° Pour faire une donation, il suffisait que le donataire portât sur son *codex* la mention d'un *expensum*, c'est-à-dire d'un versement fictif fait au donateur. Celui-ci devenait ainsi débiteur de la somme inscrite (V. n° 167). 2° De même, lorsque sans vouloir faire une donation, une personne consentait à s'obliger à payer une somme d'argent, le futur créancier n'avait qu'à inscrire l'*expensum* sur son *codex*. 3° Enfin, on pouvait par le même procédé arriver à transformer une obligation préexistante. C'était là, sans aucun doute, l'application la plus usuelle du contrat littéral. Gaius n'en signale pas d'autres. L'inscription portée en pareil cas sur le *codex* est appelée par lui *transcriptitium nomen*, et cette *transcriptio* peut avoir lieu *a re in personam* ou *a persona in personam* (G. III, 128).

a) Dans le cas de *transcriptio a re in personam*, celui qui est créancier d'une somme d'argent en vertu d'un contrat antérieur se met d'accord avec le débiteur pour transformer sa créance en une créance nouvelle née des *litteræ*. Le créancier inscrira en recette la somme qui lui était due en vertu du contrat préexistant, *acceptum ferre*; du même coup il la portera comme ayant été reversée par lui au débiteur à titre de prêt, *expensum ferre*. L'obligation naît donc par la vertu combinée de deux inscriptions mensongères, celle d'un prêt fictivement fait au débiteur avec des écus qu'il a fictivement payés. Au fond, il n'y a de changé que la cause de la dette. La cause réelle est remplacée par la cause formelle. La personne du débiteur reste la même. Il y a *transcriptio a re in personam* (2). Grâce à ce simple jeu d'écritures on transformait les créances nées d'une vente, d'un louage, d'une société (G. III, 129). A faire ce virement, le créancier trouvait l'avantage de substituer l'action de droit strict, engendrée par le contrat *litteris*, à l'action de bonne foi et de liquider des comptes compliqués, en réduisant à une obligation unique, ramenée à une somme certaine, les obligations multiples et indéterminées quant à leur montant qu'engendre tout contrat de bonne foi.

140. — (1) Le contrat littéral est donc lui aussi une forme générale servant à créer des obligations. Aussi, ne porte-t-il pas de *nomen* technique (V. n° 119), et Gaius se contente de dire : *litteris obligatio fit veluti...* (G. III, 128). Mais comme dans ce contrat la créance naît toujours d'un *expensum ferre*, les interprètes lui ont donné le nom d'*expensilatio*.

(2) C'est à cause de la double inscription que nécessite ici le contrat *litteris*, que le *nomen* était appelé *nomen transcriptitium*. Dans les deux premières applications du contrat *litteris*, il n'y a pas besoin de *transcriptio*. Il suffit d'un *expensum ferre* (G. III, 137, 138).

b) Lorsque la *transcriptio* avait lieu *a persona in personam*, ce n'était plus la cause de la dette qui était changée, mais la personne du débiteur. Titius débiteur de Primus offre à celui-ci un autre débiteur, Seius, qui consent à prendre sur lui la dette. Si Primus accepte ce changement, il n'aura qu'à porter sur son *codex* que Titius a payé la somme due et que cette somme a été reversée à Seius à titre de prêt (G. III, 130) (3). Ici encore, le contrat repose sur la double fiction d'un paiement qui éteint la dette ancienne et d'un versement qui fait naître la dette nouvelle. Il se forme par la double inscription de l'*acceptum* et de l'*expensum*. Dans ce jeu d'écritures, la personne du débiteur est changée, et c'est à juste titre que ce virement s'appelle *transcriptio a persona in personam*. L'opération avait de grands avantages pratiques. Elle permettait à un débiteur de s'acquitter, sans déboursier de numéraire, en se substituant une autre personne, un banquier le plus souvent, avec qui il était en compte. Elle était aussi fort utile au créancier qui trouvait ainsi un débiteur ou plus solvable ou plus rapproché de lui que l'ancien (4).

141. — *Comparaison du contrat litteris avec la stipulation.*
— Comme la stipulation, le contrat *litteris* est un contrat formel, unilatéral, de droit strict. Comme elle, il suppose donc une convention à laquelle vient s'adjoindre une *causa*. La convention fixe le chiffre de la dette, l'époque de son exigibilité et autorise le créancier à inscrire le *nomen* sur son *codex*. Quant à la *causa* elle consiste uniquement dans cette inscription, sans qu'il fût nécessaire de la compléter par une inscription symétrique sur le *codex* du débiteur. Car, subordonner la perfection du contrat à la mention faite par celui-ci sur ses registres, c'eût été laisser entre ses mains le sort du contrat (1). La *causa* formelle suffit d'ailleurs ici, comme dans la stipulation, à créer l'obligation qui reste isolée de sa cause réelle. On a dû finir toutefois par autoriser le débiteur

(3) Cette désignation d'un nouveau débiteur par l'ancien s'appelle *delegare, delegatio*. De là est venu le mot délégation.

(4) V. Gide, *Études sur la novation*, p. 197.

141. — (1) Gaius (G. III, 129, 130, 137, 138) présente toujours le contrat *litteris* comme résultant d'une inscription émanant du créancier seul. Non pas que la mention portée par le débiteur sur son *codex* fût sans utilité. En cas de procès, le juge y trouvait la preuve de l'accord des parties, preuve décisive puisqu'elle résultait de l'aveu même du débiteur. Si le *codex* du débiteur n'était pas représenté ou ne portait aucune mention, le créancier pouvait prouver la convention par tout autre moyen, notamment en rapportant la lettre, *epistola*, par laquelle le débiteur l'avait autorisé à porter le *nomen* sur son *codex* (V. n° 139, note 6).

à invoquer l'absence de cause en opposant l'*exceptio doli* ou en intentant la *condictio sine causa* (V. n° 138) (2).

Les différences entre le contrat littéral et la stipulation ne sont pas moins importantes. 1° La forme ne rend pas ici le contrat inaccessible aux muets, aux sourds, aux absents surtout, ce qui est une supériorité marquée sur la stipulation (G. III, 138). 2° Mais la portée d'application du contrat *litteris* était plus restreinte que celle de la stipulation ; car il ne pouvait obliger qu'à *dare certam pecuniam*, ce qui s'explique par son caractère de prêt d'argent fictif. Aussi l'action qui le sanctionne est-elle toujours la *condictio certæ pecuniæ*. 3° Enfin, comme la tenue d'un *codex* n'était pas imposée aux pérégrins, ils ne pouvaient pas devenir créanciers *litteris*, ni même débiteurs (G. III, 133). Le contrat littéral est donc essentiellement un contrat du *jus civile*, tandis que la stipulation, sauf la forme *spondes*, est un contrat du *jus gentium*.

142. — *Du contrat litteris dans le droit de l'époque classique, et sous Justinien.* — Le contrat *litteris* était encore en pleine vigueur à la fin de la République. Il ne tarda pas à perdre de son importance. Les causes de cette décadence sont multiples. On peut les attribuer en grande partie à l'habitude qu'avaient adoptée les riches Romains de faire faire leur service de caisse par les banquiers, *argentarii*, chez lesquels ils déposaient leurs fonds. L'usage des *codices* fut donc assez rapidement abandonné par les particuliers. A l'époque classique, les banquiers sont les seuls qui, pour la commodité de leur commerce, continuent à tenir des registres et à pratiquer le contrat *litteris*. Pour les particuliers, le pacte de constitut a remplacé, on le verra plus loin, le contrat littéral ; il rend exactement les mêmes services sans exiger la tenue d'un *codex* (V. n° 165). D'autre part, l'emploi des écrits séparés, *cautiones*, *chirographa*, *syngraphæ*, s'était généralisé. Ces titres purement probatoires remplaçaient avantageusement les *arcaria nomina* et faisaient perdre par conséquent à la tenue du *codex* le peu d'utilité qui lui restait. On alla plus loin encore. On voulut protéger le débiteur contre une fraude trop fréquente. Souvent, les prêteurs d'argent, une fois nantis de l'acte écrit constatant le prêt, refusaient de verser les fonds et poursuivaient néanmoins le débiteur en remboursement du prêt. Celui-ci pouvait, il est vrai, opposer l'*exceptio doli*. Mais il fallait qu'il en démontrât le bien fondé. Il devait prouver

(2) Il y a un véritable avantage à isoler le contrat de sa cause réelle. Cela coupe court aux chicanes du débiteur tenu désormais par la seule force des *litteræ*. Mais bien certainement, ce n'est pas en vue de cet avantage que le contrat a été inventé.

la non numération des espèces dont l'acte constatait le versement. Cette preuve était trop difficile. On l'en dispensa. Poursuivi, il lui suffisait de nier la numération des espèces. Le créancier était contraint de faire la preuve contre lui (1). Pour le coup c'était la force probatoire des énonciations contenues dans un acte régulier, qui se trouvait diminuée. L'écrit perdait sa valeur, même comme instrument de preuve. A plus forte raison ne peut-il plus être question à cette époque d'une obligation se formant par des écrits, *litteris*. Justinien constate lui-même sa disparition (Inst., *De litt. obligat.*, III, 21).

Mais, l'écrit constatant un prêt pouvait avoir acquis une force probante irréfragable (2). La numération des espèces énoncée dans l'acte ne peut plus alors être niée par le débiteur. Les Institutes disent que, dans ce cas, il est obligé par l'écrit, *scriptura*. Il y aurait donc encore dans le droit nouveau un cas où l'obligation se formerait *litteris*. Rien n'est plus inexact. L'écrit fait présumer contre le débiteur le versement des fonds. C'est donc que le contrat se forme ou est présumé se former *re*. Ou bien les compilateurs byzantins ont été dupes d'une apparente analogie avec le contrat littéral. Ou bien ils auront voulu, forçant les choses, imiter jusqu'au bout Gaius leur modèle, énumérer comme lui quatre classes de contrats, et maintenir aux dépens de la vérité une classification traditionnelle (3).

IV. — Des contrats qui se forment consensu.

143. — *Caractères généraux de ces contrats et leur division en deux groupes.* — La notion de contrat atteint avec les contrats *consensu* le dernier terme de son développement. Ces applications

142. — (1) L'exception qu'opposait le débiteur, fut appelée *exceptio non numerata pecuniæ*. S'il voulait prendre les devants, il pouvait par la *condictio (obligationis)* demander la restitution de l'écrit imprudemment remis par lui. Dans ce second cas, comme dans le premier, il était, par dérogation au droit commun, dispensé de justifier sa prétention. Ces moyens, l'*exceptio* et la *condictio*, sont déjà connus à l'époque classique (3; 7. Cod., *De non num. pec.*, IV, 30). On les qualifie tous deux de *querela de non numerata pecunia*.

(2) Il en était ainsi quand on ne pouvait plus agir par la *querela de non numerata pecunia*, c'est-à-dire après un délai de cinq ans, ramené à deux ans sous Justinien (14, § 4. Cod., *De non num. pec.*, IV, 30).

(3) Gaius (III, 134) parlant des écrits probatoires souscrits par des pérégrins disait que l'obligation qu'ils constatent semble naître *litteris* : *litterarum obligatio fieri videtur*. Les rédacteurs des Institutes ont voulu comme lui indiquer un semblant de contrat littéral. Gaius ajoutait : pourvu qu'il n'y ait pas eu de stipulation (car alors le contrat serait certainement verbal). Les Institutes disent de même : *cessante scilicet verborum obligatione*. La préoccupation d'imiter est évidente.

du contrat sont d'époque relativement récente et leur nombre est toujours resté restreint aux quatre variétés déjà signalées (V. n° 119) : la vente, le louage, le mandat, la société (1). Le seul caractère qui leur soit essentiellement propre, et qui les distingue par conséquent des autres contrats, c'est de n'exiger pour leur conclusion, ni remise d'une *res*, ni prononciation de paroles solennelles, *verba*, ni rédaction d'écritures sacramentelles, *litteræ*. Ici, l'élément intentionnel est complètement émancipé de l'élément formel ; la simple convention, le pacte nu, suffit pour faire naître l'obligation ; celle-ci, comme disent les textes se forme *consensu* (G. III, 135, 136). Les autres caractères qu'on va énumérer ne sont pas à vraiment parler spéciaux aux contrats consensuels, ils leur sont communs avec d'autres contrats (2).

Ainsi : 1° Ils peuvent se former entre absents, par l'envoi d'une lettre ou d'un tiers, porteur du consentement de la partie, *nuntius* ; avantage sur la stipulation qui leur est commun avec le contrat *litteris* et avec les contrats *re* (G. III, 136). 2° Ils engendrent des obligations ayant pour objet un *facere* (sens large), ce qui les différencie du *mutuum* et du contrat *litteris*, mais les met sur le même rang que les contrats *re* du second groupe et la stipulation. 3° Pour apprécier l'étendue des obligations du débiteur, le juge doit tenir compte non seulement de ce qui a été expressément promis, mais de l'intention des parties et des circonstances, *potius id quod actum quam id quod dictum sit sequendum est* (6, § 1. Dig., *De contr. emt.*, XVIII, 1, Pomp.), et il doit en tout cas s'inspirer des principes de l'équité et de la bonne foi. Les contrats consensuels, comme les contrats *re* du second groupe, engendrent des actions *bonæ fidei*. 4° Enfin semblables encore en cela aux contrats *re* du second groupe, les contrats *consensu* sont synallagmatiques (G. III, 137) (3).

Division des contrats consensu en deux groupes. — Les contrats *consensu* se répartissent en deux groupes bien distincts. Dans le premier figurent les contrats de vente et de louage, dans le second ceux de mandat et de société.

143. — (1) La date exacte de l'admission des contrats *consensu* dans le droit romain ne peut pas être précisée ; mais l'opinion qui les considère comme les derniers est celle qui réunit actuellement le plus de partisans. V. à ce sujet les indications bibliographiques données par M. Girard dans son *Etude sur l'action auctoritatis*, *Nouv. Rev. histor. de droit*, 1883, p. 539, note 1.

(2) V. en ce sens Accarias, t. II, n° 600.

(3) Trois des contrats *consensu*, la vente, le louage, la société, sont des contrats synallagmatiques parfaits ; le mandat seul, à cet égard semblable aux contrats de fiducie, de commodat, de dépôt et de gage, est ce qu'on appelle aujourd'hui un contrat synallagmatique imparfait.

Premier groupe. — La vente et le louage supposent qu'on en est à cette phase du développement économique, où le procédé rudimentaire du troc a été abandonné et où une chose a été adoptée comme commune mesure des valeurs. Cet instrument d'échange, est la monnaie (V. n° 85). La vente est l'échange de la propriété d'une chose contre une certaine quantité de monnaie; le louage, est l'échange d'une certaine quantité de monnaie contre les services que peut procurer une chose ou une personne. La fonction économique de ces deux contrats est donc la même. Cette identité n'a pas échappé aux Romains (4). Les jurisconsultes n'ont pas manqué de relever entre les contrats de vente et de louage certains traits de ressemblance et, comme le dit l'un d'entre eux, un air de famille, *familiaritatem aliquam* (G. III, 145) qui ne peut s'expliquer que par une communauté d'origine. Ces analogies seront indiquées plus loin (5).

Deuxième groupe. — Les contrats consensuels du second groupe n'ont pas un caractère intéressé aussi marqué que les premiers. Ils supposent entre les parties des rapports de confiance mutuelle qui en cas de vente ou de louage ne jouent aucun rôle. Ce caractère spécial conduit à deux conséquences pratiques importantes. 1° Le contractant qui manque à ses obligations est ici doublement coupable; il viole la loi du contrat et il manque en même temps aux devoirs que lui impose la morale, *officium*; par suite, il encourt l'infamie, si poursuivi en vertu de l'action du contrat, il vient à être condamné. 2° Comme la confiance ne s'impose pas et qu'elle peut cesser à tout moment, chacune des parties contractantes a en principe le droit de mettre fin au contrat par une renonciation unilatérale (V. nos 156, 158).

Premier groupe de contrats consensu.

1° De la vente.

144. — *Notion et histoire.* — La vente, *emptio venditio*, telle que nous la décrivent les textes de l'époque impériale, est un con-

(4) Paul dans un texte bien souvent cité (1, pr. Dig., *De contrah. empt.*, XVIII, 1, *Adde*, G. III, 141) expose avec une grande précision les transformations économiques à la suite desquelles la vente est issue de l'échange.

(5) V. 2, pr. Dig., *Locat. cond.*, XIX, 2, Gaius. La langue d'ailleurs fournit à cet égard des indications précieuses. Festus, v° *Venditiones* dit en effet : *venditiones olim dicebantur censorum locationes*, et suivant ce même auteur, le mot *redemptor* désigne celui qui par contrat de louage s'est engagé à faire un travail public (V. Festus, v° *Redemptores*).

trat par lequel une personne, le vendeur, *venditor*, s'engage à livrer une chose à une autre personne, appelée acheteur, *emptor*, moyennant un prix en argent que celle-ci s'engage de son côté à payer. Le contrat se forme par le seul accord des volontés, *consensu*. Il donne naissance à deux obligations réciproques sanctionnées par des actions de bonne foi : le vendeur débiteur de la livraison de la chose est créancier du prix, tandis que l'acheteur débiteur du prix est créancier de la livraison de la chose (1). Telle est la vente consensuelle, telle n'est point la vente du droit primitif.

Dans le droit primitif, en effet, la vente est, comme le prêt, un acte solennel qui exige l'emploi de l'*æs* et de la *libra*. Elle se confond avec la *mancipatio* (V. n° 85). Vendre et manciper ne sont qu'une même chose (2). La chose est livrée par le vendeur à l'acheteur et devient immédiatement propriété de celui-ci. Le métal *æs*, remis par l'acheteur au vendeur est pesé solennellement par le *libripens*. Cinq témoins assistent à cette cérémonie. La vente ainsi comprise n'était vraiment pas un contrat, c'est-à-dire un acte générateur d'obligation. Elle était un transfert réciproque de valeurs : le vendeur transférait la chose, l'acheteur transférait le prix. Des deux côtés l'opération avait eu lieu au comptant. Une fois terminée, aucune obligation conventionnelle ne subsistait, ou plutôt les obligations réciproques s'éteignaient aussitôt nées, dans l'exécution même (3).

La vente-mancipation put suffire pendant un temps aux besoins d'une civilisation commençante. Un moment vint où elle ne répondit plus aux exigences du commerce. Le commerce vit de crédit; il s'accommode mal d'opérations au comptant. Il fallut mettre à sa disposition un moyen de faire des ventes, où le vendeur ne serait pas tenu de livrer et de transférer immédiatement la chose, où l'acheteur ne serait pas obligé de payer tout de suite son prix. Deux notions jusqu'alors confondues tendaient dès lors à se distinguer l'une de l'autre : l'idée d'obligation devenait indépendante de l'idée de transfert; la vente-aliénation se transformait en vente-contrat. Il est impossible de déterminer avec une absolue certitude

144. — (1) Ce double effet que produit le contrat se trouve indiqué par la double dénomination : *emptio venditio*.

(2) L'opinion qui voit dans la *mancipatio* la première forme de la vente paraît admise aujourd'hui sans difficulté par tous les interprètes. V. en ce sens Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. III, p. 223; Sohm, *Institutionen*, § 12; Ortolan, t. III, n° 1445.

(3) Mais, ainsi qu'on le verra plus loin, à propos de la garantie, la vente impliquait éventuellement des obligations délictuelles (V. nos 148, note 4; 150, note 3).

les causes diverses qui ont amené ce changement (4). A un moment qu'on ne peut fixer exactement, mais déjà sous la République, la vente a cessé d'être une *mancipatio*. Elle donne naissance à des obligations et n'opère plus translation de propriété. Quant au transfert, il suit la vente et il s'effectue par l'un des modes d'aliénation conventionnels reconnus, *mancipatio*, *in jure cessio*, *traditio*. Au lieu de s'identifier avec l'aliénation, la vente s'en sépare, elle n'en est plus que la cause, *justa causa* (V. n° 88). Elle est une source d'obligations.

Mais on était encore au temps où une simple convention n'était pas obligatoire. Pour faire produire un effet de droit à la convention entre le vendeur et l'acheteur, on a dû, par conséquent, recourir au procédé général destiné à rendre les pactes obligatoires, à la stipulation (5). Le vendeur et l'acheteur s'engageaient par deux stipulations réciproques, *stipulationes emti et venditi*, l'un à livrer la chose, l'autre à payer le prix. Ainsi scindée en deux tronçons, la vente n'avait pas encore l'aspect d'un contrat *sui generis*. Le procédé employé pour lui faire produire des obligations avait, d'ailleurs, le grave inconvénient d'isoler l'une de l'autre les deux obligations réciproques qui, dans la pensée commune des parties, se servent de cause l'une à l'autre. L'une des parties pouvait, par conséquent, tout en refusant d'accomplir son obligation, agir contre l'autre en exécution de l'engagement pris par celle-ci, laquelle tenue *jure civili*, n'avait d'autre ressource que l'*exceptio doli*.

Ainsi formée de deux stipulations accouplées, actes unilatéraux et de droit strict, la vente se présentait avec une physionomie bien foncièrement romaine. Elle l'aurait sans doute conservée longtemps encore, si l'extension des relations avec les peuples étrangers n'avait suggéré l'idée de la vente consensuelle. N'exigeant pour sa perfection que le simple accord des parties, donnant naissance à deux obligations réciproques reliées par le rapport de cause à effet, cette vente du *jus gentium* fut reconnue par le droit comme un *negotium civile*, admise au rang des contrats et sanctionnée par deux actions de bonne foi. Encore une fois, l'acte sans forme triomphait des tendances formalistes de l'esprit romain.

(4) On peut penser que cette transformation de la vente-aliénation en vente-contrat a été provoquée par le désir de rendre la vente applicable à des choses (*res nec mancipi*) et à des personnes, les pérégrins, qui ne pouvaient pas figurer dans une mancipation.

(5) Cette conjecture est d'autant plus vraisemblable que l'usage de ces stipulations n'a pas disparu lorsque la vente devint consensuelle (3. Dig., *De resc. vend.*, XVIII, 5, Paul; 3, § 1, Dig., *De act. emt.*, XIX, 1. Pomp.). V. dans le sens de l'opinion adoptée au texte : Ortolan, t. III, n° 1465; Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. III, p. 232; Girard, *Manuel*, p. 532.

145. — *Conditions de formation du contrat.* — Un simple pacte est suffisant pour que le contrat de vente se forme, pour qu'il donne naissance, par conséquent, aux deux obligations réciproques du vendeur et de l'acheteur. Aucune formalité n'est donc exigée : ni paroles à prononcer, ni écritures à rédiger, ni remise de la chose, ni paiement préalable du prix. Mais pour être un contrat de vente, la convention doit porter sur deux éléments considérés comme essentiels : une chose à vendre, un prix à payer.

1° Il n'y a pas de vente s'il n'y a pas une chose vendue, *res, merx*. Toute chose corporelle peut, en principe, faire l'objet d'une vente. Il en est de même des choses incorporelles, droits réels, droits de créance, et droit à une hérédité déjà ouverte (1).

2° Sans prix, *pretium*, il n'y a pas non plus de vente. Mais le prix n'est pas une chose quelconque remise par l'acheteur au vendeur à titre d'équivalent de la chose vendue. Il doit consister en numéraire, *in numerata pecunia consistere debet* (G. III, 141). C'est là précisément ce qui distingue la vente de l'échange, aussi bien en droit qu'en économie politique (2). Le prix doit d'ailleurs être *verum, certum, justum*.

a) Le prix est sérieux, *verum*, lorsque l'acheteur avait l'intention de le payer, le vendeur de l'exiger. Cette intention manquant on est en présence d'une vente fictive qui est nulle comme vente, mais peut valoir comme donation, si du moins telle a été l'intention des parties.

b) Le prix doit être *certum*, c'est-à-dire qu'il faut qu'il soit fixé au moment de la formation du contrat, ou s'il doit être fixé plus tard, il faut que cette fixation ultérieure ne dépende pas du bon vouloir des parties. C'est ainsi que le prix est considéré comme *certum* lorsqu'il doit être fixé par un tiers dès à présent désigné par les parties contractantes, tandis qu'il n'est pas *certum*, lorsque le choix de ce tiers est renvoyé à une date ultérieure (G. III, 140).

c) Enfin, par *justum pretium* on entend que le prix doit être en rapport avec la valeur courante de la chose. Avant Dioclétien, il n'était pas nécessaire que le prix fût *justum*. L'acheteur ou le vendeur qui se prétendaient lésés, le premier parce qu'il avait acheté trop cher, le second parce qu'il avait vendu trop bon marché, ne pouvaient pas se plaindre. Ils n'avaient qu'à s'en prendre à eux-

145. — (1) La vente d'une succession future est dénuée de tout effet (1. Dig., *De hered. vend.*, XVIII, 4, Pomp.) (V. art. 791, 1600, C. civ.); quant aux faits, ils ne peuvent faire l'objet d'une vente mais d'un louage ou d'un mandat.

(2) Cette règle, qui donna lieu à une controverse entre les écoles sabinienne et proculienne, est hors de discussion sous Justinien (§ 2. Inst., *De emt. vend.*, III, 23).

mêmes d'avoir contracté à des conditions désavantageuses (22, § 3. Dig., *Loc. cond.*, XIX, 2, Paul). Dioclétien modifia cette règle en faveur du vendeur seul, au cas où la chose aurait été vendue pour un prix inférieur à la moitié de sa valeur réelle (2; 8. Cod., *De rescindend. vend.*, IV, 44). Le vendeur est présumé avoir consenti à vendre à vil prix, sous l'empire d'une nécessité urgente, qui lui a fait accepter les conditions onéreuses que lui imposait l'acheteur. L'équité exige que ce dernier ne profite pas de la situation embarrassée dans laquelle se trouvait le vendeur (3). Le vendeur lésé de plus de moitié pouvait en conséquence, demander en justice la rescision de la vente et recouvrer ainsi sa chose, à charge de restituer le prix qu'il avait touché. Mais l'acheteur pouvait garder la chose en offrant de payer le supplément du juste prix (4).

146. — *Effets de la vente.* — 1° *Obligation du vendeur.* — La vente fait naître deux obligations réciproques : celle du vendeur et celle de l'acheteur, la première sanctionnée par l'*actio emti*, donnée à l'acheteur, la seconde par l'*actio venditi* donnée au vendeur.

L'obligation du vendeur, consiste en un *facere* dans le sens le plus large, qui comprend deux objets : s'abstenir de tout dol, *purgari dolo malo*, et faire avoir la chose à l'acheteur, *rem præstare et emtori habere licere* (1, pr. Dig., *De rer. permut.*, XIX, 4, Paul; 11, § 2; 30, § 1. *De act. emti*, XIX, 1, African.). La première de ces obligations n'est pas propre à la vente ; elle se rencontre dans tous les contrats *bonæ fidei*. Si les textes la mentionnent d'une façon toute spéciale c'est que, dominant toutes les relations créées par le contrat entre le vendeur et l'acheteur, elle produit, notamment en ce qui concerne le vendeur, des conséquences importantes. L'autre obligation, au contraire, est un effet caractéristique du contrat de vente. Elle s'analyse elle-même en trois obligations différentes :

1° L'obligation de conserver la chose pour le compte de l'acheteur jusqu'à la livraison. Elle astreint le vendeur à la *custodia* qu'on peut exiger d'un bon père de famille (35, § 4, Dig., *De contr. emt.*, XVIII, 1, Gaius). Cette question se rattache à la théorie des fautes (V. n° 190).

(3) Aussi ne doit-on pas dire que la rescision pour lésion est fondée sur un vice du consentement, comme si le besoin d'argent avait en quelque manière enlevé au vendeur une partie de son libre arbitre.

(4) La rescision pour lésion d'outre moitié a été consacrée par notre ancien droit français, mais restreinte aux ventes d'immeubles. Pothier, *Du contrat de vente*, n° 331. Le Code civil a conservé cette cause de rescision de la vente d'immeubles, mais il exige que la lésion soit de plus des 7/12 (V. art. 1674 et suiv., C. civ.).

2° L'obligation de livrer, *rem præstare*. Elle est accomplie lorsque le vendeur a remis la chose à l'acheteur et a complété cette livraison matérielle en abdiquant au profit de ce dernier tous les droits qu'il pouvait avoir sur cette chose. Cette obligation va être étudiée avec détails (V. n° 147).

3° L'obligation consistant à *rem emtori habere licere*. Elle est le complément et comme la continuation dans le temps de l'obligation de livrer. Il ne suffit pas, en effet, d'avoir remis la chose et d'avoir transféré les droits qu'on pouvait avoir sur elle, il faut en assurer à l'acheteur la possession paisible et durable dans l'avenir. Cette obligation, que les modernes appellent l'obligation de garantie, protège l'acheteur contre le préjudice résultant de l'éviction et de l'existence de vices cachés. On aura à l'étudier sous ces deux aspects (V. n°s 148, 150).

147. — *Obligation du vendeur* (Suite). — *Obligation de livrer*. — L'obligation de livrer s'entend tout d'abord de la remise matérielle de la chose et de ses accessoires (1). Mais cette *nuda traditio* ne confère à l'acheteur que la simple détention de la chose. Or, la vente implique, dans l'intention commune des parties contractantes, une abdication complète de tous les droits que le vendeur avait sur la chose vendue. Il semble donc que pour satisfaire à son obligation, le vendeur doive transférer et la *justa possessio* et le *dominium*. Pour ce qui est de la *justa possessio*, cela est certain (1, pr. Dig., *De rer. permut.*, XIX. 4, Paul). En ce qui concerne le *dominium*, la solution est loin d'être aussi absolue, et les contradictions qu'on trouve à ce sujet dans les textes ne peuvent s'expliquer qu'en remontant aux origines du contrat.

Au début, tant que la vente se confondit avec la mancipation, le transfert du *dominium* était la conséquence immédiate et nécessaire de toute vente. La vente était donc nulle, si le vendeur n'était pas *dominus*, si l'acheteur était incapable de le devenir, si la chose n'était pas susceptible de *dominium*, ou si, parce qu'elle était *res nec mancipi*, elle ne pouvait pas être l'objet d'une mancipation (2). Avec la vente génératrice d'obligations, disparaissent ces causes de nullité. Il n'y a plus d'obstacle à ce qu'un individu vende

147. — (1) Le vendeur pouvait se réserver certains objets qu'il exceptait de la vente et qui étaient détachés de la chose principale. On les appelle *ruta cæsa*. Ils sont censés être restitués par l'acheteur au vendeur, *recipi*. V. May et Becker, *Précis des institutions du droit privé de Rome*, n° 94; Dirksen, *Manuale*, v° *Ruta cæsa*.

(2) Cela restreignait le champ d'application de la vente. Aussi peut-on conjecturer que c'est là une des causes pour lesquelles la vente s'est séparée du transfert (V. n° 144, note 4).

une chose sur laquelle il n'aurait pas le *dominium*. Car vendre signifie désormais s'engager à livrer une chose. Or on peut s'engager à livrer une chose qui n'est pas nôtre au moment où on s'oblige. Une obligation peut avoir pour objet la chose d'autrui (V. n° 123). Ainsi se dégagait l'idée qu'il n'est pas essentiel que le vendeur soit tenu de transférer la propriété : *qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere* (25, § 1. Dig., *De contrah. emt.*, XVIII, 1, Ulp.). Il faut, mais il suffit qu'il confère à l'acheteur tous les droits qu'il a sur la chose et dont celle-ci est susceptible eu égard à sa nature et à la capacité des contractants. Cette règle que les textes ne formulent pas ainsi, ressort des solutions données par eux dans les trois hypothèses suivantes.

1° Le vendeur a sur la chose le *dominium ex jure quiritium*. Dans ce cas, mais dans ce cas seulement, il est obligé de transférer la propriété, ce qu'il fera par *mancipatio* ou *traditio*, suivant que la chose est ou non *mancipi* (Paul, *Sent.*, I, 13 a, § 4 ; G. IV, 131 a ; 11, § 2. Dig., *De act. emti*, XIX, 1, Ulp.). Cette solution n'est point en opposition avec la règle, elle n'en est que l'application. Le vendeur, en effet, doit tous les droits qu'il a sur la chose ; il ne peut donc se refuser à transférer le droit de propriété qu'il n'a aucune raison de conserver, une fois la vente conclue.

2° Le vendeur n'a pas la propriété quiritaire, il n'a que la propriété prétorienne (*in bonis habere* ou *proprietas*). Ici, il aura pleinement satisfait à son obligation en transférant par simple tradition les droits incomplets qu'il a sur la chose.

3° Le vendeur n'a ni la propriété quiritaire ni la propriété prétorienne ; il a vendu la chose d'autrui (3). Supposons que les deux parties aient connu cette circonstance. Le vendeur est alors valablement obligé. C'est à lui à se procurer la chose en l'acquérant de son propriétaire. Il en transférera ensuite la propriété à l'acheteur. S'il n'a pu se la procurer, il manque à son obligation et est exposé à l'*actio emti*. Mais il arrivera souvent que l'un des deux contractants ignore que la chose appartient à un tiers (4). Dans ce cas, le vendeur qui se trouve avoir la détention de la chose, la livre à

(3) Dans l'ancien droit romain, où la vente s'identifie avec le transfert, pareille vente est nulle. Il en est de même en droit français (V. art. 1599, C. civ.). Cela tient, non à ce que la vente s'identifie avec le transfert, mais à cette règle édictée par l'art. 1138, C. civ., que toute obligation de livrer un corps certain entraîne nécessairement le transfert de propriété.

(4) Le vendeur l'ignorera moins souvent que l'acheteur, car le vendeur doit savoir quels sont les droits qu'il a sur les choses qui sont en sa possession, tandis que l'acheteur, voyant une chose aux mains du vendeur, peut présumer légitimement qu'elle est la propriété de celui-ci.

l'acheteur, mais sans l'avoir acquise au préalable du propriétaire. Quels sont alors les droits de l'acheteur? Il est certain tout d'abord qu'il n'a pu devenir propriétaire. Le vendeur n'a pu lui transmettre un droit de propriété qu'il n'a pas. L'acheteur reste donc exposé à l'action en revendication du *verus dominus*. Si elle réussit, il est évincé. Il peut alors, sauf des distinctions indiquées plus loin, recourir en garantie contre son vendeur (V. n° 148). Mais avant qu'il n'y ait éviction, l'acheteur a-t-il le droit d'agir contre le vendeur? Non, s'il a su qu'il achetait et qu'on lui livrait la chose d'autrui, car il a couru volontairement les chances d'une éviction. C'est seulement s'il est de bonne foi qu'il peut agir et encore si le vendeur a été de mauvaise foi. En effet, si le vendeur a été de bonne foi, c'est-à-dire s'il a ignoré que la chose fût à autrui, il a rempli son obligation dès qu'il a livré la chose. Il n'est pas tenu de faire davantage, la vente ne l'obligeant pas à transférer la propriété. Les choses sont tout autres si le vendeur est de mauvaise foi. Avant même qu'il n'y ait éviction, il peut être actionné. En vain objecterait-il qu'il a satisfait à son obligation, puisqu'il a livré la *justa possessio*, et qu'il n'est pas astreint à transférer la propriété; il n'en a pas moins manqué à l'obligation de s'abstenir de tout dol, *purgari dolo malo*, et de ce chef il doit dès à présent indemnité à l'acheteur (30, § 1. Dig., *De act. emti*, XIX, 1, African.). Ici, par conséquent, c'est seulement à raison de sa mauvaise foi qu'il est obligé et non parce qu'il était tenu de transférer la propriété.

En résumé, l'obligation de transférer la propriété ne fait pas partie essentiellement de l'obligation du vendeur. Celui-ci est tenu uniquement de transférer les droits qu'il a sur la chose. Cette formule implique qu'il peut être obligé de transférer la propriété, mais seulement lorsqu'il l'a, et que, par conséquent, il n'y est pas obligé lorsqu'il ne l'a pas.

148. — *Obligations du vendeur* (Suite). — *Obligation de garantie.* — *Garantie en cas d'éviction.* — Il a été déjà donné une notion sommaire de l'obligation de garantie (V. n° 146). Elle fonctionne en premier lieu en cas d'éviction. On dit qu'il y a éviction lorsqu'un tiers agit contre l'acheteur et lui enlève la chose totalement ou partiellement au nom d'un droit qu'il a sur elle (1). Le vendeur est responsable de cette éviction, car il doit maintenir l'acheteur dans la possession paisible et durable de la chose vendue, *rem emtori habere licere*. Cette obligation est considérée comme

148. — (1) Cette notion de l'éviction sera complétée plus bas (V. n° 149).

une conséquence tellement naturelle du contrat que, sans aucune convention spéciale à ce sujet, tout acheteur évincé peut en poursuivre l'exécution, c'est-à-dire agir par l'*actio emti* pour obtenir indemnité.

Mais l'obligation de garantie n'a pas toujours découlé naturellement du contrat. Il s'est produit à cet égard, depuis les débuts jusqu'aux temps classiques, une série de transformations qui méritent d'être rapportées (2). A l'époque où la vente se confondait avec la *mancipatio*, l'acheteur menacé d'éviction pouvait se retourner contre son vendeur et lui demander de *præstare auctoritatem*, c'est-à-dire intervenir au procès comme *auctor* et lui fournir les moyens de se défendre (3). S'il s'y refusait, ou si, malgré son intervention, l'acheteur perdait la chose, le vendeur était tenu de payer à l'acheteur le double du prix (4). Plus tard, lorsque la vente se fit par deux stipulations réciproques, la promesse de garantie figura au nombre des obligations du vendeur. L'acheteur stipulait *rem habere licere*, et s'il venait à être évincé, il pouvait réclamer une indemnité. Mais comme la promesse *rem habere licere* était *incerta*, le chiffre de l'indemnité était laissé à l'appréciation arbitraire du juge. On évitait cet inconvénient, lorsqu'il s'agissait d'une *res mancipi* ou de toute autre chose envisagée comme aussi précieuse, en stipulant une somme fixe, ordinairement le double du prix. C'était la *stipulatio duplæ (pecuniæ)* destinée à remplacer l'obligation au double imposée autrefois au vendeur qui avait manqué à son obligation d'*auctor*.

Dans la vente devenue contrat consensuel, l'acheteur n'eut pas tout d'abord, pour se plaindre de l'éviction, l'*actio emti*. Il avait seulement le droit d'exiger du vendeur une promesse pour le cas d'éviction, *de evictione cavere* (5). Plus tard, on tint cette promesse

(2) V. pour le détail, Girard, *L'action auctoritatis. Les stipulations de garantie. La garantie d'éviction dans la vente consensuelle. Nouvelle Revue historique de droit*, 1882, p. 180; 1883, p. 538; 1884, pp. 395 et suiv., et *Manuel élément.*, pp. 550 et suiv.

(3) Les mots *auctoritas*, *auctor*, ont ici la même acception qu'en matière de tutelle (V. n° 59, note 1). Le vendeur est garant de l'acquéreur, comme le tuteur est garant du pupille.

(4) L'obligation de garantie était donc délictuelle : le vendeur rend le prix de la chose enlevée à l'acheteur et paie en outre une somme égale qui est la peine de son délit (V. n° 144, note 3).

(5) Comme le contrat était de bonne foi, le vendeur devait fournir toutes les prestations que l'usage impose. Or, la promesse *de evictione* accompagnait habituellement toute vente, soit sous la forme *incerta : rem habere licere*, soit sous la forme *certa* de la *stipulatio duplæ*. C'est pourquoi, l'acheteur avait le droit de réclamer par l'action même du contrat, *actio emti*, qu'on lui fit cette promesse : *venditori sufficit... ob evictionem se obligare* (1, pr. Dig., *De rer. perm.*, XIX, 4, Paul).

pour faite dans toutes les ventes et on permit à l'acheteur d'agir comme s'il avait effectivement stipulé une indemnité. Un dernier progrès devait être réalisé. L'obligation de garantie fut regardée comme tellement inhérente à la vente que tout acheteur évincé eut droit de se faire indemniser par l'*actio emti*. Dès lors, l'action en garantie ne dérive plus d'une stipulation expresse ou présumée, acte distinct de la vente, elle n'est plus de droit strict; elle découle naturellement du contrat, elle est donc de bonne foi (6). Toutefois, il y avait des ventes où, à raison de l'importance de la chose vendue, on continuait à employer la *stipulatio duplæ*. Cet usage était tellement fréquent, qu'on en arriva à la tenir pour faite et à donner à l'acheteur, outre l'*actio emti*, l'*actio ex stipulatu duplæ* dans toutes les ventes de quelque importance.

149. — *Action en garantie et exception de garantie.* — Dans la doctrine définitive, le vendeur est donc toujours tenu, en vertu même du contrat, de garantir l'acheteur contre toute éviction. L'*actio emti* sanctionne cette obligation (1). En outre, l'acheteur a droit dans presque toutes les ventes à l'*actio ex stipulatu duplæ*. De plus, l'acheteur peut faire valoir son droit à la garantie par voie de défense ou d'exception.

1. *Garantie réclamée par voie d'action.* — Les actions en garantie ne peuvent l'une et l'autre être intentées qu'aux deux conditions suivantes. 1° L'éviction subie par l'acheteur doit avoir sa cause dans le défaut de droit du vendeur, ce dernier ayant vendu une chose dont il n'était pas propriétaire ou qui était grevée d'hypothèque ou d'usufruit (2). Aussi le vendeur ne répond-il pas de l'éviction lorsque l'acheteur d'un fonds provincial est dépossédé en vertu d'un décret de l'Empereur assignant le fonds à des vétérans (11, pr. Dig., *De evict.*, XXI, 2, Paul (3)). 2° Il faut qu'en

(6) L'obligation de garantie est donc de la nature du contrat de vente, mais non de son essence. On doit en conclure que le vendeur peut en être dispensé par une convention formelle. Même alors, il reste tenu des évictions qui proviennent de son fait (11, § 18. Dig., *De act. emt.*, XIX, 1, Ulp.) (V. art. 1626, 1627, C. civ.).

149. — (1) L'*actio emti* a fait disparaître de la pratique l'action *ex stipulatu* résultant de la stipulation *incerta : rem habere licere*.

(2) L'existence d'une servitude prédiale à la charge du fonds vendu ne donne lieu à l'action en garantie que si le fonds a été vendu expressément *uti optimus maximusque*, c'est-à-dire comme libre de toute charge.

(3) Mais il ne faudrait pas que cette solution fit croire que le vendeur ne puisse être tenu que des causes d'éviction antérieures à la vente. Il répond même de celles qui sont postérieures, lorsqu'elles proviennent de son fait, par exemple, lorsqu'après la vente et avant d'avoir opéré le transfert de propriété, il a consenti à d'autres personnes des droits réels sur la chose vendue.

contractant, l'acheteur n'ait pas connu le danger d'éviction, sinon il est censé avoir acheté à ses risques et périls et il ne peut se plaindre si l'éviction vient à se produire. Il en est de même, s'il a subi l'éviction par l'effet de sa négligence, soit qu'il ait volontairement négligé d'usucaper, ou que menacé d'être dépossédé, il ait omis d'avertir le vendeur par une *denuntiatio*, afin que celui-ci intervienne dans l'instance et lui fournisse les moyens de repousser l'action tendant à l'évincer.

Mais il y a entre les deux actions en garantie des différences essentielles, provenant toutes de ce que l'action *empti* est de bonne foi, tandis que l'action *ex stipulatu duplæ*, dérivant d'une stipulation expresse ou présumée est de droit strict. Le juge de l'action *empti* peut donc apprécier en pleine liberté si le vendeur a rempli *ex aequo et bono* son obligation *rem habere licere*, et si elle n'est pas accomplie, quel est le montant de l'indemnité pécuniaire due à l'acheteur. Au contraire, dans l'action *ex stipulatu duplæ*, le juge est, aux deux points de vue qu'on vient d'indiquer, lié par les termes mêmes de la *stipulatio duplæ*, expresse ou présumée.

1° L'éviction ne peut donner ouverture à l'action *ex stipulatu* que si elle résulte d'une décision judiciaire dont l'effet est d'enlever à l'acheteur tout droit sur la chose ou sur une partie de celle-ci (21, § 1. Dig., *De evict.*, XXI, 2, Ulp.) (4). Aussi l'acheteur qui a acheté la chose d'autrui ne peut agir par l'action *ex stipulatu*, lorsque depuis la vente il en est devenu propriétaire soit comme héritier du *verus dominus*, soit à la suite d'une vente ou d'une donation à lui consentie par ce dernier. Le vendeur a cependant manqué à son obligation, car si l'acheteur peut conserver la chose c'est grâce au titre nouveau qu'il tient du *verus dominus* et non de son vendeur. Mais, comme il n'y a pas eu éviction, dans le sens technique du mot, c'est-à-dire une défaite judiciaire subie par l'acheteur, la condition à laquelle était subordonné l'exercice de l'action *ex stipulatu* n'est pas réalisée. On se montrait beaucoup plus large, au contraire, pour l'action *empti*. Il suffisait pour qu'elle réussît que l'acheteur ne pût conserver la chose en tout ou partie à titre d'acheteur. L'action *empti* est donc donnée, non seulement dans tous les cas où l'action *ex stipulatu* est ouverte, mais aussi dans ceux où on vient de dire qu'elle était refusée, parce que l'acheteur n'a pas

(4) Si l'éviction est partielle, l'acheteur n'a droit à l'action *ex stipulatu* que si le cas d'éviction partielle a été expressément prévu dans la formule de la stipulation : *si res parsve ejusevicta fuerit...* (56, § 2. Dig., *De evict.*, XXI, 2, Paul). Quant à l'éviction des accessoires, elle ne donne pas ouverture à l'action *ex stipulatu*.

subi une éviction au sens propre du mot (9; 41, § 1. Dig., *De evict.*, XXI, 2, Paul) (5).

2° Si les deux actions en garantie tendent l'une et l'autre à indemniser l'acheteur du préjudice que lui cause l'éviction, elles se séparent quant à la manière d'en évaluer le montant. Dans l'action *ex stipulatu duplæ*, cette évaluation est toute faite d'avance; elle est toujours du double du prix. Dans ce double figurent : 1° le prix qui ne saurait sans injustice être conservé par le vendeur, puisque l'acheteur ne peut conserver la chose; 2° le préjudice causé à l'acheteur par la privation de la chose, préjudice tarifé d'avance et évalué à forfait à une somme égale au prix. Par l'action *empti*, au contraire, l'acheteur obtiendra, outre le prix, s'il l'a déjà payé, une indemnité qui sera fixée *ex æquo et bono* par le juge, en tenant compte de l'intérêt qu'avait l'acheteur à ne pas être évincé. Cette indemnité, par conséquent, pourra être supérieure ou inférieure au prix, suivant que la chose aura augmenté ou diminué de valeur depuis le jour de la vente (6). Si donc, depuis la vente, la chose a acquis une valeur supérieure au prix, l'acheteur évincé a plutôt intérêt à agir par l'*actio empti*, tandis que si la valeur est tombée au-dessous du prix qu'on l'avait payée, l'acheteur a avantage à user de l'*actio ex stipulatu duplæ* (7).

II. *Garantie réclamée par voie d'exception.* — Si l'acheteur est évincé avant d'avoir payé son prix, il pourra, poursuivi en paiement par l'*actio venditi*, faire rejeter cette action par voie de simple défense. Il serait contraire à la bonne foi que le vendeur pût se faire payer un prix que son obligation de garantie le forcerait de rendre immédiatement. L'acheteur peut aussi être actionné par son vendeur qui prétend lui reprendre la chose comme propriétaire. C'est ce qui arrive lorsque le vendeur d'une *res Mancipi* s'est borné à en faire tradition, ou lorsque vendeur de la chose d'autrui il est devenu propriétaire après la livraison. Dans ces hypothèses, il est inadmissible que celui qui doit la garantie à l'acheteur puisse l'évincer. L'acheteur oppose alors la garantie en repoussant la re-

(5) Ajoutons que l'action *ex stipulatu* n'était admise que si l'acheteur avait obtenu tradition et avait payé son prix, double condition qui n'était pas requise pour la réussite de l'*actio empti*.

(6) Mais l'*actio empti* a, dans tous les cas, cet avantage, c'est qu'elle assure à l'acheteur évincé le remboursement des dépenses qu'il a pu faire et des fruits que l'éviction lui enlève (45, § 1. Dig., *De act. empt.*, XIX, 1, Paul) (V. art. 1630, 1634, C. civ.).

(7) Cette opinion est contraire à celle proposée dans la première édition, puisque nous admettons que l'acheteur a toujours droit à la restitution de son prix, dès lors qu'il l'a déjà payé. Le fragment 70. Dig., *De evict.*, XXI, 2, Paul, s'interprète parfaitement en ce sens. Cette opinion, d'ailleurs conforme à l'équité, a été consacrée par le Code civil (V. art. 1631, C. civ.). *Adde*, dans notre sens, 43 *in fine*. Dig., *De act. empt.*, XIX, 1.

vendication par l'*exceptio rei venditæ et traditæ* (1, pr., § 1. Dig., *De except. rei vendit. et tradit.*, XXI, 3, Ulp.).

150. — *Obligation de garantie* (Suite). — *Garantie des vices.* — En même temps qu'il est garant de l'éviction, le vendeur l'est aussi des déclarations qu'il fait relativement à la chose et des vices cachés qui peuvent se trouver en elle. Ce n'est pas du premier coup qu'on en est venu à lui imposer cette obligation. Ici, comme pour l'éviction, le progrès des institutions a été le résultat du temps. Il n'est pas dû exclusivement au droit civil, le droit honoraire peut en revendiquer la meilleure part.

Tant que la vente se fit par *mancipatio*, le vendeur fut responsable uniquement des déclarations qu'il faisait à l'acheteur lors de la vente. Ces déclarations qui ne pouvaient trouver place dans la *nuncupatio*, figuraient dans un pacte adjoint à la cérémonie solennelle (1). C'était la *lex mancipii*, sorte de cahier des charges de la vente, contenant les déclarations, *dicta*, du vendeur, relatives à la quantité, à la qualité, à l'état des choses vendues (2). Le vendeur était responsable de ces dires et tenu, s'ils étaient reconnus inexacts, d'une peine qui, semble-t-il, s'élevait au double, quand par sa résistance injuste, *infitiatio*, il avait contraint l'acheteur à le poursuivre en justice (3). Cette action délictuelle fit place plus tard à une action contractuelle (4). Dans la vente devenue contrat *consensu*, il est conforme à la bonne foi que le vendeur réponde de l'inexactitude de ses déclarations relatives à la chose. L'*actio emti* est donc donnée contre lui à raison de ses *dicta*. Les prudents allèrent plus loin. Ils admirèrent que le vendeur était non seulement responsable de ses fausses déclarations, mais aussi de ses réticences vo-

150. — (1) La mancipation, parce qu'elle était un acte solennel, avait un rituel immuable. Les formules, fixées à jamais, ne pouvaient admettre les clauses additionnelles que la pratique rend nécessaires. Cette observation a déjà été faite (V. n° 86).

(2) V. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, p. 604. Si, par exemple, un champ vendu n'a pas la superficie annoncée, si l'esclave ou l'animal n'a pas les qualités indiquées, ou est atteint des vices dont il a été déclaré exempt, si un fonds est soumis à des servitudes, alors qu'il a été mancipé comme franc de charges, *uti optimus maximusque*, le vendeur est tenu. V. May et Becker, *Précis des institutions du droit privé de Rome*, n° 94, p. 154.

(3) Selon une autre opinion, l'acheteur n'aurait eu d'action au double que dans le seul cas de défaut de contenance du champ vendu, *actio de modo agri*. L'action donnée contre le vendeur qui a mancipé son fonds comme libre de charges réelles ne serait que la vieille action en garantie pour éviction, l'*actio auctoritatis*. V. Girard, *Manuel*, p. 558.

(4) Cette action doit être rapprochée de l'action donnée contre le vendeur qui manque à son obligation d'*auctor*; toutes deux sont des actions délictuelles. La vente primitive n'en engendre pas d'autres (V. n° 144, note 3).

lontaines. Ici encore, c'est par l'*actio emti* que l'acheteur obtenait réparation du préjudice (Cicéron, *De off.*, III, 16).

L'Édit des Édiles curules vint confirmer et compléter ces dispositions dues au droit civil. Ces magistrats ayant la police des marchés et un pouvoir de juridiction à l'occasion des fraudes auxquelles les ventes d'esclaves et d'animaux pouvaient donner lieu, furent amenés à édicter des dispositions réglementaires sur les vices. Une pratique postérieure étendit ces prescriptions à toutes les ventes, même à celles qui n'avaient pas lieu dans les marchés publics, et alors même que la chose vendue n'était ni un esclave ni un animal (1, pr., 63. Dig., *De æd. edict.*, XXI, 1, Ulp.) (5).

1° Tout d'abord, l'Édit édilitien imposait au vendeur l'obligation de *cavere*, c'est-à-dire de promettre indemnité, par voie de stipulation, à raison des vices qui viendraient à se révéler dans la chose, et cela alors même qu'il les aurait ignorés lors de la vente (6).

2° En second lieu, l'Édit rendait le vendeur responsable de ses déclarations et promesses, *dicta promissave*, relatives aux vices ou aux qualités de la chose (1, § 1. Dig., *De ædil. edict.*, XXI, 1, Ulp.). Il créait à cet effet deux actions spéciales : l'action *redhibitoria* et l'action *quantum minoris*. Sur ce point, le droit honoraire ne faisait que confirmer le droit civil, puisque l'acheteur avait déjà l'action *emti*, à raison des affirmations inexactes du vendeur.

3° Enfin, les Édiles déclaraient le vendeur responsable de tous les vices cachés, c'est-à-dire non apparents, qui existaient avant la vente et qui étaient restés inconnus à l'acheteur, et ce alors même que le vendeur les avait ignorés (1, § 2. Dig., *De ædil. edict.*, XXI, 1, Ulp.). Et la raison de cette rigueur, c'est que le vendeur doit connaître la chose qu'il vend. Ici, par conséquent, l'Édit innove. Il complète le droit civil qui ne rend le vendeur responsable que de ses promesses formelles et de ses réticences calculées. Cette obligation était également sanctionnée par les deux actions *redhibitoria* et *quantum minoris*.

L'action *redhibitoria*, sans doute la première en date, tend, comme

(5) V. sur le rôle joué en cette matière par les Édiles curules, les raisons pour lesquelles ils intervinrent dans les ventes et les procédés pratiques par lesquels ils cherchèrent à protéger les acheteurs : Girard, *La garantie d'éviction dans la vente consensuelle. Nouvelle Revue historique de droit*, 1884, pp. 401 et suiv.; *Manuel élém.*, pp. 558 et suiv.

(6) Ici, les Édiles ne faisaient que confirmer, en le rendant obligatoire, un usage déjà suivi, alors que la vente n'était pas encore un contrat consensuel. Il est possible que l'Édit édilitien se soit borné à imposer la *cautio* au cas de vente d'esclaves. La pratique postérieure étendit cette exigence à toutes les ventes de choses ayant une valeur sérieuse (37, § 1. Dig., *De evict.*, XXI, 2, Ulp.).

l'indique son nom, à résoudre le contrat (7). Son effet identique à celui d'une *restitutio in integrum*, est de replacer les parties dans la situation où elles étaient avant la vente (60. Dig., *De æd. edict.*, XXI, 1, Paul). L'acheteur obtenait donc la restitution du prix par lui versé, mais à charge de rendre la chose. Elle ne pouvait être intentée que dans un délai de six mois à compter du jour où l'acheteur avait connu ou pu connaître le vice. Une fois exercée avec succès, elle ne pouvait plus être renouvelée, l'acheteur ayant obtenu, grâce à elle, satisfaction complète. L'action *quanti minoris* n'avait pas pour but de faire résoudre le contrat, mais de faire obtenir à l'acheteur une diminution de prix correspondant à la diminution de valeur que le vice fait subir à la chose. De là le nom d'action *quanti minoris* ou *æstimatoria*. Elle s'éteignait par le laps d'un an et pouvait être renouvelée chaque fois qu'on découvrait un nouveau vice (8).

151. — *Effets de la vente* (Suite). — **2° Obligations de l'acheteur.** — L'acheteur lui aussi est tenu d'une obligation ayant pour objet un *facere* (sens large). Elle comprend : 1° L'obligation de payer le prix (1) (n° 147). 2° En cas de non paiement immédiat du prix, l'obligation de payer les intérêts, depuis le jour où la tradition a été faite (Paul, *Sent.*, II, 17, § 9). Pour contraindre l'acheteur à l'accomplissement de ses obligations, le vendeur a différents moyens qu'il est intéressant de passer en revue.

1° Comme voie de contrainte directe, il a l'action du contrat, *actio venditi*.

2° Par un pacte adjoint à la vente, il peut convenir avec l'acheteur qu'à défaut par celui-ci de remplir ses obligations la vente sera résolue. Les effets de ce pacte, appelé *lex commissoria*, seront étudiés plus loin (V. n° 210) (2).

3° Comme voie de contrainte indirecte, le vendeur usera du

(7) Aussi les vices qui donnent lieu à cette action, comme à l'action *quanti minoris*, ont-ils été appelés par les modernes *vices rédhibitoires* (V. art. 1648, C. civ.) (Loi du 6 août 1884, art. 2).

(8) Le caractère pénal de ces actions est bien en harmonie avec celui que nous avons attribué à l'action en garantie pour éviction du droit primitif (V. n° 148, note 4; 150, note 4).

151. — (1) Le paiement du prix consiste dans un transfert de propriété : *emptor nummos venditoris facere cogitur* (11, § 2. Dig., *De act. emti*, XIX, 1, Ulp.). L'acheteur, à la différence du vendeur, est donc tenu, dans tous les cas, de *dare* (V. n° 147).

(2) Mais ce pacte doit être expressément ajouté au contrat. Il n'est pas, comme dans le droit français, implicitement contenu dans la convention des parties (V. art. 1184, C. civ.).

droit de rétention. Il pourra conserver la chose, *quasi pignus*, tant que l'acheteur ne lui en offre pas le prix. Il perd ce droit, s'il a accordé crédit à l'acheteur.

4° On peut voir aussi un moyen de contrainte indirect dans la règle en vertu de laquelle la tradition de la chose vendue n'est pas translatrice de propriété tant que le prix n'est pas payé (53. Dig., *De contrah. emt.*, XVIII, 1, Gaius) (3). Le vendeur retient de la sorte un droit réel sur la chose vendue. Il peut victorieusement opposer ce droit aux créanciers de son acheteur, éviter par conséquent l'insolvabilité de celui-ci (4). L'acheteur qui n'est pas devenu propriétaire ne peut d'ailleurs ni aliéner la chose, ni la grever de droits réels au détriment du vendeur. Mais cette exception notable aux effets ordinaires de la tradition n'était plus admise dès que le vendeur s'était fait donner des sûretés pour le paiement du prix ou avait consenti à suivre la foi de l'acheteur, par exemple en lui accordant un terme pour le paiement.

2° Du contrat de louage.

152. — *Notion. Diverses variétés du contrat de louage. Règles communes.* — Le louage, *locatio conductio*, est un contrat par lequel une partie s'engage à procurer à l'autre la jouissance d'une chose ou à faire pour elle un travail, à charge par cette autre partie de payer un prix. Le louage donne donc naissance à deux obligations réciproques dont l'une a toujours le même objet, le paiement d'un prix. Il n'en est pas de même de l'autre obligation, où la prestation à effectuer est différente selon les cas. De là plusieurs variétés du contrat de louage : 1° Le louage de choses, *locatio conductio rerum*, où la prestation à fournir en échange du prix consiste dans l'usage et la jouissance d'une chose. 2° Le louage d'industrie où la prestation consiste dans l'industrie du débiteur, et qui comprend deux variétés distinctes : a) le louage d'ouvrage, *locatio conductio operis faciendi*, où on s'engage à accomplir un ouvrage déterminé, par exemple, construire une

(3) Cette règle rappelle le temps où la vente était une aliénation au comptant. Le transfert de propriété était subordonné au pesage du prix par le formalisme même de la mancipation. C'est donc une règle aussi ancienne que la mancipation, et c'est ce qu'ont voulu dire les Institutes (§ 41. *De divis. rer.*, II, 1), lorsqu'elles la font remonter aux XII Tables.

(4) Le droit français arrive pratiquement au même résultat grâce au privilège admis en faveur du vendeur.

maison, un navire, transporter des marchandises; *b*) le louage de services, *locatio conductio operarum*, où l'on doit une suite de services, *operæ*, à l'autre contractant.

Ces variétés du louage sont d'introduction relativement récente (1). Elles sont régies par des règles communes. Dans tous ces cas, en effet, le contrat se forme *consensu*, dès qu'il y a accord des parties sur la chose, l'ouvrage ou les services et sur le prix. Quant au prix, qu'on appelle *merces*, il doit, comme en cas de vente, consister *in numerata pecunia*, être *certum* et *verum*. Il n'a pas besoin d'être *justum*, c'est-à-dire qu'il n'est pas question ici de rescision pour cause de lésion.

153. — *Règles particulières à la locatio conductio rerum.* — Dans le louage de choses, la partie qui doit procurer à l'autre la jouissance de la chose prend le nom de *locator* (*qui rem suam locat*), tandis que la partie qui reçoit la chose pour en user, et à charge de payer la *merces*, s'appelle *conductor* (1). Les modernes leur donnent les noms de locateur (ou bailleur) et de locataire (2). Toute chose corporelle, meuble ou immeuble, peut être l'objet d'un contrat de louage, et parmi les choses incorporelles l'usufruit, l'emphytéose, la superficie. Quant au prix, au lieu d'être payé en une fois, il est payable le plus souvent par termes, c'est-à-dire par série de prestations exigibles à des époques périodiques, *pensio*. Il peut quelquefois ne pas consister *in numerata pecunia*, ce qui arrive lorsque la chose louée est frugifère. Le *conductor* doit payer alors une certaine quantité des fruits produits par la chose. Le contrat prend dans ce cas le nom de *locatio partiaria*.

Effets du contrat. — Le contrat de louage donne naissance à deux obligations réciproques, toutes deux de bonne foi et consistant dans un *facere* (sens large) : l'obligation du *locator* sanction-

152. — (1) Les plus anciens exemples de contrats de location doivent être cherchés, semble-t-il, dans les locations faites par l'Etat. V. Girard, *Manuel*, p. 564, note 2.

153. — (1) Dans le louage de maisons, le *conductor* reçoit le nom d'*inquilinus*, dans le louage de fonds de terre destinés à être cultivés, il reçoit le nom de *colonus*.

(2) Cette application du contrat de louage ne paraît pas d'une origine fort ancienne. Elle semble avoir été inconnue dans les débuts, du moins en ce qui concerne les immeubles. Les fonds ruraux en effet étaient cultivés par les propriétaires eux-mêmes qui n'avaient pas encore déserté les travaux de l'agriculture et qui mettaient leur honneur à ne pas les abandonner à des salariés. Ceux qui ne voulaient pas cultiver eux-mêmes employaient des esclaves et n'avaient pas besoin par conséquent de louer leurs terres. Quant aux maisons d'habitation, il eût été contraire à toutes les traditions de la vie familiale antique d'y admettre comme habitants d'autres personnes que le citoyen et les membres de sa famille. Le culte du foyer faisait de chaque maison une sorte de sanctuaire, où il n'y avait pas place pour un étranger.

née par l'action *conducti*, et l'obligation du *conductor* sanctionnée par l'action *locati* (pr. Inst., *De locat. et cond.*, III, 24).

1° Le *locator*, doit comme le vendeur, livrer la chose, *rem præstare*, et en garantir la libre jouissance pendant la durée du contrat (*conductor*) *præstare frui quod conduxit licere* (9, pr. Dig., *Loc. cond.*, XIX, 2, Ulp.).

a) L'obligation de livrer la chose s'effectue par voie de simple tradition, de façon à permettre au *conductor* d'user de la chose et d'en percevoir les fruits (3). Mais le *conductor* n'acquiert sur elle aucun droit réel (4). Il ne devient même pas *justus possessor*. La *possessio justa* continue à appartenir au *locator* qui possède par l'intermédiaire du locataire et qui seul a droit aux interdits. Le *conductor* est donc simplement créancier de la jouissance ; et s'il vient à être troublé par des tiers prétendant avoir des droits sur la chose, il ne peut agir contre eux, et n'a d'autre ressource que son action personnelle contre le *locator*.

b) Mais il faut aussi que le *locator* garantisse au *conductor* la libre jouissance. C'est pourquoi il est obligé d'entretenir la chose en bon état, c'est-à-dire d'y faire toutes les réparations nécessaires à l'exercice du droit du *conductor* ; il est responsable des vices qui empêchent ou diminuent la jouissance, et cela alors même qu'il les aurait ignorés ; enfin il doit garantir au *conductor* contre toute éviction et tout trouble portant atteinte à la jouissance de celui-ci (15, § 1 ; 19, § 1. Dig., *Locat. cond.*, XIX, 2, Ulp.) (V. art. 1719, 1720, 1721, C. civ.).

2° Quant au *conductor*, il doit : a) Payer la *merces* aux époques convenues. Cette *merces* étant la représentation de la jouissance, et la jouissance ne pouvant être fournie au *conductor* que d'une

(3) Le locataire, comme l'usufruitier, n'a droit aux fruits qu'après qu'il les a perçus ou fait percevoir (§ 36. Inst., *De divis. rer.*, II, 1) (V. n° 108). Une manière spéciale de percevoir les fruits consiste à sous-louer, c'est-à-dire à donner soi-même la chose en location à un tiers. Le *conductor* perçoit alors une *merces* qui lui tient lieu de la jouissance à laquelle il a renoncé au profit du sous-locataire. Tout *conductor* a la faculté de sous-louer à moins qu'elle ne lui ait été expressément retirée (6. Cod., *De loc. et cond.*, IV, 65) (V. art. 1717, C. civ.).

(4) C'est parce que le *conductor* n'a aucun droit réel, qu'en cas de vente de la chose il ne peut opposer son contrat à l'acheteur. Celui-ci a par conséquent le droit de l'expulser (25, § 1. Dig., *Loc. cond.*, XIX, 2, Gaius ; 9. Cod., *De loc. et cond.*, IV, 65). Exposé à être évincé, le locataire ne devait pas donner aux choses louées tous les soins nécessaires, et, lorsqu'il s'agissait de terres, il négligeait d'y faire des améliorations coûteuses et des travaux de longue haleine. Aussi, le *locator* qui vendait la chose imposait-il souvent à l'acheteur l'obligation de respecter le contrat de louage intervenu antérieurement à la vente. Malgré ce tempérament, le principe suivant lequel l'acheteur peut expulser le locataire subsista dans l'ancien droit français. Il n'a disparu qu'avec le Code civil (V. art. 1743, C. civ.).

manière successive, la *merces* n'est due qu'au fur et à mesure de la jouissance. Si donc pour une cause quelconque, même à la suite d'un cas fortuit (incendie, écoulement), le *conductor* se trouve dans l'impossibilité de jouir de la chose, la *merces* cessera d'être due pour l'avenir (19, § 6. Dig., *Loc. cond.*, XIX, 2, Ulp.) (V. n° 191); *b*) Conserver la chose et lui donner les soins d'un bon père de famille (V. n° 190); *c*) Restituer la chose à la fin du contrat.

Fin du contrat de louage. — Normalement, le louage prend fin par l'expiration du terme convenu. La jouissance de la chose louée n'est en effet laissée au *conductor* que pour une période de temps déterminée, soit par la convention, soit à défaut de convention par l'usage des lieux. Ce délai écoulé, les obligations réciproques des parties cessent de produire leurs effets. Si après l'expiration du terme fixé, le *conductor* reste dans les lieux loués sans opposition de la part du *locator*, il se forme par une sorte de convention tacite, un nouveau contrat de *locatio conductio*, que les modernes ont appelé *tacite reconduction* (V. art. 1759, C. civ.), et qui est censé fait aux mêmes conditions que l'ancien, notamment en ce qui concerne le prix (5). Le contrat de louage peut cesser avant le terme convenu dans les cas suivants : 1° par la perte fortuite de la chose qui, mettant le *locator* dans l'impossibilité de remplir ses obligations, dégage le *conductor* des siennes; 2° à la demande du *locator*, en cas d'abus de jouissance du *conductor* ou, à défaut par celui-ci d'avoir payé la *merces* pendant deux années consécutives (6); 3° à la demande du *conductor*, s'il subit une interruption notable de la jouissance par la faute du *locator* ou d'un tiers, ou même si par cas fortuit, la chose devient impropre à l'usage auquel elle était destinée.

Variété du louage de choses : louage emphytéotique. — On a vu, à propos des droits réels, l'origine et les caractères du droit réel d'emphytéose (V. n° 112). Reste à préciser la nature des rapports contractuels qui unissent l'emphytéote et le *dominus*. Pour les concessions faites *in perpetuum* par les municipes, il y avait discussion (G. III, 145). Les uns voyaient là une vente, car le concessionnaire a obtenu sur la chose un droit quasi-perpétuel ana-

(5) Mais la durée du nouveau contrat varie selon qu'il s'agit de biens ruraux ou urbains. Dans le premier cas, le contrat est présumé fait pour un an, dans le second cas, chaque partie peut y mettre fin quand elle veut (13, § 11. Dig., *Loc. cond.*, XIX, 2, Ulp.).

(6) Le *locator* peut également mettre fin au contrat lorsqu'il prouve qu'il a besoin de la maison louée pour s'y loger lui-même (3. Cod., *De loc. et cond.*, IV, 65). C'est là une faveur anormale, contraire à la convention et qu'il est difficile de justifier. Aussi le Code civil a-t-il, avec raison, aboli cette règle (V. art. 1761, C. civ.).

logue au droit de l'acheteur sur la chose vendue. Pour les autres, le concessionnaire était plutôt un locataire, puisqu'il pouvait être expulsé en cas de non paiement du *vectigal*⁽⁷⁾. L'assimilation avec le louage paraît avoir prévalu aux temps classiques. Zénon décida que la convention emphytéotique ne serait ni une vente ni un louage, mais un contrat à part, régi par des principes à lui propres (1. Cod., *De jur. emphyt.*, IV, 66). Quelles sont ces règles spéciales, l'empereur omet de l'indiquer. Il se borne à déclarer que les conventions des parties devront être respectées⁽⁸⁾. En tout cas, on continua à admettre par analogie avec le louage, qu'à défaut de paiement de la *merces* pendant trois années consécutives, l'emphytéote pouvait être expulsé.

154. — *Règles propres au louage d'industrie.* — L'homme libre peut, moyennant paiement d'une *merces*, louer son industrie. Cette application du louage n'a dû faire son apparition qu'assez tard, le travail servile ayant longtemps suffi à toutes les nécessités. C'est, semble-t-il, le louage de choses qui sert de type au louage d'industrie (1). Or, dans le louage de choses, le *locator* s'oblige à remettre au *conductor* une chose que celui-ci prend (*cum ducere*) à l'effet d'en user et d'en jouir. Cette remise de la chose (*rem locare*) fut considérée comme le trait caractéristique du louage. On en conclut qu'il n'y aurait de louage d'industrie que dans le cas où les services promis consisteraient dans un travail à effectuer sur une chose matérielle livrée par le maître de cette chose à celui qui doit accomplir le travail. Ainsi compris, le louage prend le nom de *locatio conductio operis faciendi*. Le maître qui commande le travail s'appelle *locator*, et l'entrepreneur *conductor*. Tel est le cas où on livre à quelqu'un un terrain nu pour y élever une maison ou une construction quelconque (pont, aqueduc, etc.), lorsqu'on remet des marchandises à transporter, *merces vehendas locare*, lorsqu'on charge un ouvrier de monter une pierre précieuse qu'on lui remet. Il est à remarquer qu'ici c'est le *locator* qui doit la

(7) L'intérêt pratique de la question se présentait notamment au cas de perte des récoltes. Si le concessionnaire est traité comme acheteur, les risques restent à sa charge (V. n° 191). S'il est considéré comme locataire, il a droit à une remise du *vectigal*, car c'est là une faveur qu'on fait à tout *conductor* d'un bien rural (15, § 2-7. Dig., *Loc. cond.*, XIX, 2, Ulp.).

(8) Quant aux risques, Zénon distingue la perte totale et la perte partielle. Au premier cas, on applique le principe du louage, et l'emphytéote est libéré de l'obligation de payer la *merces*; au second cas, on applique les règles de la vente, et l'emphytéote continue à rester tenu.

154. — (1) V. en ce sens Accarias, t. II, n° 620.

merces au *conductor*, ce qui est l'inverse de ce qui a lieu dans la *locatio conductio rei*.

L'idée un peu étroite que les Romains s'étaient faite d'abord du louage d'industrie fit place à une notion plus large. On considéra qu'il y avait louage lorsqu'un homme libre s'engageait, moyennant salaire, à accomplir certains services, *operæ*, sans avoir au préalable reçu tradition d'une chose matérielle sur laquelle devait s'exercer son industrie. Tel est le cas de l'ouvrier agricole, de l'artisan, de l'acteur (Paul, *Sent.*, II, 18, § 1). Cette variété du contrat de louage reçut le nom de *locatio conductio operarum*. Mais ici, à la différence de la *locatio conductio operis*, la partie qui fournit ses services est appelée *locator*, la partie qui en profite *conductor*. Ces dénominations, si l'on va au fond des choses, sont parfaitement exactes. Le travailleur salarié met, en effet, à la disposition du maître, ses *operæ* (*locat operas suas*), et ce dernier les reçoit pour en profiter (*conducit*). Aussi n'y a-t-il pas à relever ici l'anomalie signalée à l'occasion de la *locatio conductio operis*; c'est en effet le *locator* qui a droit à la *merces*, et c'est le *conductor* qui la doit, absolument comme dans le cas de *locatio conductio rei*⁽²⁾.

Quant aux effets du louage d'industrie, ils se résument dans les deux propositions suivantes : celui qui a promis son industrie la doit conformément à la convention; le maître de l'ouvrage doit payer la *merces* convenue. Le contrat prend normalement fin par l'achèvement du travail promis, lorsqu'il s'agit de *locatio operis*, et par l'arrivée du terme expressément ou tacitement convenu lorsqu'il s'agit de *locatio operarum*.

Deuxième groupe de contrats consensu.

1° Du mandat.

155. — *Notion du mandat. — Conditions de validité.* — Le mandat, *mandatum*, est un contrat par lequel une personne, *procurator*, *mandatarius*, s'engage à gérer gratuitement une ou plusieurs affaires pour le compte d'une autre personne, *mandans*, *mandator*, *dominus*. Il est facile d'apercevoir à quelles nécessités répond ce contrat. L'absence, la maladie, l'inexpérience des affai-

(2) Il est certains services en échange desquels les Romains n'admettent pas qu'on puisse recevoir une *merces* et qui ne sont pas, par suite, au nombre des *operæ mercenariæ*. Tels sont les services de l'*agrimensor*, du professeur, du médecin, de l'avocat. La rémunération de ces personnes, *honorarium*, se poursuit non par voie d'action, mais par voie de *cognitio extraordinaria*.

res rendraient souvent impossibles les actes juridiques, s'il n'était pas permis d'en confier à autrui l'accomplissement. Mais si utile qu'il soit, ce contrat ne paraît pas avoir fait son apparition de bonne heure. Les actes du droit primitif, tous solennels, exigeaient l'intervention effective de la personne intéressée et, par conséquent, ne pouvaient être faits par mandataire. Dans les actes non solennels, on pouvait toujours se faire remplacer par un esclave, du moins pour acquérir un droit réel ou de créance. Et, si on recourait aux bons offices d'une personne libre, celle-ci, tout en acceptant de gérer les affaires d'autrui, *pro curare*, n'y pouvait être contrainte juridiquement. Comme elle rendait là un service d'ami, elle ne contractait aucune obligation⁽¹⁾.

Tout au plus, l'infidélité du mandataire pouvait-elle, dans certains cas particulièrement graves, passer pour un délit, et donner lieu contre lui à une action pénale⁽²⁾. Puis, à un moment donné, postérieurement à la création du système formulaire, l'Édit prétoire voit dans le mandat un cas particulier de la gestion des affaires d'autrui, *negotiorum gestio*⁽³⁾. Il donne une action *in factum* (*negotiorum gestorum directa*) contre le mandataire pour le forcer à rendre compte de sa gestion et une action *in factum*, en sens inverse (*negotiorum gestorum contraria*) contre le maître de l'affaire pour permettre au mandataire de lui réclamer ses dépenses. Mais cette action parut bientôt insuffisante pour la protection des droits du mandant. Elle suppose en effet qu'il y a eu gestion. Or, dans la pensée des parties, le mandataire doit être tenu non seulement quand il a géré, mais aussi quand il a omis de le faire. On estima qu'ayant promis d'agir il était responsable de son inaction⁽⁴⁾. L'idée d'une obligation ayant son fondement dans la convention et non dans le fait matériel de la gestion se dégagait peu à peu. Le droit civil des derniers siècles de la République l'admet. Il fait du mandat un *negotium* distinct de la gestion d'affaires, une convention obligatoire *solo consensu*, engendrant deux obligations sanc-

155. — (1) *Originem ex officio atque amicitia trahit* (1, § 4. Dig., *Mandati*, XVII, 1, Paul).

(2) Telle est l'hypothèse qu'avait eu en vue le second chef de la loi Aquilia (V. n° 180). La fraude de l'*adstipulator*, mandataire du créancier est envisagée comme un délit. C'est bien la preuve qu'il n'existait pas encore d'action en reddition de compte contre le mandataire. V. Girard, *Manuel élém.*, p. 577, note 2.

(3) On retrouvera cette théorie quand il sera question de la gestion d'affaires (V. n° 185).

(4) Ulpien (6. § 1. Dig., *Mandati*, XVII, 1) a bien eu la claire conscience des raisons qui ont fait créer l'action spéciale de mandat : *nec enim ideo est obligatus quod negotia gessit verum idcirco quod mandatum suscepit; denique tenetur etsi non gessisset.*

tionnées par une action *in jus* (*actio mandati directa, mandati contraria*). Il était naturel d'ailleurs, conforme aux origines du mandat, qu'on y donnât au juge le pouvoir de statuer *ex fide bona*. Le contrat de mandat figure à côté de la fiducie et de la société parmi les premières applications des *negotia bonæ fidei*.

Dans la doctrine classique, deux éléments essentiels sont requis pour qu'il y ait mandat : 1° Le mandataire doit s'être obligé à accomplir un acte qui ne soit pas contraire aux bonnes mœurs (G. III, 157), et à l'accomplissement duquel le mandant ait intérêt⁽⁵⁾. 2° Il faut qu'aucune *merces* n'ait été ni promise ni donnée. Le mandat doit être gratuit, sinon la convention est un louage d'industrie, si du moins le fait promis est de ceux *qui locari solent* (G. III, 162). On finit néanmoins par ne plus considérer la gratuité comme essentielle et par autoriser le mandataire à se faire rémunérer ses services⁽⁶⁾.

156. — *Effets du mandat. Causes de cessation du contrat.* — L'effet normal et essentiel du contrat est d'engendrer, à la charge du mandataire, une obligation sanctionnée par l'action *mandati directa* qui est de bonne foi et entraîne l'infamie (G. IV, 155, 182). Elle a pour objet un *facere* qui comprend d'abord l'obligation d'exécuter le mandat, en observant les instructions données par le mandant. Le mandataire doit aussi rendre compte, c'est-à-dire qu'il ne peut rien retenir des choses ou des droits qu'il a acquis à l'occasion de l'exécution du mandat. Est-il devenu propriétaire d'une chose, il doit en transférer la propriété au mandant, a-t-il touché de l'argent, il doit le restituer, est-il par le fait de sa gestion investi d'une action contre un tiers, il doit la céder au mandant. Enfin le mandataire est responsable de son dol et de sa faute dans une mesure qui sera indiquée plus loin (V. n° 190).

A la différence des autres contrats consensuels, le mandat ne donne directement et nécessairement naissance qu'à l'obligation du mandataire. Toutefois, le mandant peut être tenu envers le mandataire. Cette obligation en sens inverse, qui ne naît pas du contrat, mais à l'occasion du contrat est sanctionnée par l'action *mandati contraria* (G. III, 155) (1). D'une façon générale, elle tend

(5) Le fait que d'autres que le mandant ont avec ce dernier intérêt à l'exécution du mandat n'influe pas sur sa validité (G. III, 155, 156).

(6) En pareil cas, le prix au lieu de s'appeler *merces*, est décoré du nom d'*honor*, *honorarium*, et il ne peut être réclamé que par voie de *persecutio extraordinaria* (V. n° 154, note 2).

156. — (1) Le contrat de mandat est donc comme le dépôt, le commodat, le gage et

à indemniser le mandataire de tout le préjudice qu'a pu lui occasionner l'exécution du mandat ce qui comprend : 1° le remboursement de toutes les dépenses légitimes, c'est-à-dire faites en conformité du mandat, sans qu'on ait à rechercher ni si elles ont été utiles, ni si le bénéfice qu'elles ont procuré au mandant dure encore lorsque l'action est intentée ; 2° l'obligation pour le mandant de prendre à sa charge les obligations contractées régulièrement par le mandataire, soit en les exécutant lui-même, soit en faisant obtenir d'une manière quelconque au mandataire sa libération (2).

Fin du mandat. — Normalement, le mandat prend fin par l'accomplissement de l'acte que devait faire le mandataire. Mais les actions nées du mandat subsistent, l'action directe pour demander compte au mandataire, l'action contraire pour lui permettre de se faire indemniser. Le mandat cesse également par la renonciation de l'une ou de l'autre des parties. C'est là, on l'a dit, un des traits propres à ce contrat (V. n° 143). En général, il ne peut dépendre d'une des parties de se délier de sa propre autorité de ses obligations. Le mandat fait exception à cette règle, car la confiance qu'avait le mandant dans le mandataire peut cesser, et le mandataire peut ne plus vouloir continuer à rendre service au mandant. Le mandant peut donc révoquer le mandat (3). De son côté, le mandataire peut y renoncer, pourvu qu'il ne le fasse pas à un moment inopportun. Même intempestive, sa renonciation ne lui fait encourir aucune responsabilité s'il prouve qu'il avait de justes motifs de renoncer. Enfin le mandat cesse par la mort de l'une ou de l'autre des parties, car la considération de la personne du contractant y joue un rôle déterminant (G. III, 160 ; § 10, 11. Inst., *De mand.*, III, 26) (V. art. 2003, 2004, 2007, C. civ.) (4).

2° De la société.

157. — *Notion et caractère du contrat.* — *Condition de validité.* — Par le contrat de société plusieurs personnes, *socii*, s'o-

la fiducia un contrat synallagmatique imparfait (V. n° 130, note 9). L'*actio mandati contraria*, pas plus d'ailleurs que les actions *depositi* et *fiduciæ contraria*, n'entraîne l'infamie (1. Dig., *De his qui not. infam.*, III, 2, Julian.).

(2) Pour les effets du mandat à l'égard des tiers, V. n° 195.

(3) Si la révocation intervient, les choses étant encore entières, c'est-à-dire alors que le mandat n'a reçu aucun commencement d'exécution, le contrat ne prend pas naissance, non plus que les obligations qui en dérivent (G. III, 159 ; § 9. Inst., *De mand.*, III, 26). Mais, lorsque le mandat a déjà été exécuté, ne fût-ce que partiellement, ses effets ne cessent que pour l'avenir.

(4) Ici encore le mandat ne prend fin que pour l'avenir ; les effets produits subsistent

bligent à mettre en commun certains apports, en vue d'accomplir une ou plusieurs opérations dont les résultats seront communs à tous. Ce contrat dont le développement est intimement lié aux progrès du commerce et de l'industrie, a été longtemps inconnu à Rome. La société a pour effet de remédier à l'insuffisance des moyens d'action de l'individu isolé. Or, dans l'État romain commençant, les particuliers faisaient toujours partie de groupes familiaux, nombreux et puissants, les *gentes*, véritables associations qui venaient en aide à la faiblesse de l'effort individuel. Mais comme c'était un lien de parenté réelle ou feinte qui contribuait à la formation de ces groupes, il n'y avait point là de contrat, point d'obligation, point de contrainte légale. Lorsque la dissolution des *gentes* eut laissé l'individu livré à ses seules ressources, il chercha à retrouver dans l'association volontaire, les avantages que lui assurait autrefois la coopération familiale. De là l'idée d'une convention dont le but est de suppléer par la réunion des capitaux et la mise en commun du travail de plusieurs à l'insuffisance des efforts de chacun. Longtemps encore, cette convention ne fut point considérée comme engendrant un lien d'obligation. Les associés étaient unis par un rapport d'amitié et de confiance réciproque, ils devaient, à l'exemple des antiques associations familiales, se traiter comme des parents, presque comme des frères, *cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat* (63, pr. Dig., *Pro socio*, XVII, 2, Ulp.) (1).

Ce n'est que vers la fin de la République, que la convention entre associés fut reconnue comme civilement obligatoire. Il était tout naturel qu'on l'a plaçât au rang des contrats *consensu* et de bonne foi. Elle se distingua toujours par certaines particularités, qui rappellent ce *jus fraternitatis*, autrefois seule règle des relations entre associés. 1° Chacun des associés a des droits égaux et des obligations égales à ceux des autres. Les mots eux-mêmes expriment cette égalité. Le contrat, au lieu d'avoir comme la vente et le louage un double nom, n'en a qu'un seul, *societas*. Il n'engendre qu'une seule action, l'action *pro socio*. Chaque associé peut l'intenter et y est exposé. 2° Cette action est infamante (1. Dig., *De his*

(58, pr. Dig., *Mandati*, XVII, 1, Paul). Les héritiers du mandataire sont donc tenus de l'action *mandati directa*, et le mandataire peut réclamer indemnité aux héritiers du mandant, à raison des actes qu'il a faits dans l'ignorance où il était du décès.

157. — (1) Le manquement d'un associé à ses obligations a-t-il d'abord été considéré comme une sorte de délit ? On ne saurait le dire. Ici, il ne reste aucune trace ni de l'action délictuelle ni de l'action *in factum*, chaînons intermédiaires qui servent de transition entre la sanction purement morale des débuts et la sanction contractuelle de l'époque plus récente.

qui not. infam., III, 2, Julian. ; G. IV, 182). 3° L'associé ne peut être condamné envers ses coassociés que dans la mesure de ses ressources actuelles, *in id quod facere potest* (63, pr. Dig., *Pro socio*, XVII, 2, Ulp.).

Conditions de validité. — Pour qu'il y ait société, le consentement doit porter sur deux éléments essentiels : l'apport dû par chaque associé, la répartition des bénéfices et des pertes.

1° L'apport peut consister soit dans une chose matérielle dont la propriété ou la jouissance est immédiatement mise en commun, soit dans un droit de créance dont le bénéfice sera mis en commun ultérieurement. Mais au lieu d'une valeur appréciable en argent, *pecunia*, l'associé peut n'apporter que son travail, *opera, industria*, (G. III, 149). Il est nécessaire en tout cas qu'il y ait un apport. Celui qui en serait dispensé ne serait pas considéré comme associé, mais comme donataire des autres.

2° La mise en commun des apports est, dans la plupart des cas, destinée à procurer des bénéfices qui doivent être partagés. Mais ce partage de bénéfices n'est pas une condition essentielle à la validité de la société. Il arrive assez souvent qu'au lieu des bénéfices espérés, les parties font des pertes. Celles-ci devront être supportées en commun, comme l'auraient été les gains eux-mêmes, et cela n'empêche pas le contrat d'être une société. Bien plus, les parties peuvent n'avoir mis en commun leurs apports qu'en vue d'éviter une perte, cas auquel il n'y a pas moins société entre elles. Ce qui constitue le second élément essentiel à la validité du contrat, c'est donc simplement l'accord des parties sur la répartition éventuelle des bénéfices et des pertes. A cet égard, leur volonté est souveraine, à condition de ne point être en opposition avec l'équité et le *jus fraternitatis*(2). Si elles ont gardé le silence sur le mode de répartition, chaque associé prend dans le gain ou supporte dans la perte une part égale (G. III, 150). (*Contrà*, V. art. 1853-1°, C. civ.). Si on n'a réglé que les parts dans le gain, la répartition des pertes se fera dans la même proportion et réciproquement.

158. — *Effets du contrat de société.* — *Causes de dissolution.*
— L'obligation de chacun des associés a pour objet un *facere* (sens

(2) C'est ainsi que la clause attribuant à l'un une part de bénéfices plus forte qu'à l'autre est valable, à condition que cette inégalité se justifie par une différence dans la valeur des apports. Mais on doit tenir comme nulle la société où l'un des associés aurait un droit exclusif aux bénéfices, alors que l'autre serait seul tenu des pertes. Rien n'est plus contraire en effet à l'équité qu'une pareille convention. De là le nom de *société léonine* donné à cette société où l'un des contractants se réserve la part du lion (29, pr., § 2. Dig., *Pro socio*, XVII, 2, Ulp.) (V. art. 1855, C. civ.).

large), qui comprend : 1° L'obligation d'effectuer l'apport promis. 2° L'obligation de garantir la libre jouissance de l'apport pendant toute la durée de la société, en cas d'éviction totale ou partielle ou de vices de la chose. 3° L'obligation de gérer et de rendre compte. Chaque associé en effet est obligé de gérer les affaires communes, à moins que par le contrat la gestion n'ait été confiée exclusivement aux autres. Mais il ne peut conserver aucune des valeurs qui se trouvent entre ses mains par l'effet de la gestion; on peut le contraindre à en rendre compte, c'est-à-dire à les verser à la masse sociale. Il en est spécialement ainsi pour les bénéfices. 4° L'obligation de répondre de son dol et de sa faute, dans la mesure qui sera indiquée plus loin (V. n° 190). 5° L'obligation d'indemniser ses coassociés des dépenses faites par eux dans l'intérêt commun.

Causes de dissolution. — La société prend fin normalement : 1° par l'achèvement de l'affaire en vue de laquelle elle avait été contractée; 2° par l'arrivée du terme convenu; 3° par la survenance d'un fait qui met obstacle à son fonctionnement, par exemple la perte totale du fonds social. Les autres causes de dissolution qui se rattachent toutes à l'idée que la société est contractée *intuitu personæ* sont : 1° La renonciation de l'un des associés, faculté contraire au droit commun et qui est un des traits caractéristiques du contrat (V. n° 143) (1). 2° Le décès d'un associé, excepté si pour éviter la brusque cessation d'une exploitation en pleine activité, on a convenu que la société continuerait entre les survivants (2). 3° La *capitis deminutio* d'un associé, cause de dissolution supprimée par Justinien. 4° La *bonorum venditio* subie par l'un d'eux (3).

La société étant dissoute, il y a lieu de liquider les droits de chaque associé et de partager les choses communes. Si ces opérations ne se font pas à l'amiable, chacun peut contraindre les autres à y procéder par les actions *pro socio* ou *communi dividundo*. Elles ne font pas double emploi. La première, en effet, permet à l'associé d'obtenir l'exécution intégrale des obligations nées du contrat, par exemple la réalisation des apports non encore effectués, la mise en commun et le partage des bénéfices, le remboursement des avances faites pour le compte de la société, l'indemnité des

158. — (1) 65, § 10, 6. Dig. *Pro socio*, XVII, 2, Paul. V. art. 1864-1°-2°, 1869, 1866-5°, C. civ.

(2) G. III, 152. V. art. 1865-3°, C. civ. Mais il ne peut être convenu que la société continuera entre les survivants et les héritiers de l'associé décédé, ces derniers étant, au moment où a lieu cette convention, des personnes incertaines, inconnues par conséquent aux autres associés. V. art. 1868, C. civ.

(3) G. III, 154; V. art. 1865-4°, C. civ.

pertes éprouvées en qualité d'associé. L'action *communi dividundo*, tend à obtenir le partage des choses qui sont devenues la propriété commune des associés, résultat auquel ne peut aboutir l'action *pro socio* (4).

159. — *Des diverses espèces de sociétés.* — Suivant l'étendue des opérations que les associés ont en vue, les sociétés sont ou particulières ou universelles.

1° Les premières sont dites *societates unius rei*, lorsqu'elles ont pour objet une opération unique, par exemple l'achat d'une chose en commun pour la revendre et partager les bénéfices de la revente. Mais, le plus souvent, les sociétés particulières sont dites *alicujus negotiationis*. Elles ont alors en vue une série d'opérations dépendant toutes d'un même ordre d'affaires, mais dont on ne peut prévoir ni la nature ni le nombre (1).

2° Les sociétés universelles n'ont pas à un aussi haut degré que les premières le caractère de spéculation (2). Telle est d'abord la *societas omnium bonorum*, où les parties conviennent de mettre en commun tous leurs biens présents et à venir, même ceux qui pourront leur advenir par succession ou donation (1, § 1; 3, § 1. Dig., *Pro socio*, XVII, 2, Paul). C'est là une forme tout à fait originale du contrat. C'est le type primitif et archaïque de l'association volontaire. On le retrouve encore à l'époque classique, dans les sociétés entre affranchis du même patron, *colliberti*, entre enfants restant volontairement dans l'indivision après le décès du père, entre mari et femme lorsque les deux époux veulent constituer un régime matrimonial plus équitable que le régime dotal (V. n° 173).

Une autre variété de la société universelle est la *societas quæstum*, qui laisse en dehors de la masse commune la propriété des biens propres aux associés au jour du contrat et de ceux acquis

(4) Mais, par l'action *communi dividundo*, l'associé peut se faire rembourser les dépenses faites à l'occasion de la chose commune, et il peut être condamné envers ses coassociés à raison des dégradations qu'il a commises. Or, ces résultats peuvent être obtenus par l'action *pro socio*. Lorsque les obligations nées du contrat ont trait aux biens indivis, les parties ont donc le choix entre l'action du contrat et l'action *communi dividundo*.

159. — (1) Telle est la société entre un maître d'esclave et un acteur pour l'instruction de l'esclave dans l'art dramatique et l'exploitation de ses talents de comédien. V. Cicéron, *Pro Roscio comædo*; la *societas exercitoria* entre plusieurs armateurs; la *societas argentariorum* entre banquiers; la *societas venalitorum* entre marchands d'esclaves; la *societas publicanorum* entre fermiers des impôts.

(2) V. sur les sociétés universelles : Poissnel, *Recherches sur les sociétés universelles*, *Nouvelle Revue historique de droit*, 1879, pp. 431 et suiv., 531 et suiv., et sur la société, *consortium*, entre frères, Girard, *Manuel élém.*, p. 570.

depuis à titre gratuit. Elle ne comprend que les revenus desdits biens et la propriété de tous ceux qui sont acquis à titre onéreux par le travail de chacun, *quæstus* (7-13. Dig., *Pro socio*, XVII, 2, Ulp. Paul). Lorsque les parties avaient constitué une société universelle sans rien préciser, elles étaient présumées avoir adopté le type de la *societas quæstum*.

Les sociétés peuvent se diviser en deux classes, suivant qu'elles sont ou non des personnes morales. Dans le premier cas, la société a un patrimoine, c'est-à-dire des choses, des créances, des dettes, distinctes de celles des associés ; dans le second cas, alors même que certaines choses sont indivises, elles ne forment pas un patrimoine distinct de celui des associés, et quant aux créances et aux dettes, elles restent personnelles à chaque associé, sauf à en répartir ultérieurement le bénéfice ou la charge entre tous. En principe, les sociétés ne sont pas personnes morales, il n'y a d'exception que pour celles auxquelles la personnalité morale a été concédée ; telles les grandes associations financières de publicains, *societates publicanorum*, ou les grandes entreprises industrielles de mines ou de salines (V. n° 20) (3).

II. — DES PACTES AUTRES QUE LES CONTRATS SANCTIONNÉS PAR LE DROIT CIVIL

1° Des contrats innommés.

160. — *Éléments essentiels du contrat innommé.* — L'admission des contrats innommés n'a été qu'assez tardive. Elle est le dernier terme du développement de la théorie romaine du contrat, le résultat d'un lent travail d'élaboration qui commence dans les derniers temps de la République, se poursuit durant les premiers siècles de l'Empire et n'aboutit à la constitution d'une doctrine définitive que vers la fin de l'époque classique, et peut-être même seulement sous Justinien (4).

(3) Les associations de publicains tiraient leur raison d'être du mode de perception de l'impôt, qui était adjugé à ceux qui offraient au trésor public, à titre de forfait, la somme la plus élevée. Les fermiers de l'impôt, *redemptores vectigalium*, avaient donc besoin de capitaux considérables pour faire des avances au trésor, et à cet effet ils formaient des sociétés où l'*intuitus personæ* ne jouait pas un rôle aussi prépondérant que dans les sociétés ordinaires. Aussi, n'étaient-elles pas dissoutes par la mort de l'un des associés (59, pr. Dig. *Pro socio*, XVII, 2, Pomp.).

160. — (4) Des textes assez nombreux permettent de suivre étape par étape les phases par lesquelles a passé l'établissement de cette théorie, dernier fruit de l'activité juridi-

A l'époque où cette théorie, désormais assise, est sortie de la phase des hésitations et des tâtonnements, trois conditions essentielles sont requises pour qu'une convention soit placée au rang des contrats innommés.

1° Il faut qu'elle soit synallagmatique, c'est-à-dire qu'elle mette une prestation à la charge de chacune des parties. Or, si l'on tient compte de ce fait que toute prestation a pour objet un *dare* ou un *facere*, on peut faire rentrer toutes les applications possibles des contrats innommés dans l'une des quatre catégories suivantes : *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* (5, pr. Dig., *De præscript. verb.*, XIX, 5, Paul), ce qui équivaut à dire, que le domaine des contrats innommés embrasse toutes les combinaisons possibles des échanges, à savoir : produits contre produits, produits contre services, services contre produits, services contre services.

2° Il faut que l'une des deux parties ait exécuté la prestation qu'elle s'était engagée à accomplir, pour avoir le droit d'exiger la contreprestation promise par l'autre partie (2). Le seul consentement ne suffit pas pour obliger.

3° Il faut enfin que la convention synallagmatique, soit par elle-même, soit accompagnée de la prestation qui lui donne son efficacité obligatoire, ne constitue pas un contrat déjà nommé. Ainsi, par exemple, si l'on convient de livrer une chose et d'en transférer la propriété, *do*, moyennant un prix en argent, *ut pecuniam des*, cette convention, bien que constituant un *negotium do ut des*, ne sera pas un contrat innommé. C'est en effet une vente, l'un des contrats reconnus par le droit civil qui, en la sanctionnant, lui a donné un nom : *emptio venditio*. Aussi les deux obligations réciproques naissent alors *solo consensu*, et il n'y a pas besoin qu'il y ait eu exécution préalable de l'une d'elles pour qu'on ait droit à l'accomplissement de l'autre. Ce qui caractérise par conséquent ces conventions, c'est que tout en étant reconnues par le droit civil, elles ne portent pas de *nomen* technique, comme les contrats plus an-

que des prudents. V. Accarias, t. II, n° 648 et suiv., et *Théorie des contrats innommés*. Selon une opinion récente, résumée dans Girard, *Manuel élément.*, pp. 584-586, les textes qui retracent cette évolution, interpolés par les compilateurs byzantins, pour les faire cadrer avec le dernier état de la doctrine, peuvent être suspectés de ne pas nous donner la pensée vraie de leurs auteurs.

(2) L'exécution préalable en vue de la contreprestation à obtenir est une *datio ob rem*. Aussi la théorie des contrats innommés prend-elle sous la plume de Paul le nom de *tractatus ob rem dati* (5, pr. Dig., *De præscript. verb.*, XIX, 5). Cette exécution préalable établit entre nos contrats et les contrats *re* une certaine analogie apparente, qu'il faudrait se garder d'exagérer.

ciens en date. De là le nom de contrats innommés qui leur a été donné par les interprètes (3). L'action qui leur sert de sanction est elle-même dépourvue de nom technique : on l'appelle *civilis actio in factum*, *civilis actio incerti*, tantôt enfin *actio præscriptis verbis* (1, § 1; 16 pr. Dig., *De præscript. verb.*, XIX, 5, Papin. Pomp.) (1, § 10. Dig., *Depositum*, XVI, 3, Ulp.) (4).

161. — *Origine et développements successifs de la théorie des contrats innommés.* — 1° La convention mettant une prestation à la charge de chacune des parties ne fut point d'abord considérée comme obligatoire, même dans le cas où l'une des parties avait pris l'initiative de l'exécution et volontairement opéré la prestation mise à sa charge. Le fait d'avoir exécuté son engagement n'était pas regardé comme donnant droit d'exiger l'accomplissement de la promesse réciproque de l'autre contractant. Toutefois, lorsque cette exécution préalable consistait dans une *datio*, on admettait la partie à reprendre la chose par elle livrée, si l'autre partie n'exécutait pas de son côté son engagement. L'équité l'exigeait, car sans cela la partie qui avait reçu la *datio* eût réalisé un enrichissement injuste. Cette action en répétition était la *condictio ob rem dati*, ou *condictio causa data causa non secuta* (5, § 1. Dig., *De præscript. verb.*, XIX, 5, Paul) (1)

2° Mais cela n'était qu'une protection bien insuffisante. La *condictio* ne pouvait en effet aboutir si la chose livrée avait péri par cas fortuit. Elle ne pouvait être donnée lorsque la prestation accomplie était un *facere*, un fait ne pouvant être l'objet d'une restitution. On avait alors songé à l'action *de dolo* (5, § 3. Dig., *De præscr. verb.*, XIX, 5, Paul). Mais, comme toutes les actions délictuelles, elle avait le double inconvénient d'être trop dure et trop limitée dans

(3) Les textes parlent de *contractus quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt* (3. Dig., *De præscr. verb.*, XIX, 5, Julian). Ils voient dans toute convention ayant pour objet des prestations bilatérales un *contractus* qui donne naissance à une *actio civilis* (7, § 2. Dig., *De pact.*, II, 14, Ulp.).

(4) Cette dernière appellation, inspirée par la rédaction de la formule de l'action, est caractéristique quoique peut-être plus récente. Dans l'impossibilité où on était de nommer dans la *demonstratio* le fait juridique, *negotium*, servant de base à l'action, on en était réduit à remplacer cette *demonstratio* par une *præscriptio* contenant en résumé l'indication de la convention intervenue, d'où *agere præscriptis verbis*, c'est-à-dire agir par l'action *quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat* (6. Cod., *De transact.*, II, 4).

161. — (1) Ces deux dénominations s'expliquent facilement. La partie qui a exécuté a fait une *datio* en vue de la contreprestation qu'on lui doit, *ob rem* : elle réclame l'objet de cette *datio* (*condictio* de ce qui a été donné, *dati ob rem*). Et comme cette *datio* devait servir de cause à l'obligation de l'autre partie, et que cette cause n'a pas été suivie d'effet, l'action s'appelle aussi *condictio causa data causa non secuta*.

son champ d'action. Car, si elle faisait encourir l'infamie au défendeur, elle ne s'appliquait qu'au cas où il avait frauduleusement rendu la restitution impossible, n'était admise que pendant un an et ne passait contre les héritiers que dans la mesure de leur enrichissement (V. n° 182).

3° Pour assurer une protection vraiment efficace à celui qui s'était exécuté le premier, les Prudents pensèrent à une action tendant à obtenir la contreprestation promise, et qui prît par conséquent sa source dans la convention elle-même. C'était vouloir faire de cette convention un contrat. Mais, comme il ne rentrait dans aucune des catégories antérieurement admises, des hésitations se produisirent. Les moins hardis, séduits par l'analogie qu'offraient certaines conventions bilatérales avec des contrats *consensu* ou *re*, proposaient de donner simplement une action prétorienne *in factum* (2). D'autres allèrent plus loin. Ils virent là un contrat nouveau, un *negotium civile novum*, auquel convenait une action civile spéciale. Cette action était toute trouvée. Le jurisconsulte Labéon l'avait imaginée pour certains cas exceptionnels où la convention réunissait tous les éléments d'un contrat, et où il y avait néanmoins des doutes sur la qualification à lui donner (3). Il permettait alors d'*agere* par une action civile, ayant comme l'action de bonne foi un *incertum* pour objet, appelée *civilis actio incerti*, dans la formule de laquelle le magistrat insérait une *præscriptio* indiquant au juge, sans leur donner de *nomen*, les faits à l'occasion desquels l'action était ouverte. D'où la qualification d'*actio (civilis) in factum*, d'où aussi l'appellation : *agere præscriptis verbis* (V. nos 160, 282). Cette création de Labéon trouvait ici son application toute naturelle, et comme cette action était contractuelle, les *negotia nova* auxquels elle servait désormais de sanction passèrent au rang de contrats.

À l'époque d'Ulpien, l'admission des nouveaux contrats paraît avoir de plus en plus raison des résistances. Dans tous les cas où il y a pacte bilatéral suivi d'exécution, il est permis d'*agere, ut Labeo ait, præscriptis verbis, quasi negotio quodam... gesto proprii contractus* (19, pr. Dig., *De præscript. verb.*, XIX, 5) (4). Mais,

(2) Gaius, Julien, Africain, paraissent bien n'avoir voulu donner que l'*actio in factum* (22; 13, § 1; 24. Dig., *De præscript. verb.*, XIX, 5). C'est particulièrement sur ces textes que porteraient les interpolations (V. n° 160, note 1).

(3) 1, § 1, 2. Dig., *De præscript. verb.*, XIX, 5, Papin.

(4) Selon l'opinion récente signalée n° 160, note 1, la généralisation de l'action *præscriptis verbis* est de date plus récente encore et serait vraiment l'œuvre de Justinien. En tout cas, la marche du développement historique dans les contrats innommés a été la même que dans les contrats de commodat, de dépôt (V. n° 130). Dans la convention, on n'a pas vu tout d'abord un acte juridique, *negotium*, donnant droit

on vient de le dire, l'action n'est donnée qu'à celui qui a exécuté (5). Elle lui sert à obtenir de l'autre partie la contreprestation promise. Il continua, comme par le passé, à pouvoir user de la *condictio ob rem dati*. En définitive, il avait le choix entre l'exécution et la résolution du contrat.

162. — *Applications les plus usuelles des contrats innommés.* — Parmi les applications nombreuses du contrat innommé, il en est qui ont reçu en pratique un nom. Ce sont l'échange; l'*æstimatum*; le précaire; la transaction.

1° *Échange.* — L'échange, *permutatio*, est un *negotium do ut des*, où l'une des parties promet de transférer la propriété d'une chose à l'autre partie, qui, à son tour, doit transférer la propriété d'une autre chose. Le contrat nommé dont l'échange se rapproche le plus est la vente. La vente, en effet, n'est que l'échange d'une chose contre un prix. Mais ce prix doit être nécessairement une somme d'argent. C'est cette particularité qui a séparé de bonne heure ces deux opérations juridiques et leur a fait suivre des destinées diverses (V. n° 145). La vente est devenue un contrat; l'échange est resté un simple pacte jusqu'au jour où il a été admis au nombre des contrats innommés (§ 2, *Instit., De emt. et vendit.*, III, 23). La comparaison que certains juristes n'ont pas manqué d'instituer entre ces deux *negotia*, met en relief les dissemblances caractéristiques suivantes : 1° La vente est parfaite par le seul accord des parties : *nudo consensu*; dans l'échange c'est seulement l'exécution préalable de la convention par l'une des parties qui donne naissance à l'obligation réciproque de l'autre. 2° Dans la vente, l'une des deux obligations a pour objet invariable le paiement d'un prix (*in numerata pecunia*), dans l'échange, cet objet peut être une chose quelconque. 3° En cas de vente, l'acheteur seul est tenu de *dare*, tandis que le vendeur n'est obligé qu'à *possessionem tradere* : dans l'échange, au contraire, les parties sont tenues l'une et l'autre à *dare rem*. 4° Dans l'échange, enfin, lorsque l'une des parties a exécuté la *datio* mise à sa charge, elle a le choix entre l'action *præscriptis verbis* et la *condictio ob*

à une action. Pour punir le manque de foi du débiteur on a donné une action pénale, ensuite une action *in factum*, pour s'élever en définitive à la notion de contrat.

(5) Dans cette exécution préalable il y a une *causa* suffisante pour donner naissance à une obligation civilement obligatoire, par conséquent à un contrat (7, § 2. *Dig., De pact.*, II, 14, Ulp.). S'il y eut des hésitations pour les *negotia* où l'exécution préalable consiste dans un *facere* (*facio ut facias, facio ut des*), c'est qu'un *facere* ne peut pas à l'égal d'une *datio* être envisagé comme une *res* servant de *causa*. V. Accarias, t. II, n° 650.

rem dati, tandis que le vendeur non payé n'a pas le droit de demander la résolution du contrat (V. n° 151) (1. Dig., *De rer. perm.*, XIX, 4, Paul).

2° *Æstimatum*. — Ce contrat suppose qu'on a remis une chose à quelqu'un à l'effet de la vendre pour un prix fixé à l'avance et à charge de rendre ce prix sinon la chose elle-même (1). La véritable nature juridique de cette opération resta longtemps indéterminée (2). On finit toutefois par admettre qu'il y avait là un *negotium civile*, semblable aux contrats de bonne foi. Dans l'impossibilité où on était de l'assimiler pleinement à l'un des contrats nommés déjà connus, on donna le droit d'agir selon la formule créée par Labéon, *agere præscriptis verbis*, et l'action fut appelée action *de æstimato* (1, pr. Dig., *De æst.*, XIX, 3, Ulp.).

3° *Précaire (Precarium)*. — Il y a précaire lorsqu'une personne, à la prière d'une autre, concède gratuitement à cette dernière la possession d'une chose, avec le droit d'en user, à condition que la chose sera restituée à la première réquisition. Pendant longtemps le précaire ne fut envisagé que comme une relation de pur fait, n'engendrant aucune action au profit du concédant (3). On finit cependant par donner à ce dernier un interdit, *interdictum de precario*, à l'effet de reprendre la possession de la chose. Puis, on vit dans la convention un rapport obligatoire, un *negotium*, qui, ne pouvant être confondu avec aucun autre déjà connu, fut rangé au nombre des *negotia nova* sanctionnés par l'action générale *præscriptis verbis* (2, § 2. Dig., *De prec.*, XLIII, 26, Ulp.) (4).

4° *Transaction (Transactio)*. — La transaction suppose un droit litigieux entre deux personnes et consiste dans la convention par laquelle l'une d'elles renonce à ses prétentions moyennant une re-

162. — (1) Dans la pratique, ce contrat avait lieu entre les marchands et des intermédiaires, *circitores*, parcourant les marchés pour placer la marchandise qu'on leur confiait. Pour les intéresser à l'opération, on leur permettait de garder pour eux tout ce qu'ils touchaient, au delà du prix d'estimation qui leur avait été fixé (Gell., *Noct. att.*, III, 14). Le contrat estimatoire paraît être celui que l'Édit a pris comme type des contrats innommés, et cela sans doute parce qu'il est le plus ancien de tous. V. Girard, *Manuel élément.*, p. 590.

(2) On pouvait en effet hésiter, et considérer le *tradens* comme vendeur. *locator operis faciendi*, *conductor operarum*, ou comme ayant donné mandat.

(3) L'origine du précaire remonte à l'époque ancienne où les patriciens possesseurs de l'*ager publicus* en concédaient gratuitement des parcelles à ceux qui leur étaient rattachés par le lien de la clientèle. Mais les relations de patron à client n'engendrant que des devoirs, *officia*, et non des obligations, la concession à précaire n'était point envisagée comme un acte de droit. Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. I, p. 241.

(4) A l'époque classique, on trouve le précaire employé assez fréquemment, au cas où un créancier ayant reçu une chose en gage, consent à la laisser aux mains du débiteur, mais avec faculté de la reprendre à première réquisition (V. n° 222).

nonciation analogue ou une prestation que l'autre partie s'engage à faire. Ce fut d'abord un simple pacte dépourvu d'effet obligatoire qui ne donnait naissance qu'à l'*exceptio doli* (5). Mais la partie qui a transigé peut avoir besoin d'une action, pour faire valoir les droits qui résultent à son profit de la transaction, par exemple pour obtenir la prestation qui lui a été promise en échange d'une renonciation ou d'une prestation qu'elle a faite de son côté. On rendait obligatoire la convention par une stipulation (6). On pouvait aussi adjoindre au pacte de transaction une clause pénale, *stipulatio pœnæ*, obligeant la partie qui n'exécuterait pas la transaction à payer une somme d'argent (V. n° 218). Enfin, on admit la transaction au nombre des contrats innommés. Chacun, à la condition d'exécuter la transaction en ce qui le concerne, obtint le droit d'agir *præscriptis verbis* pour contraindre l'autre à l'exécution.

2° Des pactes adjoints à un contrat.

163. — *Efficacité jure civili des pactes adjoints à un contrat de bonne foi ou de droit strict.* — Ici, comme dans les contrats innommés, le droit civil consacre une notable dérogation au principe fondamental : *ex pacto actionem non oriri* (V. n° 118). Il reconnaît force obligatoire aux pactes adjoints à un contrat, à des conventions ajoutées à un contrat après sa conclusion, en vue d'apporter des modifications aux effets normaux qu'il est destiné à produire. Ce résultat est contraire aux principes purs du droit ancien. L'acte juridique, si complexe qu'il puisse être, forme une unité indissoluble, constituée en une seule fois, *uno contextu*, et qui, par conséquent, n'admet aucune addition ou retranchement postérieur. Toute modification apportée après coup à un acte est donc destinée à demeurer sans effet, et il n'est d'autre moyen de la rendre efficace que de détruire le premier acte et d'en recommencer un nouveau (1).

Cette règle s'opposa longtemps à la validité des *pacta adjecta*. Ces pactes ne pouvaient, en effet, être sanctionnés comme l'était le

(5) Grâce à cette exception, chacune des parties peut repousser toute action tendant à remettre en question les droits auxquels la transaction avait mis fin (16. Dig., *De transact.*, II, 15, Hermog.).

(6) On verra plus loin comment, grâce à la stipulation aquilienne, on arrivait à renoncer à toute sorte de prétentions, quel que pût être leur objet et leur cause (V. n° 202).

163. — (1) V. pour ce principe de l'unité de l'acte, conséquence de l'unité d'action, Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. IV, pp. 148, 151 et suiv.). On verra une autre application de ce principe dans la théorie des codicilles (V. n° 264).

contrat lui-même, puisqu'étant conclus après lui, *adjecta*, ils ne faisaient pas corps avec lui. Toutefois, à partir du moment où le prêteur eut déclaré dans son édit qu'il ferait respecter tous les pactes, les *pacta adjecta* furent protégés par l'*exceptio pacti conventi* (V. n° 164). Mais le droit civil ne devait pas se contenter d'une sanction aussi incomplète. Il reconnut, sous certaines conditions, l'efficacité pleine des pactes adjoints. On doit, à cet égard, distinguer suivant que le pacte est adjoint à un contrat de bonne foi ou de droit strict, et dans chacun de ces cas, si ce pacte est adjoint sur-le-champ, *in continenti*, au contrat, ou après un certain intervalle de temps, *ex intervallo*.

1° *Pactes adjoints à un contrat de bonne foi*. — Ici on admit facilement que les pactes adjoints *in continenti* feraient corps avec le contrat et seraient sanctionnés par la même action que lui (2). Cette faveur trouve aisément sa justification. Séparés à peine par un instant de raison de la convention principale, ces pactes n'ont vraiment pas eu, aux yeux des parties, le caractère de clauses accessoires. Peut-être même ont-ils dû exercer une influence déterminante sur la conclusion de l'accord. Et, cela est d'autant plus vraisemblable, que dans les contrats de bonne foi, surtout dans ceux qui se forment *consensu*, le moment précis où l'accord des parties devient définitif n'est point marqué par un acte formel, tel que la prononciation des *verba* ou la rédaction des *litteræ*. On conçoit donc que ces pactes, partie intégrante du contrat dont ils forment les clauses principales (*legem dant contractui*) soient sanctionnés en même temps que lui.

Pour se rendre compte de la portée pratique de ce principe, on doit distinguer les pactes ajoutés en faveur du créancier, en vue d'augmenter à son profit les effets normaux du contrat, et ceux qui sont adjoints au profit du débiteur, en vue de diminuer ses obligations. Dans le premier cas (pacte *ad augendam obligationem*), le créancier poursuivra l'exécution du pacte au moyen de l'action même du contrat (3). Dans le second cas (pacte *ad minuendam obligationem*), le débiteur fera valoir le pacte par voie de défense à l'action intentée contre lui, *ipso jure*, sans avoir par conséquent besoin de faire insérer l'*exceptio pacti* (4).

(2) *Pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis... ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt* (7, § 5. Dig., *De pact.*, II, 14, Ulp.).

(3) C'est ainsi que le vendeur fera valoir par l'*actio venditi* le pacte qui a pour objet d'augmenter le prix convenu, ou qui tend à lui assurer la restitution de la chose en cas de non paiement du prix (*lex commissoria*) (V. n° 210).

(4) Tel sera le pacte dispensant le vendeur de l'obligation de garantie (V. n° 148, note 6).

Quant aux pactes adjoints *ex intervallo*, on continua à leur appliquer la rigueur des anciens principes et à leur dénier par conséquent toute efficacité *ipso jure* (7, § 5. Dig., *De pact.*, II, 14, Ulp.). Néanmoins, lorsque le pacte était adjoint à un contrat *consensu*, on le considérait comme faisant corps avec le contrat, à la condition qu'il intervînt avant toute exécution (*re nondum secuta*), et qu'il portât sur l'un des éléments essentiels du contrat. On verra en effet que les contrats *consensu* peuvent se dissoudre *ipso jure* par le mutuel dissentiment, *mutuus dissensus*, à condition que les choses soient encore entières, c'est-à-dire avant toute exécution (V. n° 202). Or, lorsqu'un pacte est adjoint *ex intervallo* à un contrat *consensu* non encore exécuté, en vue de modifier ses éléments essentiels, on peut voir là deux conventions juxtaposées : un *mutuus dissensus* dissolvant le contrat primitif, et un *consensus* rétablissant le contrat à de nouvelles conditions. Ce pacte n'a donc plus le caractère d'une clause additionnelle venant déranger l'économie d'un acte déjà parfait ; son effet est bien plutôt de détruire le premier contrat et de le remplacer par un nouveau (5). Le principe de l'unité de l'acte juridique étant ainsi respecté, le pacte peut valoir *ipso jure*.

2° *Pactes adjoints à un contrat de droit strict.* — Les progrès du droit furent ici beaucoup plus lents. Outre le principe de l'unité de l'acte juridique, d'autres raisons s'opposaient à l'efficacité du pacte adjoint. Le pacte, en effet, ne peut qu'augmenter ou diminuer l'obligation. S'il l'augmente, il ne peut être sanctionné par la *condictio*, car, dans les contrats de droit strict, l'étendue de l'obligation est déterminée à l'avance par le contenu des *verba*, des *litteræ* ou de la *res* en cas de *mutuum*. Consacrer la validité d'un pacte, c'eût été admettre pour la convention additionnelle ce qu'on n'admettait pas pour la convention principale, à savoir l'effet obligatoire du simple consentement. Si le pacte est fait pour diminuer l'obligation, le débiteur continue de devoir *stricto jure* l'intégralité de ce qu'il a promis. Il n'a d'autre ressource que l'exception *pacti conventi*, et comme le contrat *stricti juris* a essentiellement le caractère unilatéral, il ne peut avoir d'action, à l'effet de faire valoir le pacte.

La rigueur de ces principes ne s'atténua jamais en ce qui concerne les pactes *ex intervallo*. Il en fut autrement pour les pactes

(5) *Nam si potest tota res tolli, cur non et reformari, ut quodammodo, quasi renovatus contractus videatur* (7, § 6. Dig., *De pact.*, II, 14, Ulp.); V. encore 72, pr. Dig., *De contr. emt.*, XVIII, 1, Paul : *recessum a priorc contractu et nova emtio intercessisse videtur.*

in continenti adjoints au *mutuum* et à la stipulation. 1° En cas de *mutuum*, leur validité est admise en principe⁽⁶⁾. Toutefois, on n'admit jamais celui qui astreint le débiteur à restituer plus qu'il n'a reçu (V. n° 129). De même on ne permit jamais au débiteur de faire valoir par voie d'action le pacte *ad minuendam obligationem*. 2° Quant aux pactes adjoints à la stipulation, il n'y avait rien d'excessif à leur refuser tout effet, les parties ayant pu, si elles l'avaient voulu, les rendre obligatoires en les encadrant dans la stipulation elle-même. Néanmoins, on finit par accepter, non sans hésitation toutefois, la validité *ipso jure* de tout pacte *ad minuendam* ou *ad augendam obligationem* ⁽⁷⁾.

III. — DES PACTES SANCTIONNÉS PAR LE DROIT PRÉTORIEN

164. — *Notion générale des pactes prétoriens.* — Si le pacte nu n'engendre pas d'action, il ne reste pas absolument dépourvu d'effet. De fort bonne heure, le préteur déclara dans son Édit qu'il ferait respecter la foi due aux pactes, pourvu qu'ils fussent exempts de fraude et conformes aux lois : *pacta conventa quæ neque dolo malo neque adversus leges..... facta erunt servabo* (7, § 7. Dig., *De pact.*, II, 14, Ulp.) (Cicéron, *De off.*, III, 24). Mais la sanction de l'observation des pactes ne consistait que dans le droit d'opposer une exception, l'*exceptio pacti conventi* : *nuda pactio obligationem non parit sed parit exceptionem* (7, § 4. Dig., *ibid.*). Le préteur aurait pu sans doute aller plus loin, faire pour l'action ce qu'il avait fait pour l'exception, sanctionner tous les pactes par une action générale. Ce progrès ne lui sembla pas nécessaire. Il se borna à donner efficacité à certains pactes qu'on appelle pour cela pactes prétoriens, et qu'il munit d'une action *in factum*. C'est ce qu'il fait dans certaines hypothèses où il admet un engagement qualifié par lui *receptum*. On va en parler tout d'abord. On s'occupera ensuite de deux autres pactes prétoriens plus importants, les pactes de constitut et de serment (V. nos 165, 166).

(6) 7. Dig., *De reb. cred.*, XII, 1, Ulp. Tel sera le pacte par lequel l'emprunteur est autorisé à s'acquitter par voie de remboursements partiels (pacte *ad minuendam obligationem*), ou celui par lequel il renonce à se prévaloir du bénéfice du terme (pacte *ad augendam obligationem*).

(7) C'est surtout pour le pacte *ad augendam obligationem* qu'il y eut des difficultés dont l'écho nous est rapporté par le fragm. 40. Dig., *De reb. cred.*, XII, 1, Paul. V. sur ce texte, Accarias, t. II, n° 646.

Séduit par une analogie plus verbale que réelle, l'Édit a réuni sous le nom de *receptum*, trois hypothèses dissemblables au fond où une personne prend sinon un engagement exprès, du moins assume une responsabilité⁽¹⁾. Tel est d'abord le cas des bateliers, *nautæ*, des aubergistes, *caupones*, teneurs d'écuries, *stabularii*, que l'Édit rend responsables des objets que les voyageurs ont déposés chez eux (1 pr., 3, § 1. Dig., *Naut.*, *caup.*, IV, 9, Ulp.). Tel est également le cas où un *argentarius*, s'engageait à payer la dette d'autrui, pacte très voisin du *constitut pro alio*, et que Justinien a supprimé en le fondant avec le *constitut* (2).

165. — *Pacte de constitut.* — *Éléments essentiels, fonction pratique.* — Le pacte de *constitut* est la promesse de payer à jour fixe une dette préexistante, *pecuniam debitam constituere*. Cet engagement est sanctionné par une action appelée *actio de pecunia constituta* (26. Dig., *De pecun. const.*, XIII, 5, Scaevola). Trois éléments essentiels sont exigés pour la validité du *constitut* : 1° Une convention qui n'exige aucune forme ; 2° Une dette préexistante qui doit avoir pour objet de l'argent ou des choses de genre, *pecunia*. Mais il importe peu qu'elle soit sanctionnée par le droit civil ou prétorien, ou même qu'étant naturelle elle soit dépourvue de sanction ; 3° Un jour fixe désigné pour le paiement de la dette nouvelle née du pacte. Fait sans désignation d'un jour, le *constitut* est nul (1, §§ 6-8 ; 21, § 1. Dig., *De pecun. const.*, XIII, 5, Ulp., Paul⁽¹⁾).

Les textes de l'époque classique signalent deux applications pratiques du *constitut* : le *constitut debiti proprii*, où le débiteur promet de payer sa propre dette ; le *constitut debiti alieni* où un tiers promet de payer la dette d'autrui. 1° Le *constitut debiti proprii* semble avoir été imaginé pour rapprocher ou proroger une échéance (3, § 2. Dig., *De pecun. const.*, XIII, 5, Ulp.). Le droit civil permettait d'arriver à ce résultat, mais seulement par une no-

164. — (1) *Recipere*, dans la bonne latinité, signifie assumer une responsabilité, répondre de quelque chose, s'engager. V. Freund, *Dictionn. lat.*, v° *Recipere*.

(2) Il y a aussi *receptum*, lorsqu'un arbitre accepte la mission de terminer un différend. Mais ici, le prêteur ne donne pas l'action *in factum* contre l'arbitre qui se refuse à accomplir sa promesse. Il procède lui-même par la voie de la *multa*. V. détails sur le *receptum* d. Girard, *Manuel élément.*, pp. 600-603.

165. — (1) C'est d'ailleurs de là que vient le mot *constitutum*, *constituere* ayant, comme *condicere*, le sens de fixer un jour d'un commun accord (*cum statuere, cum dicere*) (Tacit., *Germ.*, 11). La phrase finale de 21, § 1. Dig., *h. t.*, accordant dix jours au débiteur pour le cas où le pacte ne fixerait pas de terme, a été attribuée au jurisconsulte par les compilateurs.

vation. Or la novation nécessite une stipulation, tandis que le *constitut* se passe de formes (V. n° 199). Avec le temps, l'utilité du *constitut* s'accrut encore : il fut possible de changer, par ce moyen, le lieu du paiement, de subordonner l'obligation préexistante à une condition, de munir d'action une obligation naturelle, plus tard, enfin, de modifier l'objet de la dette et d'arriver ainsi à liquider des opérations juridiques compliquées, en les ramenant à une dette unique consistant en une *certa pecunia* et payable à jour fixe, ce qui, en droit civil, ne pouvait se réaliser qu'au moyen d'une stipulation ou du contrat *litteris* (V. nos 137, 140)⁽²⁾. 2° Le *constitutum debiti alieni* fournissait également un moyen commode de réaliser certaines opérations juridiques plus facilement que ne le permettait le droit civil. Il servait à cautionner la dette d'autrui, ou à libérer le débiteur en fournissant au créancier un débiteur nouveau. On reviendra sur ces diverses applications du *constitut*, en étudiant la fidéjussion et la novation (V. nos 219, 199).

Le *constitut* semble avoir été sanctionné de bonne heure, peu après que le préteur eût proclamé qu'il ferait respecter la foi due aux pactes⁽³⁾. S'il est grave, en effet, de manquer à sa parole lorsqu'il s'agit d'un simple pacte, combien n'est-il pas plus grave de violer la foi donnée, *fidem fallere*, lorsqu'on a promis de payer à un jour fixe une dette préexistante, qu'on a ainsi reconnue et confirmée (1, pr. Dig., *De pecun. const.*, XIII, 5, Ulp.). L'action donnée contre le constituant avait probablement à l'origine un caractère pénal, en ce sens qu'elle permettait au créancier d'obtenir uniquement une peine pécuniaire en cas de non paiement. Le manque de parole du débiteur était donc considéré comme une sorte de délit, plutôt que comme la violation d'une convention⁽⁴⁾. Plus tard seulement, l'action du *constitut* fut considérée comme *rei persecu-*

(2) En somme, le *constitut* fait l'office d'un pacte adjoint *ex intervallo* à l'obligation. Mais ce pacte, au lieu de rester dépourvu de sanction, est muni d'action par le droit prétorien. On peut à cet égard rapprocher le *constitut* du codicille, qui n'a de valeur que si le testament auquel il se rattache le confirme (V. n° 264). En effet, le *constitut* s'appuie sur la précédente obligation qui lui sert de cause, et de même que le codicille est une annexe du testament qui dispense de le refaire en entier, de même le *constitut* se relie à l'obligation déjà existante qu'il transforme, sans qu'on ait besoin de créer une obligation nouvelle. V. Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. IV, p. 154.

(3) Le *constitut* était déjà connu du temps de Cicéron (Cicéron, *Pro Quinct.*, 3; *Ad Attic.*, I, n° 7), et Labéon admet ses deux applications, *constitutum debiti proprii* et *debiti alieni* (3, § 2; 27. Dig., *De pecun. const.*, XIII, 5).

(4) Il est resté dans le droit classique des traces indéniables de l'ancien caractère pénal de l'action. Ainsi Ulpien (18, § 2. Dig., *h. t.*), se demande encore : *utrum pœnam contineat hæc actio an rei persecutionem*. C'est ce caractère pénal primitif qui seul explique l'annalité de l'action dans certains cas, les doutes sur sa transmissibilité passive (2; 1. Cod., *De const. pec.*, IV, 18).

toria. On retrouve donc ici encore le phénomène qui consiste dans la transformation de l'obligation *ex delicto* en obligation conventionnelle (V. n^{os} 130, 155, 157) (5). Sous Justinien, on retrouve encore en usage le *constitut*.

166. — *Notion du pacte de serment. Effets du serment prêté en exécution de ce pacte.* — Deux personnes, entre lesquelles existe une contestation peuvent y mettre fin d'un commun accord, par un serment, déclaration solennelle, en forme religieuse, où l'une d'entre elles affirme l'existence ou la non existence du droit en litige. A cet effet, l'une des parties défère le serment à l'autre, c'est-à-dire lui propose de s'en rapporter au serment qu'elle prêtera. Celle-ci est libre de le prêter ou de le refuser. Si elle accepte et si elle prête serment, il se forme un pacte que le prêteur sanctionne. Si elle refuse, ce refus n'a pour elle aucune suite préjudiciable, et ne peut pas être considéré comme un aveu implicite du mal fondé de ses prétentions. Elle ne peut d'ailleurs, tout en refusant, référer le serment à son adversaire, c'est-à-dire le contraindre à son tour à jurer. L'accord des parties est donc dans tous les cas nécessaire pour que le serment soit prêté et produise les effets que le prêteur y attache. Aussi est-il appelé *jusjurandum voluntarium* par opposition au serment prêté *in jure* ou *in judicio* (V. n^{os} 284, 285). Pour bien marquer qu'il est prêté habituellement en dehors de toute instance judiciaire, on le nomme aussi serment extrajudiciaire.

L'Édit donnait à celui qui avait juré une *exceptio jurisjurandi* et une action (*in factum*) de *jurejurando*. L'exception lui permettait de repousser toute action par laquelle l'adversaire cherchait à remettre en question ce qui avait été tranché par le serment. C'est ainsi que le débiteur qui a juré qu'il ne doit rien repoussera l'action du créancier qui lui réclame paiement (§ 4. Inst., *De except.*, IV, 13). L'*actio de jurejurando* permet de réclamer le bénéfice du droit dont l'existence a été affirmée sous serment. Ainsi le créancier qui a juré qu'une somme lui est due, agira de *jurejurando* contre le débiteur qui refuse de le payer (§ 11. Inst., *De act.*, IV, 6) (1).

(5) Le *constitut* ne dérive pas du *receptum argentarii*. Les deux institutions sont très voisines l'une de l'autre, inspirées qu'elles sont par le même esprit et toutes deux prétoriennes. Il n'y a pas de rapport de filiation entre elles, mais une communauté incontestable d'origine et de but pratique. En supprimant l'action du *receptum*, *actio receptitia*, Justinien n'a fait que faire disparaître une superfétation. Il le sait, car il rend, dit-il, à l'action de *const. pecunia* sa largeur d'application naturelle (2. Cod., *De const. pec.*, IV, 18).

166. — (1) La partie qui a juré choisit entre l'*exceptio* et l'*actio*, suivant qu'elle a

Le juge de l'exception ou de l'action n'a qu'une seule question à examiner : le serment avait-il été régulièrement déféré et prêté. Le débat ne peut plus désormais porter sur le fond du litige qui a été tranché par le serment prêté. Aussi les textes comparent-ils avec raison l'autorité du serment à celle de la chose jugée, *jusjurandum vicem rei judicatæ obtinet* (1, pr. Dig., *Quar. rer. act.*, XLIV, §, Ulp.). Ce qui a été affirmé sous serment est réputé vrai, comme s'il y avait eu une sentence judiciaire reconnaissant les droits de celui qui a juré, et c'est pour cela qu'il n'a plus à les prouver.

En sanctionnant le pacte de serment par une action, le préteur ne faisait que consacrer les traditions religieuses qui, de tout temps, attribuaient au serment une force obligatoire et une autorité auxquelles ne peuvent prétendre les liens juridiques (2). Aussi, ce n'est pas le pacte seul qu'il sanctionne, mais le serment qui le suit et qui peut en être considéré comme l'exécution.

IV. — DES PACTES SANCTIONNÉS PAR LES CONSTITUTIONS IMPÉRIALES OU PACTES LÉGITIMES⁽¹⁾

I. — Des donations.

167. — *Caractères essentiels de la donation. — Modes de réalisation de la donation. — Variétés.* — La donation consiste en un acte par lequel une personne, le donateur, consent gratuitement à une diminution de son patrimoine au profit d'une autre personne, appelée donataire. La donation est donc une libéralité, c'est-à-dire qu'on s'y dépouille d'un bien sans recevoir une contre-valeur en

besoin de se défendre ou d'attaquer. C'est ainsi que s'il y a contestation sur la propriété d'un fonds et si, sur l'offre du possesseur, je jure qu'il m'appartient, j'aurai contre lui l'action *de jurejurando* s'il refuse de restituer (9, § 7. Dig., *De jure jur.*, XII, 2, Ulp.). Si, après m'avoir restitué le fonds, il s'avise de revendiquer, son action échouera contre l'*exceptio jurisjurandi*.

(2) On l'a déjà vu pour le *jusjurandum liberti* (V. n° 134) dont la force obligatoire vient peut-être plus du serment prêté par l'esclave avant son affranchissement que de celui qu'il prête affranchi et qui n'en est que la confirmation.

167. — (1) Comme on l'a fait remarquer plus haut, le développement graduel des obligations conventionnelles suit une marche analogue à celle qu'on peut observer dans d'autres matières, notamment dans les successions *ab intestat* (V. n° 116). La législation impériale des dernières époques continue l'œuvre commencée par le préteur, en déclarant obligatoires certains pactes, celui de donation et de constitution de dot, et en les sanctionnant par une *condictio* appelée par Paul *condictio ex lege* (1. Dig., *De cond. ex lege*, XIII, 2).

échange. Mais toute libéralité n'est pas nécessairement une donation. Pour qu'il y ait donation, trois conditions essentielles sont exigées.

1° Il faut que le donateur ait eu l'intention de faire une libéralité, qu'il ait l'*animus donandi*. 2° L'acte par lequel il réalise cette intention doit avoir pour effet de diminuer son patrimoine. Il n'y a donc pas donation dans l'acte par lequel on renonce à s'enrichir, bien qu'un autre profite en fait de cette renonciation⁽²⁾. 3° A l'appauvrissement du donateur doit correspondre l'enrichissement du donataire. Mais il n'est pas nécessaire que le donataire accepte formellement cette augmentation de son patrimoine. Elle peut se réaliser à son insu, et il n'y en a pas moins là une donation, pourvu toutefois que le donateur ait agi *animo donandi*⁽³⁾. Toutefois, tel n'est pas le cas habituel, et le plus souvent la donation est acceptée par le donataire, de telle sorte qu'alors la donation est le résultat d'une convention, d'un pacte entre les parties.

Mode de réalisation de la donation. — Il faut, a-t-on dit, que l'intention de donner se traduise effectivement par un acte juridique dont l'effet sera d'appauvrir le donateur et d'enrichir le donataire. Cet acte qui sert à réaliser la donation peut être une dation, une promesse ou une libération.

1° *Dation*. C'est le mode de réalisation le plus simple, et sans doute aussi le plus ancien. Il consiste à transférer la propriété au donataire ou à lui constituer un droit réel. 2° *Promesse*. Ici le donateur se contente de promettre au donataire l'accomplissement de la libéralité qu'il a l'intention de faire. Cette promesse, tant qu'elle restait à l'état de simple pacte, n'était point obligatoire ; pour qu'elle le devînt, il était nécessaire qu'elle revêtît la forme d'une stipulation ou d'un contrat *litteris* (V. nos 137, 140). Alors seulement le donataire avait contre le donateur une action, la *condictio*, à l'effet de le contraindre à exécuter sa promesse. Tel fut le droit jusqu'à Justinien, qui admit la force obligatoire de la simple promesse de donner (35, § 5. Cod., *De donat.*, VIII, 54 ; § 2. Inst., *De donat.*, II, 7), et c'est ainsi que le pacte de donation figure parmi les pactes légitimes. 3° *Libération*. Un créancier veut à titre

(2) C'est ce qui a lieu, lorsque l'institué renonce, en faveur du substitué ou des héritiers légitimes, au bénéfice de l'institution, ou lorsqu'un légataire répudie le legs afin d'en faire parvenir le profit à un colégataire ou de diminuer d'autant les charges de l'institué.

(3) Il en est ainsi, lorsqu'on laisse s'accomplir l'usucapion au profit du possesseur, alors qu'on savait avoir droit de revendiquer, ou lorsque volontairement on néglige d'opposer une exception perpétuelle qu'on pouvait invoquer victorieusement contre le demandeur.

de libéralité faire remise au débiteur de ce que doit ce dernier. A cet effet, il emploiera le procédé de l'*acceptilatio*, mode solennel de remise qui éteint la dette *ipso jure*. Il peut aussi se contenter d'un simple pacte, *pactum de non petendo*, cas auquel la dette subsiste *ipso jure*, mais est éteinte *exceptionis ope*, grâce à l'*exceptio pacti conventi* (V. n° 203).

La donation, on le voit, n'est pas un acte ayant une forme propre, toujours identique. Elle n'est pas un mode d'acquisition, un *genus acquisitionis*, semblable à la *mancipatio*, à l'*in jure cessio*, à la *traditio*. Elle n'est qu'une juste cause d'acquisition, d'obligation, de remise de dette, c'est-à-dire le motif juridique qui explique et l'enrichissement du donataire, et l'acte par lequel cet enrichissement lui est procuré par le donateur.

Variétés. — On distingue les donations entre-vifs et les donations à cause de mort. A ces deux espèces principales de donations, il faut joindre les donations entre époux et les donations *propter nuptias*. Il sera parlé de ces dernières à propos de la dot (V. n° 176).

1° Donations entre-vifs.

168. — *Notion de la donation entre-vifs. — Restrictions légales à la liberté de faire des donations entre-vifs. — Causes exceptionnelles de révocation. — 1° Notion.* — La donation entre-vifs est celle qui une fois réalisée par l'un des modes ci-dessus indiqués (dation, promesse, libération) assure au donataire un droit actuel et en principe irrévocable⁽¹⁾. A la différence de la donation *mortis causa*, la donation entre-vifs, n'est pas révoquée en cas de prédécès du donataire, et de là lui vient le nom de donation *inter vivos* (§ 2, Inst., *De donat.*, II, 7). Les principes exposés ci-dessus au sujet des donations en général lui sont applicables. Certaines règles spéciales ont trait aux restrictions apportées à la faculté de donner, et aux exceptions que comporte le principe de l'irrévocabilité.

*2° Restrictions à la faculté de donner. — Loi Cincia. — Insi-
nuation.* — I. *Loi Cincia.* — La plus ancienne des restrictions apportées à la faculté de donner est l'œuvre de la loi *Cincia*⁽²⁾.

168. — (1) Aussi Paul dit d'elle : *vera et absoluta donatio, quæ ita proficiscitur ut nullo casu revocetur* (35, § 2. Dig., *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6), et Julianus (1, pr. Dig., *De donat.*, XXXIX, 5) : *dat aliquis ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti... hæc proprie donatio appellatur.*

(2) Cette loi est un plébiscite dû à l'initiative du tribun M. Cincius Alimentus, et qui fut voté en 550. U. C. (Cicéron, *De orator.*, II, 71; *De senect.*, 4; Liv. XXXIV, 4. Elle ne s'occupait pas uniquement des donations; elle interdisait aussi aux avocats de se faire rémunérer leurs services par des honoraires. Tacite, *Annal.*, XI, 5; XIII, 42; XV, 20).

La disposition essentielle de cette loi, qui devait rester en vigueur jusqu'à la fin du III^e siècle de notre ère, consiste dans la fixation d'un taux, *legitimus modus*, que la donation ne pouvait pas excéder, à moins qu'elle ne s'adressât à des *personæ exceptæ*, c'est-à-dire aux cognats jusqu'au cinquième degré inclusivement, au conjoint, etc. (3). On voit par là que l'esprit de la loi était d'empêcher les donations trop considérables faites à des personnes étrangères à la famille du donateur. Quant à la sanction de la prohibition qu'elle édictait, la loi *Cincia* ou en tout cas, la jurisprudence prétorienne qui développa ses principes, consacrait un système fort original.

Elle ne prononçait, en effet, ni la nullité de la donation contraire à ses dispositions, ni même la nullité de la partie de la donation dépassant le *modus*, ni non plus une peine contre celui qui aurait accepté la donation faite *ultra modum*. La donation restait donc valable, mais la loi exigeait, pour qu'elle fût parfaite, c'est-à-dire irrévocable, que le donateur se fût dessaisi, de la façon la plus entière, des droits qu'il avait sur la chose donnée. A cette condition seulement, le donataire était à l'abri d'une révocation. Sinon, le donateur pouvait revenir sur sa libéralité, c'est-à-dire la retenir par le moyen d'une exception, *exceptio legis Cinciae*, ou la reprendre en usant des voies de droit commun qui restaient à sa disposition grâce à l'exécution imparfaite qu'il lui avait donnée (4). En somme, on considérait qu'en donnant au delà du *modus*, la volonté de donner restait incertaine à moins qu'elle ne se fût affirmée par un dessaisissement absolu, manifestant l'intention bien arrêtée du donateur de ne plus reprendre sa libéralité. Suivant que la donation était réalisée par voie de dation, de promesse ou de libération, l'application de ces principes donnait lieu aux résultats suivants :

1^o *Dation*. — Si la donation a pour objet une *res mancipi*, elle n'est parfaite que s'il y a eu à la fois mancipation et tradition (*Vat. frag.*, § 313). La mancipation n'est pas suffisante, car si le donataire intente l'action en revendication contre le donateur, celui-ci la paralysera par l'*exceptio legis Cinciae*. Également insuffisante est la tradition, car le donateur demeuré propriétaire peut agir par

(3) *Vat. Frag.*, §§ 298-309. On ignore quel était le taux fixé par la loi. La loi *Furia testamentaria* et les lois caducaires exceptaient également de leurs prohibitions les cognats du disposant (V. nos 251, 258).

(4) Il ne pouvait être question de l'*exceptio* dans la loi elle-même qui est d'une date antérieure à l'introduction du système formulaire. Or, sous le régime des actions de la loi, il n'était pas question d'exceptions (V. n^o 281). *Adde*, Girard, *Manuel élément.*, p. 929. C'est le préteur qui a créé l'exception, interprétant à sa manière et par les procédés dont il dispose les dispositions restrictives de la loi.

la revendication et à l'exception *rei donatæ et traditæ* qui lui serait opposée répondre victorieusement par la *replicatio legis Cincix*. Si l'objet de la donation est une *res nec Mancipi*, la seule tradition est nécessaire mais suffisante pour dépouiller irrévocablement le donateur (5).

2° *Promesse*. — Tant que le donateur n'a pas accompli sa promesse, il pourra repousser la *condictio* du donataire par l'*exceptio legis Cincix*. Mais, s'il s'exécute volontairement, sachant que la loi l'autorise à ne pas accomplir son obligation, la donation devient parfaite (6).

3° *Libération*. — La donation est parfaite, si elle a été accomplie par voie d'*acceptilatio*. Mais si le donateur s'est contenté d'un *pactum de non petendo*, il peut encore agir en vertu de la créance qui subsiste *ipso jure*, et il paralysera l'*exceptio pacti conventi* que lui opposera le donataire par la *replicatio legis Cincix*.

Non seulement, le donateur, mais aussi ses héritiers, avaient le droit d'invoquer la loi *Cincia*. Toutefois les héritiers perdaient ce droit, s'il était prouvé en fait que le donateur avait persévéré jusqu'à son décès dans la volonté de donner. La donation imparfaite et révocable tant qu'il vivait se trouvait confirmée par sa mort : *morte Cincia removetur* (7).

II. *Insinuation*. — A la fin du troisième siècle, la loi *Cincia* tomba en désuétude. A sa place on trouve un ensemble de dispositions restrictives qui poursuivent un but quelque peu différent. Il s'agit cette fois d'assurer la moralité de l'acte et surtout de couper court aux procès, en donnant au donataire un droit incontesté à l'égard du donateur et des tiers. Dans ce but, Constantin imposa au donateur certaines formalités dont la plus importante fut l'obligation de faire consigner la donation dans les *acta* du magistrat, formalité que la pratique désigna sous le nom d'*insinuatio* (8). Justinien con-

(5) Lorsque la donation portait sur un meuble (*Mancipi* ou *nec Mancipi*), elle n'était parfaite que lorsque le donataire mis en possession avait possédé assez de temps pour pouvoir triompher du donateur sur l'interdit *utrubi* (*Vat. frag.*, § 311).

(6) Ici également le donataire d'un meuble qui a reçu tradition n'est sûr de conserver la donation que s'il peut user avec succès de l'interdit *utrubi*.

(7) *Vat. frag.*, §§ 259, 266. Les héritiers qui, en pareil cas, voulaient reprendre la chose donnée étaient repoussés par l'*exceptio* ou la *duplicatio doli* (V. n° 282, note 1).

(8) L'*insinuatio* a son origine dans l'usage de faire consigner les actes importants dans les registres des magistrats. L'acte était d'abord lu, *recitatio*, *professio*, puis copié sur les registres, *insinuatio*. Outre l'insinuation, Constantin exigeait également la rédaction par écrit de la donation, formalité que Théodose le Jeune et Valentinien déclarèrent inutile, en présence de l'insinuation (29. Cod., *De donat.*, VIII, 54). De plus, il imposait au donateur qui voulait rendre parfaite sa libéralité, l'obligation de faire tradition. Mais Justinien déclara obligatoire la simple promesse de donation, alors même qu'elle n'aurait pas immédiatement été suivie de tradition (V. n° 167).

serva l'insinuation, mais la transforma en un moyen indirect de faire obstacle aux libéralités exagérées. Il l'exige pour les donations supérieures à 500 *solidi*, sous peine de nullité de l'acte pour tout ce qui dépasse ce taux. C'était revenir à l'idée qui avait inspiré la loi *Cincia* (§ 2. Inst., *De donat.*, II, 7). La pratique des pays de droit écrit emprunta cette formalité à la législation de Justinien. Déclarée applicable dans toute la France par les ordonnances royales, l'insinuation des donations subsista jusqu'à la Révolution. Maintenu par la loi du 11 brumaire an VII, elle ne disparut qu'avec la promulgation du Code civil⁽⁹⁾.

III. *Causes exceptionnelles de révocation des donations entre-vifs.* — Une fois réalisée, la donation entre-vifs assure au donataire un droit irrévocable. Elle le met surtout à l'abri des caprices du donateur ou de ses héritiers. Ceux-ci ne peuvent lui reprendre la chose ou le droit qui a fait l'objet de la libéralité (*Vat. frag.*, § 275). Toutefois, on finit par admettre un certain nombre d'exceptions à l'irrévocabilité. 1° Il en était ainsi, dans le cas de donation *sub modo*, c'est-à-dire faite à charge par le donataire d'accomplir certaines prestations au profit du donateur lui-même ou d'un tiers (1, pr. Dig., *De donat.*, XXXIX, 5, Julian.). La donation étant réalisée par *datio*, si le donataire refuse d'accomplir la charge, il doit restituer la chose donnée. On donnera donc contre lui la *condictio ob rem dati* qui fait l'office d'une action en révocation pour inexécution des conditions (V. art. 953, 954, C. civ.)⁽¹⁰⁾. 2° La donation peut aussi être révoquée pour survenance d'enfant. Cette cause de révocation fut établie par les empereurs Constantin et Constans au profit du patron qui, n'ayant pas d'enfant, avait fait une donation à son affranchi et à qui il était survenu un enfant depuis la donation (8. Cod., *De revoc. donat.*, VIII, 56) (V. art. 960, C. civ.). 3° Enfin Justinien, généralisant des décisions de ses prédécesseurs, admit tout donateur à révoquer sa libéralité pour cause d'ingratitude du donataire, et il précisa limitativement les cas où le donataire serait exposé à cette cause de révocation (10. Cod., *De revoc. donat.*, VIII, 56) (V. art. 955, C. civ.).

(9) Viollot, *Histoire du droit civil français*, p. 904; Aubry et Rau, t. VII, § 704, note 2.

(10) Bien que mélangée d'un élément à titre onéreux qui lui fait donner le nom de *negotium mixtum* (18, pr. Dig., *De donat.*, XXXIX, 5, Ulp.), la donation *sub modo* n'obligeait pas le donataire à l'accomplissement des charges. On finit par l'y astreindre. On donna contre lui l'action *præscriptis verbis* quand la charge avait été convenue au profit du donateur. La donation *sub modo* rentre alors dans la catégorie des contrats innommés. Si la charge a été convenue au profit d'un tiers, ce dernier a une *condictio utilis* contre le donataire.

2° Donation à cause de mort.

169. — *Notion et effets.* — 1° *Notion.* — La donation est dite à cause de mort, *mortis causa*, lorsqu'il a été convenu entre les parties que la donation ne sera irrévocable qu'après le décès du donateur survenu avant celui du donataire. Ainsi la survie du donataire au donateur joue le rôle d'une condition à laquelle est subordonnée la perfection de la donation : *non videtur perfecta donatio mortis causa facta antequam mors insequatur* (32. Dig., *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6, Ulp.) (1).

On s'explique assez facilement, sinon l'introduction de ce mode de disposer, du moins son fréquent emploi. Les deux seuls modes de faire une libéralité étaient la donation entre-vifs ou le legs. Or, la donation dépouille actuellement et irrévocablement le donateur. Elle a un autre inconvénient. Elle fait entrer immédiatement les choses données dans le patrimoine du donataire, en sorte que s'il meurt avant le donateur, elles passent à ses héritiers. Or, vis-à-vis de ces personnes, le donateur n'avait pas peut-être les mêmes raisons de se montrer généreux. Le legs n'a aucun de ces désavantages. Il ne produit son effet qu'au décès et par suite, ne dépouille pas actuellement le disposant. Il est révocable jusqu'au dernier moment de la vie du testateur. Enfin et surtout, il est sans effet lorsque le légataire prédécède, et, par suite, le testateur qui lui survit peut disposer à nouveau de la chose léguée au profit de personnes de son choix. Pour toutes ces raisons, la disposition en forme de legs devait être préférée, dans la pratique, à la donation entre-vifs. Mais, à la fin de la République et sous Auguste, un certain nombre de lois vinrent apporter de notables restrictions à la liberté de léguer, soit, comme les lois *Furia testamentaria* et *Falcidia*, en limitant le nombre et la quotité des legs (V. n° 258), soit comme les lois *Julia* et *Pappia Poppæa*, en privant un grand nombre de personnes du *jus capiendi ex testamento* (V. n°s 251, 258). Comme la donation *mortis causa* suppose une convention entre le donateur et le donataire, on ne pouvait lui appliquer les lois dont il vient d'être parlé qui ne prévoyaient que les dispositions contenues dans un testament. Elle permettait donc d'éviter la rigueur de ces lois restrictives et elle gardait sur la dona-

169. — (1) Très souvent le donateur se réservait aussi la faculté de révoquer la donation à son gré (Paul, *Sent.*, III, 7, § 2). Mais cette faculté de révocation n'était pas, croyons-nous, de l'essence de la donation *mortis causa*, en sorte qu'en son absence la donation n'en conservait pas moins son caractère propre. Accarias, t. I, n° 307.

tion entre-vifs l'avantage d'être subordonnée pour sa perfection à la survie du donataire au donateur (2).

2° *Effets*. — La donation *mortis causa* étant subordonnée à une condition, il faut, pour déterminer ses effets, examiner quel va être le sort de la libéralité tant que la condition qui tient en suspens son sort n'est pas arrivée, et quelle influence aura sur elle la survenance ou la défaillance de cette condition. Or, la solution de ces questions varie selon ce que les parties ont entendu faire. Elles ont pu vouloir suspendre les effets de la libéralité jusqu'au prédécès du donateur, c'est-à-dire faire une donation sous condition suspensive (3). Elles ont pu aussi vouloir faire produire immédiatement à la libéralité tous ses effets, sauf à les faire cesser en cas de prédécès du donataire, c'est-à-dire faire une donation pure et simple, mais résoluble sous condition (2; 29. Dig., *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6, Ulp.).

1° Dans le premier cas (donation conditionnelle), il est clair que le donataire n'a, *pendente conditione*, aucun droit. Ainsi, en cas de donation par promesse il ne peut contraindre le donateur à lui livrer les choses données. Le donateur prédécédant, le droit du donataire prend naissance, et il pourra poursuivre contre les héritiers du donateur l'exécution de la promesse. Est-ce au contraire lui qui prédécède, la donation s'évanouit et ses héritiers ne peuvent rien réclamer au donateur.

2° Dans le second cas (donation pure et simple, mais résoluble sous condition), le donataire peut immédiatement réclamer l'exécution de la donation, il pourra par exemple, si la donation a eu lieu par voie de promesse, agir contre le donateur par voie de *condictio*. Le prédécès du donateur arrivant, la donation est confirmée, et les choses qui ont été livrées au donataire en exécution de la donation, ne peuvent plus lui être enlevées. Tout au contraire, si c'est le donataire qui prédécède; car son droit est alors résolu,

(2) Comparant la donation entre-vifs, *vera et absoluta donatio*, à la donation *mortis causa*, Paul fait ingénieusement remarquer que dans le premier cas le donateur met l'intérêt du donataire avant le sien propre, *illum potius quam se habere mavult*, tandis que dans le second cas, le donateur se préfère au donataire, *se potius habere vult quam cum cui donat*, mais préfère le donataire à ses propres héritiers, *illum deinde potius quam heredem suum* (35, § 2. Dig., *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6).

(3) C'est le plus souvent sous cette forme que se faisait au début la donation *mortis causa*. Le donateur prévoyant son décès à la suite d'une circonstance déterminée, au cours d'une maladie, d'un voyage, d'une bataille, faisait sa libéralité sous la condition qu'il succomberait dans l'événement prévu : *non sic det ut statim faciat accipientis sed tunc demum cum mors fuerit insecuta* (2. Dig., *h. t.*).

et ses héritiers seront par suite tenus de restituer ce que leur auteur avait reçu en exécution de la libéralité (4).

La donation *mortis causa* a en somme la plus grande analogie avec le legs qui, lui aussi, est subordonné dans ses effets au prédécès du disposant. Aussi finit-on par la soumettre aux dispositions restrictives des lois *Julia* et *Papia Poppæa* et de la loi *Falcidia* (35, pr. Dig., *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6, Paul.). Accentuant cette tendance à l'assimilation, certains jurisconsultes voulurent ne plus admettre aucune distinction entre les legs et les donations *mortis causa*. Justinien consacra leur manière de voir (5). Toutefois, même après cette décision, la donation *mortis causa* se distingue encore du legs. 1° Elle suppose une convention entre les parties, tandis qu'il n'en intervient aucune entre le testateur et le légataire. 2° Elle n'est pas par elle-même, comme le legs, un mode d'acquérir la propriété ou de devenir créancier. 3° Elle peut recevoir son exécution du vivant du donateur, sauf la résolution en cas de prédécès du donataire, alors que le legs ne peut jamais produire effet qu'après le décès du testateur (6).

3° Donations entre époux.

170. — La donation entre époux, *inter virum et uxorem*, est celle qui est faite par l'un des époux à l'autre au cours du mariage. Alors que la *manus* était encore la conséquence presque inévitable des *justæ nuptiæ*, il ne pouvait être question pour la femme de faire ou recevoir une donation puisqu'elle n'avait pas de patrimoine à elle propre. Pareille impossibilité n'exista plus avec le mariage sans *manus*. Mais vers la fin de la République, la coutume vint prohiber les donations entre époux (1). On voulait par là empêcher

(4) Par quelle action agira-t-on contre eux? En cas de donation réalisée par voie de promesse ou de libération, ce sera par une *condictio*; en cas de donation par voie de dation, par la *condictio ob rem dati*. Mais dans la pure doctrine romaine, le donateur n'avait pas droit à la revendication, car c'eût été reconnaître que la propriété pouvait être transférée *ad certum tempus*. On finit cependant par lui permettre d'en user (29. Dig., *h. t.*), solution qui est admise sans difficulté sous Justinien (V. nos 99, 210).

(5) Ainsi il décide que la donation *mortis causa* sera dispensée des formes de la donation, et d'une façon générale qu'elle sera soumise aux règles des legs (4. Cod., *De mort. caus. donat.*, VIII, 57; § 1. Inst., *De donat.*, II, 7).

(6) Ajoutons que le legs est toujours révocable au gré du testateur, tandis que cette faculté de révocation n'appartient pas nécessairement au donateur (V. ci-dessus, note 1).

170. — (1) A l'époque de la loi *Cincia* les donations entre époux étaient encore permises, puisqu'on voit figurer le conjoint au nombre des *personæ exceptæ*, à qui on peut donner *ultra modum* (*Vat. frag.*, § 302).

des libéralités trop facilement consenties dans l'entraînement de la passion, *ne mutuato amore spoliarentur*, ou arrachées par contrainte, sous la menace d'un divorce, *ne venalitia essent matrimonia* (1; 2; 3 pr. Dig., *De donat. int. vir.*, XXIV, 1, Ulp., Paul.). La sanction de cette prohibition était la nullité de la donation (2).

Toutefois, on finit par reconnaître qu'on avait, par excès de rigueur, dépassé le but. Pour mettre la liberté du donateur à l'abri de toute surprise ou contrainte, n'était-il pas suffisant de l'autoriser à révoquer à tout moment la donation? De cette façon, tout en lui donnant le moyen de reconnaître au cours du mariage l'affection de son conjoint, on lui permettait de reprendre sa libéralité, s'il jugeait qu'elle n'était pas l'œuvre de sa volonté libre, ou s'il trouvait que l'époux donataire en était devenu indigne. Telle fut la solution que consacra un sénatusconsulte sur la proposition d'Antonin Caracalla (3). Le Sénat décidait, en effet, que la donation entre époux deviendrait valable, qu'elle serait, disent les jurisconsultes, confirmée, si le donateur venait à prédécéder le mariage durant encore et sans avoir révoqué la donation (32, pr. § 2, Dig., *De donat. int. vir.*, XXIV, 1, Ulp.). Désormais, la donation entre époux devint semblable à une donation *mortis causa*, puisqu'elle n'était définitivement assurée au donataire que par le prédécès du donateur et encore à la condition qu'elle n'eût pas été révoquée par lui et qu'il n'y eût pas eu de divorce. En attendant, elle demeurerait nulle, comme autrefois avant le sénatusconsulte (4). Sous Justinien, rien n'est changé à ces principes (5). Ce système diffère de celui du droit français actuel. Tout en admettant comme en droit romain la révocabilité *ad nutum* des donations entre époux, le Code civil les considère comme valables et leur laisse produire des effets actuels et instantanés (V. art. 1096, C. civ.).

(2) Étaient exceptées de la prohibition : les donations portant sur des fruits ou des intérêts ; les donations faites au mari *honoris causa*, pour lui permettre d'obtenir une dignité ; la donation *exsili causa*, faite au conjoint exilé ; la donation *divortii causa*, faite en prévision d'un divorce imminent ; la donation *mortis causa*.

(3) Cet acte date de l'époque où le Sénat fait directement du droit. Mais l'*oratio* qui précède la décision sénatoriale, *oratio Antonini*, est aux yeux des jurisconsultes le document important. C'est elle seule qu'ils citent et commentent (3; 32, Dig., *h. t.*).

(4) On peut aussi comparer la donation entre époux à la donation entre-vifs dépassant le *modus* de la loi Cincia. Comme cette dernière, elle est révocable par le donateur, et elle n'est confirmée que par son prédécès.

(5) A raison de l'analogie entre les donations entre époux et les donations *mortis causa*, on hésitait sur la véritable nature de la donation entre époux. Justinien mit fin à ces doutes en la considérant comme une donation entre-vifs et en la soumettant par suite à l'insinuation.

II. — De la dot.

171. — *Notion et histoire de la dot.* — La dot est l'ensemble des biens que la femme ou un tiers pour elle apporte au mari pour aider celui-ci à subvenir aux charges du mariage. La théorie de la dot et du régime matrimonial des Romains est donc le complément indispensable de la théorie du mariage. Mais elle a d'intimes rapports avec la matière des obligations. Sa place vient donc naturellement ici. Cette étude est d'un intérêt particulier pour celle du droit français. Du droit romain, en effet, le régime de la dot a passé dans nos pays de droit écrit et aussi en Normandie ; il s'y est maintenu en vigueur jusqu'à la rédaction du Code civil. Il était entré à ce point dans les mœurs que le législateur moderne a dû le conserver, et lui consacrer tout un chapitre du titre du contrat de mariage (V. art. 1540-1581, C. civ.)⁽¹⁾. A l'heure actuelle, par conséquent, il est encore chez nous en vigueur, non plus tel qu'il était pratiqué à l'époque de la jurisprudence classique et sous Justinien, mais avec les transformations qu'une pratique plusieurs fois séculaire ne pouvait manquer d'y apporter.

Dans les débuts, alors que la *manus* était presque toujours une conséquence des *justæ nuptiæ*, il n'était pas, à vraiment parler, question de dot. Si la femme était *sui juris* au moment du mariage, tous les biens qui lui appartenaient devenaient, par l'effet de la *manus*, propriété du mari, et la femme traitée à l'égal d'une *filia*, n'en conservait ni la jouissance ni l'administration⁽²⁾. C'est ainsi que se réalisait la communion des intérêts pécuniaires, *humani juris communicatio*, et que la femme contribuait aux charges communes nées du mariage, à savoir l'entretien du ménage et des enfants. Mais cette contribution, elle ne pouvait plus la fournir lorsqu'elle se mariait étant encore *alieni juris*, puisqu'alors elle n'avait pas de patrimoine. C'est sans doute en vue de cette situation qu'on dut imaginer la dot. Le *paterfamilias* constituait à sa fille une dot, c'est-à-dire lui remettait un ou plusieurs biens qui devenaient la propriété du mari et l'aidaient à subvenir aux charges du ménage.

Plus tard, quand s'établit la pratique du mariage sans *manus*, l'institution de la dot gagna du terrain. L'usage de constituer une

171. — (1) V. Viollet, *Histoire du droit civil français*, pp. 795-802; Aubry et Rau, t. V, § 498.

(2) D'autre part, elle n'acquerrait de son vivant aucun droit sur les biens de son mari. Mais étant *heres sua*, elle retrouvait une part de sa fortune dans la succession de celui-ci, et par conséquent n'était pas exposée, devenant veuve, à rester sans ressources.

dot se généralisa à tel point que doter sa fille devint pour le *pater* un devoir imposé par les mœurs⁽³⁾. Lorsque la femme était *sui juris*, c'était elle-même qui se dotait avec l'*auctoritas* de ses tuteurs. Ceux-ci devaient être disposés à accorder cette *auctoritas*. Ils échappaient ainsi aux conséquences désastreuses pour eux d'un mariage avec *manus*, à savoir l'acquisition de tout le patrimoine de la femme par le mari ou le *pater* de celui-ci.

Dans le mariage sans *manus*, la totalité des biens de la femme ne devient donc pas la propriété du mari. Celui-ci n'acquiert que la portion de biens qui lui a été remise *ad onera matrimonii sustinenda*, soit par la femme, soit par son *pater*, soit par un tiers. Ce sont ces biens qui forment la dot, *dos*. Quant à ceux qui appartiennent ou peuvent advenir ultérieurement à la femme, le mari n'a sur eux aucun droit de propriété, de jouissance ou d'administration. Ils forment comme le *peculium* de la femme, et ce que dans les pays de langue grecque on désignait sous le nom de *παράφερνα* (*παρα φερνη*, à côté de la dot), d'où nous avons fait l'expression biens paraphernaux (9, § 3. Dig., *De jure dot.*, XXIII, 3, Ulp.) (V. art. 1574 et suiv., C. civ.).

La disparition graduelle de la *manus* devait influencer sur les développements ultérieurs et la constitution définitive du régime matrimonial romain, auquel les modernes ont donné le nom caractéristique de Régime dotal. Indépendante de son mari au point de vue pécuniaire, la femme conserve la propriété de tous ses biens non constitués en dot. Seuls ceux formant la dot sont apportés en pleine propriété au mari à titre de contribution de la femme aux charges communes : *ibi dos esse debet ubi onera matrimonii sunt* (56, § 1. Dig., *De jure dot.*, XXIII, 3, Paul.).

Ainsi définitivement arrêté dans ses grandes lignes dès l'époque de la République, ce régime subsista jusqu'à la fin du droit romain, sans autres modifications que certaines restrictions apportées au droit du mari sur les biens dotaux. Il faut maintenant étudier dans ses détails son fonctionnement en examinant les trois questions suivantes : 1° De la constitution de la dot ; 2° Du sort de la dot et des autres biens de la femme pendant le mariage ; 3° Du sort de la dot après la dissolution du mariage.

(3) En dotant sa fille restée en puissance, le père ne fait pour ainsi dire que devancer le moment où elle sera appelée à recueillir sa part du patrimoine paternel, part à laquelle elle a droit de prétendre, puisque n'étant pas tombée sous la *manus*, elle n'est pas sortie de la famille. La dot n'est donc qu'une présuccession ou comme nous disons aujourd'hui un avancement d'hoirie. De là l'obligation pour la fille de *conferre dotem* (V. n° 250).

172. — *De la constitution de dot.* — La dot se constitue par *datio, dictio, promissio* (Ulp., *Reg.*, VI, § 1). Par *datio* on entend tout acte dont l'effet est de transférer au mari la propriété des choses données en dot ou de constituer à son profit un droit réel. Au lieu de procéder ainsi, le constituant pouvait promettre la dot, et son engagement, conformément aux principes, n'était obligatoire que s'il était revêtu d'une forme solennelle. Les formes usitées en pareil cas étaient la *dictio dotis* sur laquelle on n'a que des renseignements insuffisants (V. n° 134), et la *promissio dotis* qui se faisait en forme de stipulation ordinaire. Ce fut seulement au Bas-Empire qu'une constitution des empereurs Théodose II et Valentinien III déclara obligatoire le simple pacte de constitution de dot, et le fit par conséquent entrer dans la classe des pactes dits légitimes (V. n° 167).

Peuvent constituer une dot : la femme elle-même, le *paterfamilias* de la femme, tout autre parent ou même un étranger (1). Constituée par le *pater*, la dot était appelée *profectitia*, car on peut dire d'elle, comme du pécule profectice : *a patre proficiscitur* (§, pr., § 11. Dig., *De jure dot.*, XXIII, 3, Ulp.). Constituée par tout autre, la dot est dite *adventitia* (Ulp., *Reg.*, VI, § 3).

La dot est constituée au mari; elle entre dans son patrimoine s'il est *sui juris* (2). Comme il ne doit aucune prestation en échange et ne contracte aucune obligation corrélatrice envers le constituant, on pourrait être tenté de voir en lui un donataire. Il n'en est rien cependant. La dot n'entre dans le patrimoine du mari qu'avec une affectation spéciale, *ad onera matrimonii sustinenda*, ce qui donne à la constitution de dot, du moins au regard du mari, le caractère d'un acte à titre onéreux. De là résulte que la constitution de dot échappe aux règles prohibitives concernant les donations et notamment à la prohibition des donations entre époux, et que, par suite, la femme peut valablement constituer ou augmenter la dot pendant le mariage (21, § 1. Dig., *De donat. int. vir.*, XXIV, 1, Ulp.).

173. — *Sort de la dot et des autres biens de la femme pendant le mariage. Inaliénabilité du fonds dotal.* — Le régime des biens

172. — (1) Aucune de ces personnes, à l'exception du *pater*, n'est tenue de constituer une dot. S'il en est autrement du *pater*, c'est aux termes de la loi *Julia* l'une des deux lois caducaires. Ces lois cherchant à remédier à la diminution du nombre des citoyens, devaient encourager les *justæ nuptiæ*. On crut atteindre ce but en permettant à la *filia* de s'adresser au magistrat pour contraindre le père à lui constituer une dot (19. Dig., *De rit. nupt.*, XXIII, 2, Marcian.).

(2) Peuvent être constituées en dot toutes les choses corporelles ou incorporelles qui peuvent figurer dans le patrimoine.

dotaux pendant le mariage est en diminutif la reproduction de ce qui se passait jadis dans le mariage avec *manus* pour la totalité des biens de la femme. De même que dans le mariage avec *manus* tout ce qui appartenait à la femme devenait propriété du mari, de même tout ce qui est constitué en dot est acquis à ce dernier. C'est à cette condition seulement qu'aux yeux des Romains la dot peut remplir sa fonction. Le mari devient donc propriétaire de toutes les choses corporelles, et, à ce titre, il a les pouvoirs d'administration les plus étendus, il acquiert les fruits et autres accessoires des biens dotaux, il peut aliéner à titre onéreux ou gratuit (G. II, 63). Il est également investi des droits réels et des créances qui lui ont été cédés en dot. Enfin il exerce seul et en son nom toutes actions relatives aux biens dotaux (V. art. 1549, C. civ.).

Mais, sous Auguste, une loi *Julia de fundo dotali*, qui très probablement n'est qu'un chapitre de la loi *Julia de adulteriis*, vint apporter une notable restriction aux droits jusqu'alors absolus du mari. Elle décidait, en effet que, malgré sa qualité de propriétaire, le mari ne pourrait aliéner les immeubles dotaux sans le consentement de sa femme (G. II, 63; Paul, *Sent.*, II, 21 *b*, § 2; 4. Dig., *De fund. dot.*, XXIII, 5, Gaius). On protégeait ainsi la femme contre les dilapidations du mari. Assurée qu'elle était de retrouver, au jour de la dissolution du mariage, sa dot immobilière intacte, la femme n'était pas exposée à la misère. Elle pouvait aussi retrouver un mari. La loi fait donc partie de l'ensemble de mesures législatives par lesquelles Auguste cherchait à pousser au mariage légitime (2. Dig., *De jure dot.*, XXIII, 3, Paul). L'inaliénabilité du fonds dotal entraînait d'ailleurs l'impossibilité d'usucaper; sinon il eût été trop facile d'éluder la loi, puisque le mari n'aurait eu qu'à livrer le fonds dotal et à laisser s'accomplir l'usucapion sans revendiquer (V. art. 1554, 1560, 1561, C. civ.) (1).

La sanction de la prohibition était la nullité de l'aliénation faite *invita muliere*; en sorte que l'aliénation interdite au mari seul malgré sa qualité de propriétaire, était permise lorsque la femme donnait son consentement. Cette solution peut paraître étrange, puisqu'elle subordonne la validité d'une aliénation au consentement d'une personne sans droit sur la chose aliénée et qui n'a d'ailleurs aucun droit de puissance ou de tutelle sur l'aliénateur. Elle se justifie néanmoins. On va voir, en effet, qu'à l'époque où parut la loi

173. — (1) L'inaliénabilité s'entendait d'une façon très large; elle comprenait toute aliénation partielle, telle que la constitution d'une servitude passive sur le fonds dotal ou la renonciation à une servitude active existant au profit de ce fonds, ainsi que toute aliénation indirecte comme celle résultant de l'obligation de livrer le fonds dotal.

Julia, le droit d'obtenir la restitution de sa dot appartenait déjà à la femme (V. n° 174). Son consentement à l'aliénation avait donc une signification. Il pouvait passer pour une renonciation à sa créance éventuelle de restitution.

La prohibition de la loi *Julia* ne s'appliquait qu'aux immeubles (2). Elle souffrait d'ailleurs certaines exceptions : 1° Elle ne concernait pas les immeubles reçus en dot avec estimation. L'estimation, en effet, modifie le caractère de la constitution de dot, elle la transforme en une vente faite au mari, autorisé ainsi à conserver *dotis nomine* le prix qu'il doit comme acheteur (3). Ce qui est dotal, ce n'est donc plus l'immeuble estimé, mais le prix d'estimation, et dès lors le mari peut aliéner seul cet immeuble (11. Dig., *De fund. dot.*, XXIII, 5, African.). 2° La loi *Julia* ne s'appliquait pas non plus aux aliénations dites nécessaires. Ainsi lorsque le fonds dotal était indivis entre le mari et d'autres copropriétaires, si le partage était provoqué par l'un de ces derniers, le mari ne pouvait s'y opposer. Si alors l'*adjudicatio* avait lieu au profit d'un des copropriétaires, ou si le fonds tout entier était attribué à un étranger, il y avait là une aliénation nécessaire de la part indivise donnée en dot, et cette aliénation était valable (78, § 4. Dig., *De jure dot.*, XXIII, 3, Tryph.) (V. art. 1558, C. civ.). 3° La défense d'aliéner n'avait trait qu'aux fonds italiques. Les fonds provinciaux en étaient exempts (4).

A une époque qu'on ne peut préciser, l'interdiction d'hypothéquer le fonds dotal vint s'ajouter à l'interdiction d'aliéner (5). Mais ici on se montrait plus sévère, car le mari ne pouvait hypothéquer

(2) Comme on l'a fait observer (V. n° 71), c'est peut-être ici qu'a paru pour la première fois l'idée que la propriété des immeubles est plus précieuse que celle des meubles. Il est certain qu'en droit romain l'inaliénabilité ne concerne pas les meubles; mais un principe différent prévalut dans les pays de droit écrit, d'où il a passé dans la jurisprudence actuelle (Aubry et Rau, t. V, § 537 bis).

(3) Le principe que l'estimation vaut vente est indiqué notamment par Ulp., 10, § 4. Dig., *De jure dot.*, XXIII, 3. Mais ce n'est qu'une présomption que les parties peuvent écarter par une déclaration expresse. L'estimation n'a d'autre but alors que de déterminer la somme due par le mari en cas de perte de l'immeuble par sa faute; elle n'a pas pour effet de rendre l'immeuble aliénable. Le droit français actuel n'admet plus que l'estimation vaille vente. Elle ne rend pas le fonds dotal aliénable, sauf convention contraire (V. art. 1552, C. civ.).

(4) Gaius (II, 63) signale à cet égard des doutes que Justinien a fait cesser en décidant que la prohibition d'aliéner (comme aussi celle d'hypothéquer) s'appliquerait aux fonds provinciaux (pr. Inst., *Quib. alien. licet*, II, 8).

(5) Quoi qu'en dise Justinien (1, § 15. Cod., *De rei uxoris act.*, V, 13), ce n'est pas à la loi *Julia* qu'il faut faire remonter l'interdiction d'hypothéquer. Cela résulte de textes auxquels Justinien n'a pu faire subir de remaniements (G. II, 63) (Paul, *Sent.*, II, 21 bis, § 2), et qui ne mentionnent à propos de la loi *Julia* que la prohibition d'aliéner. D'ailleurs, l'hypothèque commençait à peine à être connue en Italie au moment où fut portée la loi *Julia*. Comment aurait-on songé à prohiber un acte qui n'était pas encore passé dans le domaine de la pratique habituelle? (V. n° 223). Accarias, t. I, n° 314.

même avec l'assentiment de sa femme. Cette aggravation de rigueur s'explique aisément. L'hypothèque en apparence moins grave est, en réalité, plus dangereuse qu'une aliénation. Elle n'est pas, comme l'aliénation, une diminution actuelle du patrimoine, elle y aboutit ultérieurement, en cas de non paiement de la dette qu'elle est destinée à garantir. On peut donc craindre que la personne qui constitue une hypothèque n'aperçoive pas les conséquences à longue échéance de l'acte qu'elle consent, et n'y donne son adhésion à la légère. Ce danger est encore plus grand pour la femme. Celle-ci étant toujours plus ou moins dans la dépendance morale du mari est, en effet, moins que toute autre, apte à comprendre la gravité d'une constitution d'hypothèque sur le fonds dotal. Il y a donc une double raison pour que son consentement à l'hypothèque ne soit pas l'œuvre d'une volonté réfléchie et libre. Il faut donc rattacher la prohibition d'hypothéquer soit aux édits du début de l'empire qui interdirent aux femmes d'*intercedere pro viris suis*, soit plutôt à la jurisprudence qui en est sortie et qui donna lieu au sénatusconsulte Velleïen (V. n° 226).

Justinien étendit aux aliénations la prohibition concernant les hypothèques. Désormais, le mari ne put plus aliéner le fonds dotal même avec le consentement de sa femme. On modifiait ainsi profondément la nature de la prohibition d'aliéner. Jusque-là, en effet, il ne s'agissait que d'une simple incapacité pour le mari, mais il pouvait en être relevé par l'assentiment que donnait la femme à l'aliénation; depuis lors, c'est le fonds lui-même qui est frappé d'inaliénabilité (1, § 15. Cod., *De rei ux. act.*, V, 13) (V. art. 1554, C. civ.).

Si le mari a tous les droits de propriétaire sur les biens dotaux, droits à peine entamés par la loi *Julia*, la femme n'en a aucun, ni droit de propriété, ni droit aux revenus, ni droit d'administrer. Malgré sa créance éventuelle de restitution, elle ne peut pas non plus intervenir pour surveiller l'administration du mari, sauf la faculté qui lui est donnée de demander la restitution anticipée de sa dot quand le désordre des affaires du mari la met en péril (V. n° 174). Mais pour les biens qui ne sont pas donnés en dot, la femme reste complètement indépendante. Elle conserve la propriété, la jouissance et l'administration, et si elle confie la gestion de ces paraphernaux au mari, celui-ci n'est, vis-à-vis d'elle, qu'un mandataire ordinaire (9, § 3. Dig., *De jure dot.*, XXIII, 3, Ulp.) (V. art. 1576, 1577, C. civ.). A ce point de vue, il y a entre les deux époux une séparation absolue d'intérêts pécuniaires tout à fait en harmonie avec la notion nouvelle de l'union conjugale, fruit de

la disparition de la *manus*. Le régime matrimonial romain reflète donc les deux tendances opposées qu'on retrouve dans l'histoire du mariage : extrême subordination de la femme dans les débuts, remplacée plus tard par une complète indépendance (6).

174. — *Sort de la dot à la dissolution du mariage* (1). — A l'époque classique, la dot, bien que propriété du mari, est, dans certains cas, restituable en tout ou en partie à la femme, ou à celui qui l'a constituée, et diverses actions sont données contre le mari ou ses héritiers pour assurer cette restitution. Mais ce droit à la restitution de la dot n'a pas toujours existé. Dans les débuts, la dot demeure propriété incommutable du mari et ne doit, en aucun cas, être restituée par lui. On retrouve encore cette règle à l'époque classique : *Dotis causa perpetua est et cum voto ejus qui dat ita contrahitur ut semper apud maritum sit* (1. Dig., *De jure dot.*, XXIII, 3, Paul). Elle se justifie très facilement.

Reçue à titre de contribution de la femme aux charges communes nées de l'union conjugale, la dot doit rester aux mains du mari aussi longtemps que durent ces charges. Elle a par conséquent une destination perpétuelle, *causa perpetua*, elle ne peut être restituée ni pendant le mariage, ni même après sa dissolution. Il est vrai que, dans ce dernier cas, la charge de l'entretien du ménage a cessé, mais le plus souvent des enfants sont nés du mariage, et alors la dot doit rester au mari pour continuer à servir à leur entretien et à leur éducation. D'ailleurs, c'est là une remarque déjà faite (V. n° 173), le régime primitif de la dot est calqué sur le régime des biens en cas de *manus*; or, on a vu que, dans le mariage avec *manus*, les biens de la femme devenaient pour toujours la propriété du mari.

Peu à peu cependant un principe nouveau devait prévaloir. Désormais, au lieu de rester, en toute hypothèse, propriété définitive du mari, la dot dut être restituée en tout ou en partie, lors de la dissolution du mariage, et même, exceptionnellement, pendant sa durée. On peut conjecturer que l'idée de la restitution de la dot a dû se faire jour dans les cas, assez rares d'abord, où le mariage prenait fin par la répudiation de la femme. Appliqué ici dans toute

(6) Aussi a-t-on vu que lorsque les époux voulaient constituer un régime matrimonial faisant de la femme l'associée et l'égale du mari, ils établissaient entre eux une société universelle de tous biens (V. n° 159) (V. art. 1526, C. civ.).

174. — (1) V. sur cette question l'opuscule de Gide : *Du caractère de la dot*, joint à titre d'appendice à l'*Étude sur la condition privée de la femme*, édit. Esmein, et Esmein, *Nouvelle Revue historique de droit*, 1893, pp. 145-171.

sa rigueur le principe de la non restitution de la dot, laissait la femme répudiée sans ressources. La pratique chercha à éviter ce résultat dont l'iniquité parut trop choquante. Elle imagina les stipulations de restitution. Le père de la femme, ou celle-ci, stipulaient du mari la restitution d'une somme fixe au cas de répudiation. Cette promesse, *cautio rei uxoriæ*, permettait au stipulant d'actionner le mari par l'action rigoureuse née de la stipulation. On était sûr par ce moyen que le mari hésiterait à renvoyer la femme pour des motifs futiles, obligé qu'il était de rendre ce qu'il avait promis, intégralement, sans retenue d'aucune sorte, sans délai. A côté de cette action contractuelle s'en introduisit une autre, tendant au même but, mais où l'on chercha à tenir compte d'une façon plus impartiale des exigences de l'équité. S'il est juste que le mari qui répudie sa femme soit obligé à la restitution de la dot, il n'est pas moins juste de tenir compte des torts que la femme peut avoir envers lui, des enfants nés du mariage et dont il a la charge, des dépenses qu'il a pu faire sur les biens dotaux. Un arbitre seul peut trancher ces questions complexes, pour la solution desquelles il faut lui laisser pleine liberté d'appréciation. Tel est le rôle dont sera investi le juge privé, si la femme intente contre son mari l'*arbitrium rei uxoriæ* (2). Cette action ne fait donc pas double emploi avec celle qu'engendre une promesse verbale de restitution. Cette dernière est de droit strict; l'action *rei uxoriæ* qui est *in bonum et æquum concepta* a fini par être rangée dans la classe des actions de bonne foi (3).

A la fin de la République, une cause d'ordre politique vint contribuer dans une large mesure aux progrès du principe nouveau de la restitution de la dot. Les divorces étaient devenus de plus en plus fréquents. Il fallait assurer aux femmes divorcées les moyens de se remarier, afin qu'elles pussent donner des enfants à l'État,

(2) Ce qui est restitué à la femme, ce n'est donc pas la dot tout entière, mais une part dont la quotité ne peut être précisée à l'avance, et de là l'expression vague *res uxoria*. La dot devenue *res mariti* va, suivant les circonstances, en tout ou en partie, devenir *res uxoria*. L'*arbitrium rei uxoriæ* permet à la femme de réclamer ce qui doit lui revenir équitablement de sa dot, dans le cas où le constituant n'a pas pris la précaution de stipuler la restitution. Il y a toute probabilité pour que cette action soit postérieure en date à l'action fondée sur une promesse verbale de restitution. V. Esmein, *loc. cit.*, pp. 146, 147.

(3) La formule de l'*arbitrium rei uxoriæ*, telle qu'elle nous est connue en partie par Cicéron, *Top.*, 17; *De off.*, III, 15, donnait au juge le pouvoir de statuer *ut æquius melius erit*. Comme les autres actions *in bonum et æquum*, l'action a d'abord probablement été pénale et prétorienne. Elle s'est transformée ensuite en action de bonne foi, quasi contractuelle et civile. V. Girard, *Manuel élément.*, pp. 945, 946, 948; Esmein, *loc. cit.*, 151, 164 et *passim*.

et pour cela il fallait leur permettre de reprendre leur dot (4). Ce motif, d'ordre public, devait naturellement conduire à autoriser la femme à reprendre sa dot en cas de dissolution du mariage par le prédécès du mari, pour que devenue veuve, elle pût trouver à se remarier. Aussi, fut-on amené à laisser la dot au mari au cas de prédécès de la femme. Toutefois, la personne qui avait constitué la dot pouvait avoir pris la précaution de stipuler la restitution, en sorte que, même dans cette hypothèse, le mari ne gardait pas la dot.

A l'époque classique, la théorie de la restitution de la dot définitivement assise peut se résumer ainsi : 1° La dot est toujours restituable, quelle que soit la cause pour laquelle le mariage vient à se dissoudre, lorsque la personne qui l'a constituée en a stipulé la restitution. La dot est dite alors *receptitia* (Ulp., *Reg.*, VI, § 5), et l'action en restitution est l'action née de la stipulation, *actio ex stipulatu* (5). 2° Même en l'absence d'une stipulation de restitution, la dot est restituable à la femme en cas de divorce (par répudiation ou *bona gratia*), et de prédécès du mari. La femme a alors l'action *rei uxoriæ*. Mais la dot reste au mari au cas de prédécès de la femme (Ulp., *Reg.*, VI, § 6, 4) (6). 3° La femme a droit à la restitution anticipée pendant le mariage dans le cas où l'insolvabilité du mari met la dot en péril, c'est-à-dire est de nature à rendre illusoire la créance de la femme au jour de la dissolution du mariage (24, pr. Dig., *Solut. matrim.*, XXIV, 3, Ulp.). Là est l'origine de notre séparation de biens judiciaire (V. art. 1443, 1563, C. civ.).

175. — *Des actions en restitution de la dot dans le droit classique et sous Justinien.* — A partir du moment où il fut admis que la dot ne demeurerait plus toujours aux mains du mari, il y eut deux actions en restitution : l'action *rei uxoriæ*, l'action *ex stipulatu*. Bien que tendant au même but, elles diffèrent par leurs conditions d'exercice et leurs effets (1). Mais ces différences s'expliquent

(4) C'est cette considération que mettent en relief Paul et Pomponius : *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possunt* (2. Dig., *De jure dot.*, XXIII, 3); *Nam publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem, maxime sit necessarium* (1. Dig., *Solut. matrim.*, XXIV, 3).

(5) L'expression *dos receptitia* est caractéristique. Elle signifie dot destinée à être rendue et montre bien que tel n'est point en droit commun le sort de la dot.

(6) Mais, lorsque la dot est constituée par le père de la femme, il peut la reprendre, en cas de prédécès de sa fille, afin, dit assez crûment Pomponius, de ne pas avoir le double malheur de perdre à la fois sa fille et son argent (6, pr. Dig., *De jure dot.*, XXIII, 3) (V. art. 747, C. civ.).

175. — (1) A ces deux actions, il faut joindre l'action *præscriptis verbis*. Le simple

aisément si l'on se reporte aux notions historiques qui viennent d'être exposées (V. n° 174).

I. *Action rei uxoriæ*. — Cette action tend à assurer des ressources à la femme divorcée ou veuve. Elle n'est qu'un secours extraordinaire en sa faveur introduit contrairement au principe *dotis causa perpetua est*, sous l'influence de considérations d'équité et d'ordre public que le droit ancien n'admettait pas. Elle n'appartient donc qu'à la femme (2). Elle lui est donnée comme une conséquence de la dissolution du mariage, sans qu'aucun engagement de restituer ait été pris envers elle par le mari (3). Le caractère exceptionnel de l'action *rei uxoriæ* se révèle dans certaines particularités qui toutes se rattachent à l'idée que le juge peut apprécier en pleine liberté, en tenant compte des torts réciproques des époux, du nombre des enfants, et de toutes autres circonstances, quelle est la part de la dot qu'il est équitable de restituer à la femme, quelle est la part qu'il convient de laisser aux mains du mari. De là résulte que le mari, mieux traité qu'un débiteur ordinaire, jouit de certains avantages contraires au droit commun, derniers vestiges de son droit absolu et perpétuel sur la dot. Ces avantages sont : le bénéfice de compétence, le droit aux *retentiones*, le bénéfice de l'Édit de *alterutro*, les délais de restitution (4).

1° *Bénéfice de compétence*. — C'est une faveur en vertu de laquelle le mari ne sera condamné que jusqu'à concurrence de ce qu'il possède, *eatenus quatenus facere potest*, et évitera ainsi l'emprisonnement que lui ferait encourir une condamnation *in solidum* qu'il ne pourrait exécuter (§ 37. Inst., *De act.*, IV, 6) (V. n° 302). On ne voulait pas, en effet, que l'obligation de restituer aboutît à faire emprisonner celui qui, autrefois, était le maître absolu de la dot et n'avait ni comptes à rendre, ni restitution à opérer.

2° *Droit aux retentiones*. — Par *retentio* on entend la portion

pacte de restitution adjoint à la constitution de dot finit par être considéré en effet comme un *negotium do ut des* (6. Cod., *De jure dot.*, V, 12). Cette action de bonne foi comme l'*actio rei uxoriæ*, avait sur elle l'avantage d'assurer la restitution de la dot, quelle que fût la cause de dissolution du mariage, et sans *retentio* au profit du mari.

(2) Aussi n'appartient-elle pas aux héritiers de la femme. D'une part, en effet, on a vu qu'elle n'est pas donnée au cas de prédécès de la femme. D'autre part, si la femme mourait, alors que l'action était déjà née à son profit, mais avant de l'avoir intentée, ses héritiers ne pouvaient agir à sa place, sauf au cas où elle avait mis le mari ou ses héritiers en demeure (Ulp., *Reg.*, VI, § 7).

(3) Aussi la dette du mari sanctionnée par cette action, ne naît-elle pas d'un contrat. Elle peut figurer au nombre des obligations dites légales (V. n° 185).

(4) De même la responsabilité du mari quant aux fautes est moins rigoureuse que celle d'un débiteur ordinaire (V. n° 190).

de la dot que le mari peut retenir, ce qu'il est juste qu'il conserve de cette dot qui a été sa propriété et que dans le droit ancien il n'était jamais tenu de rendre. Les cas dans lesquels le mari a droit à une *retentio* et la quotité de cette *retentio* paraissent avoir été fixés par la coutume (5).

3° *Édit de alterutro*. — Dans le mariage sans *manus*, la femme veuve n'étant pas *heres sua* du mari, était exposée à rester sans ressources. Aussi, les mœurs faisaient-elles un devoir au mari de l'instituer comme héritière ou en tout cas de lui laisser sa dot à titre de legs. Cet usage persista après l'introduction de l'action *rei uxoriæ* (6). Mais comme il eût été injuste que la femme pût à la fois poursuivre la restitution de sa dot par l'action *rei uxoriæ* et réclamer le bénéfice de la libéralité testamentaire qui lui était faite, l'Édit prétorien décida qu'elle ne pourrait cumuler l'exercice de l'action en restitution avec les avantages que lui faisait le testament du mari. La partie de l'Édit qui impose à la femme cette option porte le nom significatif d'Édit *de alterutro* (1, § 3. Cod., *De rei uxor. act.*, V, 13).

4° *Délais de restitution*. — Lorsque la dot consistait en choses *quæ pondere numero mensurave constant*, le mari n'était pas tenu de restituer la totalité d'un seul coup. On lui permettait de se libérer en trois annuités, *annua, bima, trima die*. Il pouvait se faire, en effet, qu'il n'eût pas à sa disposition, en cas de dissolution du mariage survenant inopinément, des choses du genre dû par lui. Au contraire, a-t-il reçu en dot des choses *in specie*, non estimées, il doit la restitution en nature, et par conséquent ne jouit d'aucun délai (Ulp., *Reg.*, VI, § 8) (7).

II. *Action ex stipulatu*. — L'action *rei uxoriæ* était exceptionnelle, puisqu'elle était admise seulement dans certains cas de dissolution et ne permettait à la femme de compter ni sur une restitution intégrale, ni sur une restitution immédiate. L'action *ex stipulatu* n'a pas ces inconvénients. Ici, en effet, la restitution cesse d'avoir le caractère d'une faveur, d'un secours qu'on donne à la femme pour l'empêcher de tomber dans la misère ou lui permettre de se remarier. Elle est née d'un contrat entre le constituant de dot et le mari, et,

(5) Citons notamment la *retentio propter mores et propter liberos* en cas de divorce imputable à la femme, la *retentio propter impensas* permettant au mari de se faire rembourser de ses dépenses sur les biens dotaux. V. pour plus de détails, Accarias, t. II, n° 834; Girard, *Manuel élément.*, pp. 951, 952.

(6) Sur le testament du mari, Esmein, *Mélanges d'histoire du droit*, pp. 37 et suiv.

(7) S'il y a eu estimation des choses *in specie* données en dot, le mari n'est débiteur que du prix d'estimation (V. n° 173, note 3), et par suite il a droit aux délais de restitution.

qui plus est, d'un contrat de droit strict. Et de là deux conséquences capitales.

1° L'action *ex stipulatu* appartient à quiconque a stipulé la restitution : à la femme, par conséquent, en cas de dissolution du mariage par le prédécès du mari ou le divorce ; aux héritiers de la femme, en cas de dissolution par le prédécès de cette dernière ; enfin, à toute personne ayant constitué la dot. 2° Débiteur de la restitution en vertu d'un contrat de droit strict, le mari n'a droit ni au bénéfice de compétence, ni aux *retentiones*, ni à l'Édit *de alterutro*, ni aux délais pour la restitution.

III. *Droit de Justinien*. — La stipulation de restitution offrait de tels avantages qu'elle était devenue d'un usage constant. On allait jusqu'à la présumer pourvu qu'il y eût eu un simple pacte de restitution. Aussi, l'action *rei uxoriæ* était-elle peu à peu délaissée. Justinien n'eut plus qu'à consacrer législativement ce résultat. Il supprima l'action *rei uxoriæ* et décida que la dot serait toujours réclamée au mari par l'action *ex stipulatu*.

Cette action appartient désormais : 1° à toute personne (femme, parent de la femme ou étranger) qui s'est fait promettre expressément la restitution, soit par stipulation, soit par simple pacte ; 2° à la femme elle-même, même s'il n'y a ni stipulation, ni pacte de restitution conclu par la femme ou le constituant. C'est l'innovation la plus marquée, car cela revient à admettre que, sans qu'il soit besoin de convention, la dot est toujours restituable à la femme. Ainsi, il ne reste plus trace du principe ancien. L'idée de la restitution autrefois distincte de celle de dot, en est désormais inséparable (1, pr., § 13. Cod., *De rei uxor. act.*, V, 13). C'est l'idée actuelle (V. art. 1564, 1565, C. civ.). En même temps qu'il enlève au mari tout espoir de conserver la dot une fois le mariage dissous, Justinien restreint plus étroitement ses droits sur elle pendant le mariage (V. n° 173). La conséquence logique de ces changements eût été d'enlever au mari la propriété des biens dotaux. Il paraît suffisant, en effet, pour que la dot remplisse sa fonction entre ses mains, qu'il ait le droit d'administrer les biens dotaux, d'en percevoir les revenus et de les garder en pleine propriété. Mais rien ne prouve que ce dernier progrès ait été accompli. Dans le droit de la dernière époque, comme autrefois dans les débuts, le mari est *dominus dotis* (8).

(8) Comme preuve on peut invoquer les Institutes qui, parlant de l'inaliénabilité du fonds dotal, la considèrent comme une exception au principe en vertu duquel le propriétaire d'une chose peut l'aliéner (pr. Inst., *Quib. alien. lic.*, II, 8). Ce n'est que dans la jurisprudence des pays de droit écrit qu'a disparu le principe de la propriété du mari. On ne le retrouve plus dans le droit actuel (V. art. 1549, C. civ.).

Toutefois, l'action *ex stipulatu* du droit nouveau n'est pas absolument identique à l'action *ex stipulatu* du droit classique. Faisant ici ce qu'il fait bien des fois, lorsqu'il fond ensemble deux institutions tendant au même but, mais jusqu'alors distinctes, Justinien emprunte à l'institution ancienne certaines règles et les déclare applicables à l'institution de création nouvelle. L'action *ex stipulatu* est donnée dans tous les cas où le mariage est dissous (et aussi en cas de désordre des affaires du mari), et le mari n'a droit à aucune *retentio* et ne peut se prévaloir de l'Édit *de alterutro* (9). À cet égard, par conséquent, les règles de l'ancienne action *ex stipulatu* sont donc conservées. Mais, l'action *ex stipulatu*, malgré le nom qu'elle porte, malgré la stipulation expresse ou présumée qui lui sert de fondement, est rangée au nombre des actions *bonæ fidei* comme l'action *rei uxoriæ*. Comme dans cette dernière, le mari peut opposer le bénéfice de compétence, et jouit d'un délai pour la restitution. Toutefois, à ce dernier point de vue, Justinien consacre encore un changement. Lorsque la dot consiste en immeubles non estimés, la restitution doit être immédiate; lorsqu'elle a pour objet des immeubles estimés ou des meubles, le mari jouit d'un délai d'un an (1. Cod., *De rei uxor. act.*, V, 13; § 29. Inst., *De act.*, IV, 6) (10).

176. — *Donations propter nuptias* (1). — Cette espèce de libéralité qui n'a été connue qu'assez tardivement est une donation faite soit avant le mariage par le futur mari à sa fiancée, soit pendant le mariage par le mari à sa femme, ou aussi par le père du mari. C'était un moyen d'assurer à la femme devenue veuve des ressources plus grandes que celles que lui procurait la restitution de sa dot. Aussi les biens qui faisaient l'objet de la donation *propter nuptias* étaient immédiatement constitués en dot par la femme, de telle façon qu'en réalité la dot se trouvait augmentée d'une certaine quantité de biens apportés par le mari (1; 14. Cod., *De donat. ante nupt.*, V, 3). Pendant le mariage, le mari conservait donc la propriété des choses données, mais en cas de prédécès du mari, la femme avait droit à la restitution de sa dot augmentée des biens

(9) Il y a exception pour la *retentio propter impensas*.

(10) Cette distinction ne peut se justifier, car lorsque la dot mobilière comprend des corps certains, le mari débiteur de la restitution en nature doit être toujours prêt à les restituer et n'a pas besoin, par conséquent, d'un délai. Notre droit moderne fait une autre distinction, beaucoup plus rationnelle (V. art. 1564, 1565, C. civ.).

176. — (1) V. Esmein : *Mélanges d'histoire du droit*, pp. 58 et suiv.; Accarias, t. I, n° 316; Ortolan, t. II, n° 589; Dareste, *Journal des savants*, juin-juillet 1884; Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 809.

faisant l'objet de la donation *propter nuptias* (2). Cette donation n'était donc, en somme, qu'une sorte de dot supplémentaire fournie par le mari, et qui était gagnée par la femme en cas de prédécès du mari, absolument comme la dot ordinaire était gagnée par le mari, lorsque la femme venait à mourir la première. C'est en s'inspirant de cette analogie avec la dot que la pratique du Bas-Empire développa la théorie de la donation *propter nuptias* (3). Ainsi on admit qu'au jour de la dissolution du mariage, la donation appartenait à la femme dans toutes les hypothèses où le mari était autorisé à garder la dot. Or, sous Justinien, la dot est restituable dans tous les cas, sauf convention formelle autorisant le mari à la garder en tout ou en partie en cas de survie. Si une pareille convention a eu lieu, elle est présumée réciproque et s'applique à la donation *propter nuptias*, qui revient à la femme comme gain de survie au cas de prédécès du mari (Nov. 97, ch. 1).

II. — DES DÉLITS

177. — *Notion de l'obligation ex delicto. — Origines historiques, caractères généraux. — Division des obligations ex delicto.* — L'obligation peut, comme on l'a dit plus haut (V. n° 117), naître d'un délit. Cette obligation a pour objet une peine, *pœna*, consistant en une somme d'argent que l'auteur du délit doit payer à la victime. La peine n'est en aucune façon la réparation du préjudice causé. A cet égard, l'obligation *ex delicto* du droit romain se distingue essentiellement de l'obligation délictuelle du droit moderne, qui tend uniquement à faire obtenir à la victime la réparation du préjudice causé soit au patrimoine, soit à la personne physique, soit à la personnalité morale (1). Cette différence fonda-

(2) A l'origine ces donations étaient faites avant le mariage, d'où le nom de donation *ante nuptias*. Mais lorsqu'il fut permis de les faire pendant le mariage, on les désigna sous le nom de donation *propter nuptias* (§ 3. Inst., *De donat.*, II, 7).

(3) On applique notamment à la donation *propter nuptias* le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal; on permet à la femme d'obtenir, en cas d'insolvabilité du mari, la restitution anticipée de la donation *propter nuptias*. A raison de ce parallélisme entre les règles de la dot et celles de la donation *propter nuptias*, on comprend pourquoi Justinien lui donne le nom significatif d'*antipherna*, c'est-à-dire pendant de la dot (20. Cod., *De donat. ante nupt.*, V, 3).

177. — (1) C'est dans certains cas seulement que le fait illicite est, à raison de sa gravité, envisagé comme ayant causé un mal d'ordre social, et donne lieu par conséquent à une répression pénale poursuivie au nom de la société contre l'auteur du délit, par les représentants de l'autorité publique. Les délits dans notre droit se distinguent donc en délits du droit civil, et délits du droit criminel. Les premiers ne sont pas

mentale ne peut être comprise qu'en remontant aux origines les plus lointaines du droit pénal.

Les sociétés naissantes ne connurent longtemps d'autre système pénal que la vengeance privée, *vindicta privata*. La personne lésée par un délit en tirait elle-même vengeance; elle se faisait justice, sans recourir à l'autorité publique (V. n° 1). Mais la vengeance toujours aveugle est souvent injuste. De plus, elle perpétue les haines de personne à personne, de famille à famille, elle est pour la société une cause permanente de désordre. Un moment vient où l'autorité publique cherche à réglementer l'exercice de la *vindicta privata*. Elle l'autorise dans certains cas les plus graves, elle l'interdit dans d'autres. Elle favorise en même temps les arrangements ou pactes entre la victime et l'offenseur; elle permet à celui-ci de conjurer la *vindicta* par une rançon, *pœna*, payée à la personne lésée.

Ce système de transition est celui que consacrent les XII Tables. Dans certains cas, la loi décemvirale permet le talion, *talio*, c'est-à-dire le droit d'infliger à l'auteur du délit un mal égal à celui qu'il a causé. C'est donc qu'elle admet encore la vengeance privée. Mais elle indique en même temps le moyen de l'éviter par un accord, *pactum*, conclu avec la victime (2). Dans cet ordre d'idées elle va même plus loin. Elle juge que la vengeance risque parfois d'être trop cruelle, d'être hors de proportion avec le délit. Elle la défend alors, et impose aux parties le recours à la rançon ou composition, *pœna*. Au lieu d'être volontaire, la composition est forcée. L'auteur du délit est obligé de la payer, la victime est tenue de s'en contenter, au lieu de la *vindicta* désormais interdite (3).

Dans cette voie de réaction contre le régime de la vengeance privée, le droit romain ne s'arrêta plus. Le droit au talion fut complètement aboli, et la composition pécuniaire ou *pœna* fut obligatoire dans tous les cas. La personne lésée est donc créancière de cette *pœna*. L'auteur de l'acte délictueux en est le débiteur. Son obligation est née *ex delicto*. Celle-ci peut donc se définir: une obligation imposée par la loi à l'auteur d'un délit comme rançon

nécessairement des délits punis par le droit criminel, de même qu'en sens inverse, il est des délits réprimés par la loi criminelle qui, n'ayant causé aucun dommage aux particuliers, ne donnent pas lieu à des réparations civiles. Aubry et Rau, t. IV, § 443.

(2) G. III, 223; Gell., *Noct. att.*, XX, 1; Festus, v° *Talionis*, définit le talion: *parem vindictam*. V. pour l'emploi du talion et des compositions pécuniaires dans d'autres législations primitives, notamment chez les Hébreux, les Grecs, les Germains, les Scandinaves: Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. I, pp. 122-142; Declareuil, *Rev. hist. de droit*, 1889, pp. 163, 172, 186; Girard, *Manuel élément.*, p. 390.

(3) V. G. III, 223.

de la vengeance privée à laquelle la loi le soustrait (4). La *pœna*, ou *pœna privata*, tient donc la place de la *vindicta privata*. Le délit qui y donne lieu est appelé *delictum privatum*. Ce genre de délit ne doit pas être confondu avec les délits qui ont le caractère d'offenses contre l'État et qu'on nomme délits publics. Dans le *delictum privatum*, en effet, les Romains ne voient qu'un seul intérêt en jeu, celui du particulier que le délit atteint. Aussi, le soin de la répression est-il exclusivement réservé à cette personne. Cette répression consiste en une peine pécuniaire qui enrichit le patrimoine de la victime. On la réclame par une action soumise aux règles de la procédure ordinaire (5). Les délits publics sont considérés comme portant atteinte à la sécurité sociale. La répression peut être poursuivie par tous les citoyens. Elle consiste dans une peine publique qui ne profite en rien à la victime. Une procédure toute spéciale, la procédure criminelle, permet de l'obtenir (6).

Cette notion du délit public devait, en se développant, influencer sur le système de la *pœna privata*. A partir de l'Empire, certains délits privés furent considérés comme délits publics. La victime eut le choix entre deux voies : la voie civile, *civiliter, pecuniariter agere*, tendant à l'obtention de la *pœna privata*, et la voie criminelle, *criminaliter agere*, tendant à faire infliger à l'auteur du délit une peine publique (3. Dig., *De priv. delict.*, XLVII, 1, Ulp.; 92. Dig., *De furt.*, XLVII, 2, Ulp.). Mais cette transformation ne devait pas aboutir à la disparition totale du système des délits privés. Il est encore en vigueur sous Justinien (7).

Caractères généraux de l'obligation ex delicto. — Les obligations qui naissent *ex delicto* se distinguent des obligations conventionnelles à trois points de vue.

1° La *causa* de l'obligation n'est pas tantôt une *res*, tantôt des *verba* ou des *litteræ*. Toujours, elle consiste dans un fait, le délit du débiteur, en sorte qu'on peut dire des obligations *ex delicto* qu'elles

(4) *Pœna est noxæ vindicta*, ainsi s'exprime Ulpien, 131, pr. Dig., *De verb. signific.*, L. 16. Le terme *pœna* paraît d'ailleurs dériver du grec *ποινή*, qui signifie rançon (Bréal et Bailly, *Dictionnaire étymol.*, v° *Pœna*).

(5) On verra plus loin que l'action tendant à obtenir la répression du délit contient souvent, à côté de l'élément pénal, un élément de tout autre ordre, l'élément répersécutoire. L'action est dite alors mixte.

(6) Cette catégorie de délits, appelés *crimina*, forme les délits appartenant au droit criminel.

(7) On retrouve cette évolution dans l'histoire du droit pénal européen moderne. Après les invasions barbares, le système des compositions pécuniaires ou *Wehrgeld* resta en vigueur dans toute l'Europe occidentale et centrale. Puis il est allé en s'affaiblissant dans les nouveaux centres de civilisation en voie de formation pour faire peu à peu place à la notion qu'on se fait maintenant du droit pénal.

se forment toujours *re* (4. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7, Gaius; G. III, 182) (8). Aucune convention, d'ailleurs, n'est intervenue entre le créancier et le débiteur : l'obligation n'est point volontaire, elle est légale (V. n° 117). Mais tout élément intentionnel n'est pas absent de l'obligation délictuelle. Elle suppose pour sa validité la *doli capacitas* de l'auteur du délit. Celui-ci doit avoir l'intelligence assez développée pour comprendre qu'il commet un acte illicite (9).

2° L'objet de l'obligation *ex delicto* est différent de celui de l'obligation conventionnelle. Tandis que dans celle-ci il peut être soit un *dare*, soit un *facere*, ici il ne peut être qu'un *dare*. Et cette dation qui constitue la *pœna*, toujours et invariablement devra être d'une somme d'argent. L'action qui tend à l'obtenir est appelée *pœnalis, quæ pœnam persequitur*. Nécessairement elle appauvrit le débiteur auteur du délit, et elle enrichit d'autant le créancier. L'action qui sert de sanction à l'obligation conventionnelle ne produit pas ce résultat. Car, le plus souvent, le débiteur n'a consenti à s'obliger qu'en vue d'une contre-valeur qu'il a déjà reçue ou qu'il doit recevoir. Quant au créancier, l'action *pœnalis* tend à lui procurer un enrichissement, tandis que dans l'obligation conventionnelle, l'action n'a d'autre effet que de rétablir dans son patrimoine une valeur équivalente à celle qui en était sortie ou qui doit en sortir pour servir de cause à l'obligation du débiteur (10).

Souvent le délit donne lieu aussi à une action tendant au rétablissement du patrimoine, par exemple en cas de vol ou de dommage causé à la propriété d'autrui. Cette action n'a rien de pénal. D'elle on dit : *rem persequitur*. Elle se cumule avec l'action *pœnalis* puisqu'elle poursuit un objet différent. Dans les principes purs du droit romain, l'action pénale qui naît d'un délit est toujours distincte de l'action *quæ rem persequitur* : elle n'a d'autre objet que la *pœna*, elle est dite *mære pœnalis*, de même que l'action *quæ rem persequitur* n'a d'autre objet que la *res*. Mais certaines actions pénales de date plus récente comprennent à la fois la poursuite de la *pœna* et de la *res*. A cause de cela, elles sont appelées mixtes.

(8) A la différence des obligations conventionnelles, les obligations *ex delicto* ne résultent jamais directement d'une omission.

(9) A cet égard, l'obligation délictuelle diffère aussi de l'obligation conventionnelle, car la *doli capacitas* n'attend pas pour naître un développement intellectuel aussi plein que celui qui est exigé pour contracter. On l'a vu pour l'impubère *pubertati proximus* qui peut s'obliger seul *ex delicto* (G. III, 208) (V. n° 58). En outre, certaines personnes qui ne sont pas capables de s'obliger par convention, sont capables de s'obliger *ex delicto*. Tels les esclaves auxquels on reconnaît aussi bien qu'aux personnes libres la *doli capacitas* (V. n° 184).

(10) On doit excepter bien entendu, le cas où l'obligation conventionnelle est contractée *donationis causa*.

3° Enfin, certaines causes d'extinction produisent, en cas d'obligations *ex delicto*, des effets plus pleins qu'en cas d'obligations conventionnelles. Ainsi, la mort du débiteur, qui, en règle générale n'empêche pas la transmission de la dette à ses héritiers lorsqu'il s'agit d'obligations conventionnelles, éteint toujours l'obligation *ex delicto*. La *pœna*, en effet, qui a été substituée à la *vindicta*, ne peut pas plus que cette dernière être poursuivie contre les héritiers. Ceux-ci ne sont pas responsables du délit de leur auteur (11).

Division des obligations ex delicto. — Gaius et d'après lui Justinien énumèrent seulement quatre *delicta privata* : le *furtum*, le *damnum injuria datum*, la *rapina*, l'*injuria* (G. III, 182; pr. Inst., *De obligat. quæ ex delict. nasc.*, IV, 1). Ce sont là, il est vrai, les délits les plus importants, mais ce ne sont pas les seuls. Il existe d'autres faits illicites donnant lieu à une obligation délictuelle, et qui cependant n'avaient pas reçu le nom de délits. Dans ces hypothèses, l'obligation se forme *quasi ex delicto*, et les modernes désignent les faits illicites qui l'engendrent sous le nom de quasi-délits (5, §§ 4, 5, 6. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7, Gaius). Au point de vue des effets, l'obligation née *quasi ex delicto* ne se distingue en aucune façon de l'obligation née *ex delicto*. On peut donc étudier simultanément les délits et quasi-délits, en groupant tous les faits illicites en deux grandes catégories : les uns portant atteinte aux biens, les autres à la personne. Dans la première classe figurent : le *furtum*, le *damnum injuria datum*, et les délits qui, soit qu'ils aient reçu un nom comme la *rapina*, soit qu'ils n'en aient pas reçu comme c'est le cas pour la plupart, sont analogues au *damnum injuria datum* ou au *furtum*. L'*injuria* forme à elle seule la seconde classe.

Délits contre les biens.

1° Du *furtum*.

178. — *Notion du furtum.* — *Répression.* — Telle qu'elle ressort des textes de l'époque classique, la notion du *furtum* com-

(11) De même le simple pacte met fin *ipso jure* à l'obligation née du *furtum* ou de l'*injuria*, alors que l'effet extinctif du simple pacte ne se produit qu'*exceptionis ope* en cas d'obligation conventionnelle. Il y a là un vestige du droit primitif, alors que la *vindicta* se trouvait écartée par le *pactum* des parties. En sens inverse, la *capitis deminutio* qui éteint les obligations conventionnelles, laisse subsister les obligations nées des délits. Elle met fin à la personnalité juridique, mais laisse subsister la personne physique. Or, la vengeance est toujours possible contre le *capite deminutus* et par conséquent la rançon continue à être due par lui.

prend deux éléments constitutifs : l'un concerne le fait matériel, l'autre l'intention de l'agent.

a) L'élément matériel consiste dans le fait de manier une chose, *contractatio rei*, contrairement au droit d'autrui. Cette notion large du *furtum* comprend les faits suivants qui sont autant de variétés du délit : 1° Le *furtum rei*, soustraction de la chose d'autrui (1). 2° Le *furtum usus*, qui a lieu lorsqu'un détenteur de la chose d'autrui en use sans droit ou contrairement à la convention à la suite de laquelle il a reçu la détention. Tel le dépositaire se servant de la chose déposée, le commodataire l'affectant à d'autres usages que ceux prévus par le contrat, le mandataire disposant à son profit des sommes qui lui ont été remises (2). 3° Le *furtum possessionis*, lorsqu'un propriétaire qui n'a plus la possession, l'enlève à celui qui avait le droit de la garder, par exemple, lorsque le débiteur reprend le gage au créancier gagiste avant de l'avoir payé. Ici, par conséquent, la notion large qu'on se faisait du *furtum* conduisait à ce résultat singulier qu'un propriétaire était tenu d'une obligation délictuelle pour avoir pris une chose lui appartenant (G. III, 200) (3).

b) L'élément intentionnel du délit, *affectus furandi*, suppose une *contractatio fraudulosa*, c'est-à-dire que le maniement de la chose doit avoir eu lieu volontairement, en fraude des droits d'un tiers, et cela dans l'intention de réaliser un bénéfice aux dépens de ce tiers, *lucri faciendi gratia* (1, § 3. Dig., *De furt.*, XLVII, 2, Paul).

Répression du furtum. — La loi des XII Tables consacrait ici un système tenant le milieu entre le régime primitif de la *vindicta privata* et celui plus récent des compositions pécuniaires (V. n° 177). Elle distinguait, en effet, deux cas de *furtum* : le *furtum manifestum* et *nec manifestum*, suivant que le voleur était ou non pris sur le fait. Dans le premier cas, la loi autorisait encore la *vindicta* (4).

178. — (1) Telle fut la notion primitive que les Romains se firent du *furtum* (G. III, 195). Mais cette idée étroite devait faire place à une notion plus large admise déjà à l'époque de Massurius Sabinus, sous Tibère (Gell., *Noct. att.*, XI, 18). Notre droit pénal au contraire, comme le très ancien droit romain, définit le vol : la soustraction frauduleuse d'une chose qui ne nous appartient pas (V. art. 379, C. pén.).

(2) V. 29, pr. Dig., *Depositum*, XVI, 3, Paul ; 5, § 8. Dig., *Commodum*, XIII, 6, Ulp. ; 76, pr. Dig., *De furt.*, XLVII, 2, Pomp. ; 22, § 7. Dig., *Mandat.*, XVII, 1, Paul. ; G. III, 196. Toutes ces hypothèses rentrent dans le domaine de ce que nous appelons aujourd'hui l'abus de confiance (V. art. 408, C. pén.).

(3) Ajoutons que le *furtum* exigeant une *contractatio*, ne se conçoit pas à l'égard des choses incorporelles. On exigeait de plus, bien qu'il y eût eu des hésitations à cet égard, qu'il s'agit de choses mobilières (G. II, 51).

(4) Mais elle essayait de réglementer l'usage de la vengeance privée. Ainsi, au cas de

Dans le second cas, elle l'interdisait. Le voleur, en effet, n'étant pas pris sur le fait, le ressentiment de la victime a eu le temps de se calmer, et ne doit plus par conséquent se traduire par des actes de vengeance. La personne volée devra donc se contenter ici d'une *pœna* tarifée légalement au double de la valeur de la chose (G. III, 190) (5). La loi permettait d'ailleurs toute espèce de pacte entre le voleur et la victime, à l'effet de faire remise soit de la *vindicta* soit de la *pœna*.

D'assez bonne heure, on chercha à réagir contre l'aspérité de ce droit, où se retrouve toute la rudesse des âges primitifs. Le système de la *vindicta* fut donc mis de côté. Il fit place dans tous les cas à la *pœna privata*. Ce fut le préteur qui, en cas de *furtum manifestum*, substitua aux peines corporelles la peine pécuniaire du quadruple. Pour le *furtum nec manifestum*, il conserva la peine du double (6). A partir de ce moment et jusqu'à la fin, le régime de la *pœna privata* demeura en vigueur.

Toutefois, on finit par comprendre que, dans certains cas, le vol exigeait une répression plus sévère. La *pœna*, peine pécuniaire, était le plus souvent rendue illusoire par l'insolvabilité du voleur ou son habileté à dissimuler le produit de son vol. On permit à la victime de porter contre l'auteur du vol une accusation, *crimen*, tendant à l'application d'une peine publique, prononcée par le magistrat. C'est ce qui fut admis successivement, surtout à partir de Trajan, pour diverses catégories de vols, considérés à raison des circonstances comme dangereux pour la sécurité publique, par exemple le vol commis dans des bains publics, le vol de bestiaux, les vols nocturnes, les vols à main armée. Enfin on admit la poursuite criminelle contre toute espèce de voleurs.

On eut dès lors le choix entre le *crimen* et la voie civile. Mais le recours à l'un de ces moyens faisait obstacle à ce qu'on se servît de l'autre. A la fin de l'époque classique, la voie civile paraît

vol de nuit ou commis de jour, mais à main armée, elle autorisait le meurtre du voleur, à condition qu'on eût appelé en témoignage les personnes présentes (4, § 1. Dig., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2, Gaius). Si le voleur n'était pas tué, on devait s'adresser au magistrat qui l'attribuait à titre d'esclave, *addicere*, à la victime du délit (G. III, 189).

(5) Cette différence de répression suivant que le vol est ou non manifeste se retrouve dans d'autres législations antiques, dans le droit athénien et dans les anciennes lois suédoises. Elle ne peut évidemment se justifier que par des considérations du genre de celles qui sont indiquées au texte. Elle est en opposition avec le fondement que nous attribuons aujourd'hui à la pénalité. Le fait que l'agent est surpris en flagrant délit n'est pas en effet à nos yeux une circonstance aggravante, pas plus que le fait contraire ne doit être considéré comme une circonstance atténuante.

(6) Toutefois, on continua à autoriser le meurtre du voleur pris sur le fait, mais à condition qu'il se fût défendu à main armée (7 § 1. Dig., *Quod met. caus.*, IV, 2, Ulp.) (V. art. 322, 329, C. pén.).

être délaissée en pratique pour l'action criminelle (92. Dig., *De furt.*, XLVII, 2, Ulp.). Cette tendance devait évidemment persister, tout en s'accroissant, à une époque aussi troublée que celle du Bas-Empire. Toutefois, le système de la *pœna privata* ne disparut pas tout à fait; on le retrouve encore sous Justinien concurremment avec la poursuite par voie criminelle (7).

179. — *Actions données en cas de furtum.* — Le *furtum* donne naissance à une action *pœnalis*, l'*actio furti*. En même temps, la victime du vol peut, à l'occasion du délit, avoir à intenter des actions *quæ rem persequuntur*, pour rentrer en possession de la chose volée. Il faut soigneusement distinguer ces deux groupes d'actions.

1° *Actio furti.* — L'*actio furti* est la sanction de l'obligation qui naît *ex delicto*. Son objet est de faire obtenir une *pœna*, c'est-à-dire une somme d'argent qui est, selon que le *furtum* est ou non *manifestum*, le quadruple ou le double de l'intérêt qu'avait le demandeur à conserver la chose volée (1). Ainsi la valeur, *simplum*, qu'on multiplie par quatre ou par deux, n'est pas simplement la valeur vénale de la chose, *quanti ea res est*, c'est le *id quod interest*, c'est-à-dire tout l'intérêt qu'avait le volé à ne pas perdre la chose (2). Mais à quel moment devait-on se placer pour évaluer ce *id quod interest*, au moment où le délit a été commis, ou bien au moment où l'action est intentée? On admit à cet égard une règle très défavorable au voleur. Considérant le *furtum* comme un délit successif, c'est-à-dire qui, une fois commis se continue jusqu'au jour où le voleur est poursuivi, on autorisait le demandeur à réclamer le maximum de valeur atteint par la chose depuis le jour du vol.

(7) On peut peut-être expliquer cette persistance du système de la *pœna privata* par ce fait que le *furtum* ne comprend pas seulement la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, mais des faits tels que l'abus de confiance et autres, où la répression par voie de peine pécuniaire ne risque pas d'être illusoire, comme c'est le cas pour un voleur ordinaire.

179. — (1) La question de savoir à quelle condition un *furtum* devait être considéré comme *manifestum* avait donné lieu à des doutes. Gaius (G. III, 148) expose les quatre systèmes qui avaient été proposés à ce sujet. On finit par admettre celui d'après lequel il suffisait que le voleur fût pris encore nanti de la chose, avant d'avoir pu arriver à l'endroit où il se proposait de la porter (Paul, *Sent.*, II, 31, § 2; § 3, *Inst.*, *De obligat. quæ ex del.*, IV, 1).

(2) V. 27, pr. Dig., *De furt.*, XLVII, 2, Ulp. L'*id quod interest*, est très souvent supérieur à la valeur vénale. Ainsi, en cas de vol d'un esclave appelé à une hérédité, il comprend outre la valeur de l'esclave, le montant de l'hérédité qu'on devait recueillir par son intermédiaire.

L'action *furti* appartenait à la partie intéressée à ce que le vol n'eût pas lieu, c'est-à-dire en règle générale au propriétaire. Mais elle était donnée aussi quelquefois à un autre, par exemple : au possesseur de bonne foi que le vol empêche de continuer l'usufructuion commencée, à l'usufruitier et à tous ceux, comme le commodatataire, le locataire, qui détiennent la chose en vertu d'un contrat qui les astreint à la garde, *custodia*, et par suite les rend responsables du vol envers le propriétaire. L'action était donnée contre le voleur et ceux qui l'avaient assisté comme complices, *ope consiliove*, et aussi contre les recéleurs; mais non contre les héritiers de ces personnes, car elle est pénale (3).

2° Actions *rei persecutoriæ*. — Pour reprendre la chose, on donne à la victime du vol des actions *quæ rem persequuntur*. Ce sont l'action en revendication, l'action *ad exhibendum*, la *condictio furtiva*. Ces actions ayant un tout autre objet que l'action *furti* se cumulent avec cette dernière (7, § 1. Dig., *De cond. furt.*, XIII, 1, Ulp.) (V. n° 177), mais elles ne se cumulent pas entre elles, car elles tendent toutes au même but, la restitution de la chose. Or, l'équité ne permet pas qu'on puisse obtenir deux fois cette restitution. Entre elles ces trois actions ne font pas double emploi. Chacune a sa fonction propre et son utilité distincte. L'action en revendication est donnée au propriétaire par application du droit commun, car si le vol l'a dépossédé, il n'a pu le dépouiller de son droit de propriété. Il en est de même de l'action *ad exhibendum* qui sert de préliminaire à l'action en revendication (V. n° 185). Mais à la différence de ces deux actions, la *condictio furtiva* est une action créée spécialement pour le cas de vol, *odio furum quo magis pluribus actionibus teneantur* (G. IV, 4).

La *condictio furtiva* n'appartient qu'au propriétaire. Il l'intente contre le voleur pour lui reprendre la chose volée qu'il détient sans cause et qu'il ne saurait conserver sans s'enrichir injustement au détriment d'autrui. La *condictio furtiva* est donc une variété de la *condictio sine causa* (V. n° 187), et par conséquent une action où le voleur est tenu comme débiteur de la restitution et, de plus, comme étant en demeure, *in mora*, d'opérer cette restitution depuis le jour même du vol. De là trois conséquences

(3) Il y a certains cas, où à raison des relations qui unissent la victime du vol au voleur, celui-ci échappe à l'*actio furti*. C'est ainsi que le *pater* ne peut intenter cette action contre l'enfant de famille ou l'esclave, puisqu'il a sur ces personnes un pouvoir domestique qui lui permet de les punir (17, pr. Dig., *De furt.*, XLVII, 2, Ulp.). Il en est de même au cas de vol commis par le client, l'affranchi au préjudice du patron, par la femme au préjudice du mari ou réciproquement (89. Dig., *De furt.*, XLVII, 2, Paul; 1, 2. Dig., *De act. rer. amot.*, XXV, 2, Paul, Gaius) (V. art. 380, C. pén.).

importantes qui font ressortir l'utilité de la *condictio furtiva* en présence des deux autres actions *quæ rem persequuntur*.

1° Par la *condictio furtiva* on obtient une condamnation pécuniaire dont le montant, exactement identique au *simplum* de l'action *furti*, est égal à la plus haute valeur atteinte par la chose depuis le *furtum*. Il importe peu que cette plus-value ait disparu depuis par l'effet d'un cas fortuit; le voleur étant *in mora* par le fait même du vol, reste tenu des cas fortuits, tandis que, poursuivi par les actions en revendication ou *ad exhibendum*, il n'est responsable que des diminutions de valeur provenant de son dol ou de sa faute (8, § 1. Dig., *De cond. furt.*, XIII, 1, Ulp.).

2° Si la chose volée périt par cas fortuit, le voleur est néanmoins tenu de la *condictio furtiva*, car le débiteur *in mora* n'est pas libéré par le cas fortuit (20. Dig., *De cond. furt.*, XIII, 1, Tryph.). En pareil cas, la revendication et l'action *ad exhibendum* seraient impossibles.

3° La *condictio furtiva* étant une action personnelle, est donnée contre les héritiers du voleur, alors même qu'ils ne détiennent pas la chose volée, car ils succèdent à l'obligation de leur auteur (7, § 2. Dig., *De cond. furt.*, XIII, 1, Ulp.). Contre ces mêmes personnes, les actions en revendication ou *ad exhibendum* ne peuvent être intentées avec succès qu'autant qu'elles ont la détention de la chose volée.

En résumé, on voit par cette rapide comparaison que, de toutes les actions *quæ rem persequuntur*, la *condictio furtiva* était la plus avantageuse, la seule, en effet, à laquelle on pût avoir recours lorsque la chose avait péri, celle qu'on devait tenter de préférence lorsque la chose avait diminué de valeur depuis le jour du vol.

2° Du *damnum injuria datum*.

180. — *Notion du délit appelé damnum injuria datum ou délit de la loi Aquilia.* — Le délit de *furtum* n'est pas le seul délit contre les biens. Sont réprimés également les dommages causés sans droit à la propriété d'autrui, *damnum injuria datum*, soit par dol, soit par simple faute, sans l'intention de réaliser un bénéfice au détriment du propriétaire. En pareil cas, notre droit moderne met à la disposition de la personne lésée une action civile tendant à la réparation du préjudice causé (V. art. 1382, C. civ.) (1). Les

180. — (1) En même temps, comme ces atteintes à la propriété portent atteinte aux intérêts de la société tout entière, le droit pénal prononce, dans un grand nombre de cas, des peines contre l'auteur du fait dommageable (V. art. 434 et suiv., C. pén.).

Romains ne posèrent jamais en cette matière un principe d'une portée aussi large et d'une application aussi simple.

On sait que, dans certains cas de dommages causés à la propriété, notamment à la propriété rurale, la loi des XII Tables permettait soit l'emploi de la *vindicta*, soit l'exercice d'une action pénale ou d'une action réipersécutoire⁽²⁾. Il est non moins certain, que des lois postérieures, dont le nom ne nous est pas parvenu, avaient admis dans certaines hypothèses spéciales, une action réipersécutoire en réparation du *damnum*. Mais toutes leurs dispositions, ainsi que celles de la loi des XII Tables, furent abrogées sous la République par une loi, la *lex Aquilia*, qui réglementa à nouveau et d'une façon générale toute la matière des dommages causés à la propriété d'autrui (1, pr. Dig., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2, Ulp.)⁽³⁾.

Les faits délictueux qui tombent sous le coup de la loi *Aquilia* supposent la réunion de deux éléments essentiels : l'un, intentionnel, *culpa*, c'est-à-dire une faute quelque légère qu'elle soit, et dont l'appréciation est nécessairement une question de fait ; l'autre, matériel, qui consiste dans un fait de dommage. La loi et la pratique avaient déterminé les caractères que devait présenter le fait dommageable pour donner lieu à l'action établie au profit de la personne lésée, *actio legis Aquiliæ*. Il fallait : 1° que le dommage consistât dans certains faits prévus par la loi ; 2° qu'il résultât d'un fait positif émanant de la personne poursuivie ; 3° qu'il fût *corpore corpori datum* ; 4° qu'il eût été causé sans droit, *injuria*.

1° Les faits dommageables réprimés par la loi *Aquilia* avaient été classés par elle sous trois chefs ou *capita* distincts. Le premier concernait le cas de meurtre d'un esclave ou de mort donnée à un animal quadrupède faisant partie de la catégorie des *pecudes*, c'est-à-dire paissant en troupeaux sous la conduite de l'homme (G. III, 210 ; 2, pr., Dig., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2, Gaius). Le second chef avait trait à un dommage d'ordre tout à fait différent, celui qu'un *adstipulator*, mandataire du créancier principal causait au créancier en consentant une acceptilation en fraude des droits de ce dernier (G. III, 215) (V. n° 217). Ce second chef tomba en désuétude

(2) C'est ainsi que, dans le cas d'incendie d'une maison ou de céréales accumulées près d'une maison, l'auteur de l'incendie encourait la flagellation suivie de la peine du feu, c'est-à-dire la peine du talion. Mais s'il y avait seulement négligence, il n'était tenu que de réparer le dommage, *noxiam sarcire* (9. Dig., *De incend.*, XLVII, 9, Gaius). Une action pénale était aussi donnée contre celui qui, clandestinement, coupait des arbres sur le terrain d'autrui, *actio arborum furtim cæsarum*.

(3) Cette loi est un plébiscite voté sur la proposition d'un tribun nommé Aquilius (1, § 1. Dig., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2, Ulp.).

assez rapidement avec l'*adstipulatio* elle-même. Enfin, le troisième chef, d'une application plus générale que les précédents, s'occupait de tout dommage matériel qui ne rentrait pas dans leurs prévisions, *de omni cetero damno* (G. III, 217) et par conséquent de tout dommage atteignant un esclave ou un *pecus* sans entraîner la mort, de tout dommage causé à un animal autre que les *pecora*, de tout acte ayant pour effet de détruire ou de dégrader une chose inanimée, mobilière ou immobilière.

2° Le dommage devait résulter d'un fait positif, c'est-à-dire d'un acte de commission. Une simple omission, quelque préjudiciables qu'eussent été ses suites, ne tombait pas sous le coup de la loi (4).

3° Il était nécessaire que le dommage fût causé à une chose matérielle, *corpori*, par le fait même du délinquant, se mettant en contact matériel avec la chose endommagée, *corpore datum*. Ainsi, la personne qui administre elle-même un toxique est tenue en vertu de la loi, tandis qu'elle échappe à son application si elle prépare seulement le poison et le laisse prendre par le malade (G. III, 219).

4° Enfin le dommage devait avoir été causé sans droit, *injuria*, et par conséquent il n'y avait pas lieu d'appliquer la loi à celui qui ne faisait qu'user de son droit lorsqu'il endommageait ou détruisait la chose d'autrui, par exemple, lorsqu'étant attaqué par un esclave on venait à le tuer en se défendant.

181. — Répression du délit de la loi Aquilia. — *Actio legis Aquiliæ et actions données par extension de cette dernière.*

I. *Actio legis Aquiliæ.* — L'action qui était donnée à la victime du délit, *actio legis Aquiliæ*, n'était pas comme l'action *furti* une action pénale pure. Elle tendait avant tout à la réparation du préjudice causé et par suite était réipersécutoire. Toutefois, elle était, on va le voir, mélangée d'un certain élément *pœnalis* en sorte qu'en définitive elle fait partie des actions mixtes (§ 19. Inst., *De act.*, IV, 6) (1).

Elle est réipersécutoire, car elle tend à obtenir une somme égale

(4) Cela s'explique parfaitement, étant donné qu'en principe nul n'est obligé d'agir pour autrui et de répondre par conséquent de son abstention ou de sa négligence (V. n° 177, note 8).

181. — (1) Le caractère mixte de l'action est, aux yeux de certains interprètes, une preuve manifeste de la date relativement récente de la loi *Aquila*, le droit ancien ne reconnaissant que des actions pénales pures. Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. IV, p. 26.

à la valeur du dommage. Cette valeur était appréciée comme dans l'*actio furti*, en tenant compte de l'intérêt qu'avait le demandeur à ce que le délit n'eût pas eu lieu, *id quod interest* (21, § 2. Dig., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2, Ulp.) (2). Ici aussi pour évaluer le montant du dommage, on se place à une époque antérieure à l'action. On a droit en effet à la plus haute valeur atteinte par la chose au cours de l'année ou des trente jours qui avaient précédé le délit, selon qu'il s'agissait du premier ou du troisième chef (G. III, 214, 218). L'action de la loi *Aquilia* permet donc, le cas échéant, de réclamer une somme supérieure au montant du préjudice réellement causé, et, à ce point de vue, elle est *pœnalis*. Mais la *pœna* est éventuelle, puisqu'elle n'est pas encourue lorsque la valeur de la chose n'a pas varié. D'autre part, l'action de la loi *Aquilia* faisait partie de la catégorie des actions *quæ crescunt in duplum* en cas d'*infitiatio* du défendeur (2, § 1. Dig., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2, Gaius; G. IV, 9). A cet égard l'action est donc pénale éventuellement et à ce nouveau point de vue elle est *mixta*.

II. *Actions données par extension de l'action legis Aquiliæ.* — La loi *Aquilia* malgré sa portée générale ne consacrait pas ce grand principe d'équité en vertu duquel l'homme est tenu de réparer tout dommage causé à autrui par sa faute. Elle était insuffisante en effet, à un triple point de vue, et ses imperfections ne disparurent que sous l'influence de la jurisprudence prétorienne. Grâce aux actions fictives et *in factum*, le préteur arriva à étendre le champ d'application de la loi, jusque-là relativement restreint.

1° Faite pour les citoyens seuls, la loi *Aquilia* ne s'appliquait pas au cas où le dommage avait été causé à un pérégrin ou par un pérégrin. Une fiction introduite dans la formule, permit d'étendre *utilitatis causa* l'action *legis Aquiliæ* à cette hypothèse (G. IV, 37) (3).

2° Au point de vue des personnes la loi *Aquilia* était encore incomplète, car elle ne donnait le droit d'agir qu'au propriétaire, *herus*. Mais une action utile fut donnée, soit sous la forme fictive, soit sous la forme *in factum*, à ceux qui sans être propriétaires, auraient du moins un droit réel sur la chose endommagée (17, § 3. Dig., *De usufr.*, VII, 1, Ulp.).

(2) Ainsi, lorsqu'un esclave appelé à recueillir une hérédité est tué avant d'avoir pu faire adition, le maître pourra réclamer, indépendamment de la valeur de l'esclave, tout ce que sa mort prématurée lui fait perdre, c'est-à-dire le montant de l'hérédité qu'il aurait recueillie par son intermédiaire.

(3) Il en était de même du *furtum*, et on y remédia par le procédé de l'action fictive (G. IV, 37) (V. n° 278).

3° Pour ce qui est des actes dommageables, on s'attachait très étroitement au caractère matériel du *damnum* et on exigeait qu'il fût *corpore datum*. La pratique prétorienne sut se départir de cette rigueur. Elle donna l'action *in factum* alors même que le *damnum* n'aurait pas été *corpore datum*, par exemple si on avait mis un breuvage empoisonné à la disposition d'un esclave, sans l'administrer de ses propres mains (9, pr. Dig., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2, Ulp.; G. III, 219) (4).

L'action *in factum* donnée dans les divers cas qui précèdent n'est pas autre chose qu'une extension de l'action ordinaire ou directe de la loi *Aquila*. Elle est, comme disent les textes, accordée *ad exemplum legis Aquiliæ, accommodata legi Aquiliæ* (11. Dig., *De prescr. verb.*, XIX, 5, Pomp.). Elle suit donc les règles de l'action directe, et donne droit par conséquent à une condamnation évaluée d'après les principes énoncés ci-dessus, et croissant au double en cas d'*infinitio*.

La jurisprudence prétorienne est-elle allée plus loin et a-t-elle, comme on l'a prétendu, accordé l'action *in factum ad exemplum legis Aquiliæ*, au cas où le *damnum* n'aurait pas été *corpore datum*? On ne saurait l'admettre. Accorder en effet l'action dans cette hypothèse c'eût été plus qu'étendre les dispositions de la loi, c'eût été se mettre en opposition avec l'esprit qui l'avait dictée. Ce que la loi avait eu en vue, en effet, c'était le dommage consistant dans une *ruptio*, c'est-à-dire l'altération, la dégradation ou destruction d'une chose matérielle (5). Dès que le fait ne peut être considéré comme un *rumpere*, il reste en dehors des prévisions de la loi. La seule ressource était l'action *de dolo*. Mais le demandeur devait fournir la preuve du dol et échouait par conséquent contre celui qui n'avait à se reprocher qu'une simple faute. Aussi, le préteur finit-il par donner ici une action *in factum*, subsidiaire de l'action *de dolo*, et permettant d'obtenir la réparation du préjudice causé sans qu'on eût à faire la preuve du dol du défendeur (33, § 1. Dig., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2, Paul). Il faut se garder de confondre cette action avec l'action *in factum ad exemplum legis Aquiliæ*. A la différence de cette dernière et semblable en ceci à l'action *de dolo*,

(4) Si un homme libre veut agir à raison des blessures qui lui ont été faites, l'action directe est impossible, car elle n'est donnée que pour ce qui est dans le patrimoine. Mais on finit par donner ici l'*actio in factum ad exemplum legis Aquiliæ* (13, pr. Dig., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2, Ulp.).

(5) V, 27, § 17. Dig., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2, Ulp.). Citons comme *damnum* sans *ruptio* le cas où poussé par la pitié, on délivre un esclave enchaîné, ce qui lui permet de s'enfuir, et celui où par mégarde on a heurté quelqu'un et fait tomber l'argent qu'il tenait et qui lui a été dérobé (G. III, 202; § 16. Inst., *De leg. Aquil.*, IV, 3).

elle est annale; elle ne permet d'obtenir que le montant exact du préjudice causé et non le maximum de la valeur de la chose, et elle n'expose pas le défendeur à la peine de l'*infittatio* (6). Cette action *in factum* se rattache néanmoins à l'action *legis Aquiliæ* (directe ou *in factum*). Avec elle, elle forme un ensemble complet de moyens légaux permettant d'obtenir réparation de tout préjudice causé par le fait d'autrui (V. art. 1382, C. civ.).

3° Délits analogues au *Damnum* ou au *Furtum*.

182. — I. *Délits analogues au Damnum*. — L'action *in factum* subsidiaire de l'action de dol remédiait heureusement à l'insuffisance des dispositions de la loi *Aquilia* et de la jurisprudence qui la complétait. Mais ce n'est qu'une création assez récente du préteur. Avant que cette action générale ne fût admise par la pratique, il avait été nécessaire, pour certains cas de dommages ne rentrant pas dans les prévisions de la loi, de donner action à la personne lésée. Ces diverses hypothèses forment autant de délits distincts, qui sont tous plus ou moins analogues au *damnum injuria datum*. Tel est le cas prévu par les XII Tables, où on a coupé clandestinement, *furtim*, des arbres sur le terrain d'autrui. La loi donnait alors une action au double, *actio arborum furtim cæsarum* (G. IV, 11; 1. Dig., *Arb. furt.*, XLVII, 7, Paul.) (1). Mais ce fut surtout le préteur qui remédiant ici comme ailleurs à l'insuffisance du droit civil, organisa la répression des faits délictueux constituant des dommages à la propriété. Ces faits n'ayant pas été traités comme délits par le droit civil, n'engendrent pas d'obligations *ex delicto*, mais comme ils sont analogues à un délit, ils donnent naissance à des obligations *quasi ex delicto*. Aussi n'ont-ils pas, en général, de *nomina* techniques comme le *furtum*, le *damnum*. On les distingue par les noms des actions prétoriennes *in factum* auxquelles ils donnent lieu. Les principales sont les suivantes :

1° L'*actio de effusis et dejectis* donnée contre la personne qui habite un appartement d'où quelque chose a été jeté sur la voie publique et a causé un dommage, sans qu'on ait à rechercher si

(6) Mais cette opinion n'est pas unanimement acceptée. Certains interprètes prétendent que l'action *in factum* donnée au cas où il n'y a pas *corpus læsum* serait l'action *in factum ad exemplum legis Aquiliæ*. V. Accarias, t. II, n° 684 et la note.

182. — (1) Cette action ne fut pas abrogée par la loi *Aquilia*, bien que le délit qu'elle réprimait rentrât dans les prévisions du troisième chef de cette loi (V. n° 180, note 2).

l'habitant est ou non l'auteur du dommage (1, pr. Dig., *De his qui effud.*, IX, 3, Ulp.).

2° L'*actio de positis et suspensis*, donnée contre celui qui habite un appartement à l'extérieur duquel étaient suspendus des objets qui pouvaient tomber sur la voie publique (§, § 6. Dig., *De his qui effud.*, IX, 3, Ulp.).

3° L'*actio de dolo* donnée contre l'auteur d'agissements frauduleux qui constituent le délit de dol (2). Elle tendait à indemniser la victime du dol en rétablissant son patrimoine dans son état primitif, et par conséquent, bien que naissant d'un délit, elle est *reipersecutoria* (3). Elle entraînait l'infamie contre le défendeur condamné et c'est à cause de ce résultat qu'elle était subsidiaire, c'est-à-dire n'était accordée par le préteur qu'en l'absence de toute autre voie de droit permettant d'obtenir réparation du préjudice (1, § 1. Dig., *De dol. mal.*, IV, 3, Ulp.). Très souvent, au lieu de l'action *de dolo*, le préteur donnait à la partie qui avait éprouvé un préjudice une action *in factum*, qui se distinguait de l'action *de dolo* en ce qu'elle n'exigeait pas la preuve du dol et n'entraînait pas l'infamie. On en a vu une application dans le cas d'un dommage échappant à la loi *Aquiliana*, comme n'ayant pas été *corpori datum* (V. n° 181) (4).

4° L'action *quod metus causa* donnée à la victime de la violence soit contre l'auteur de la violence, soit contre celui qui en a profité (5). Elle permettait d'obtenir le quadruple du préjudice *intra annum*, le simple *post annum*, et par conséquent avait *intra annum* le caractère d'action mixte.

II. *Délits identiques au furtum et au damnum, mais donnant lieu à des actions spéciales.* — Ces délits, bien que présentant tous les caractères constitutifs du *damnum* ou du *furtum*, donnent lieu, à raison des circonstances particulières où ils ont été commis, à des actions spéciales autres que les actions *legis Aquiliæ* ou *furti*.

(2) On a déjà parlé de l'action *de dolo* à propos des conditions requises pour la validité des conventions, et montré qu'elle est d'un emploi général contre tous les actes surpris par dol (V. n° 121).

(3) Par certains de ses caractères; l'action *de dolo* se rapproche des actions pénales. C'est ainsi qu'elle n'est pas donnée contre les héritiers de l'auteur du dol, si ce n'est pour leur enlever le profit qu'ils ont pu retirer du dol, et que, conformément à la règle admise pour toutes les actions prétorienne pénales, elle s'éteint par l'expiration d'une année (26. Dig., *De dol. mal.*, IV, 3, Gaius; 35, pr. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV 7). Ainsi le dol est un délit qui ne donne pas lieu à une *pœna*.

(4) Elle est également donnée au lieu de l'action *de dolo* que le préteur refuse au descendant ou à l'affranchi, contre son ascendant ou son patron (11, § 1, Dig., *De dol. mal.*, IV, 3, Ulp.); et elle remplace au bout de l'année utile l'action *de dolo* contre l'auteur du dol.

(5) Voir ce que nous avons déjà dit de la violence et de l'action *quod metus causa*, n° 121.

C'est encore à l'édit prétorien qu'est due la création de ces actions *ex delicto* qui sont, comme toutes celles dont nous venons de parler, rédigées *in factum*.

La plus connue est l'action *vi bonorum raptorum* pour la répression du délit de *rapina*. Ce délit est un vol, mais commis avec violence en bande et en armes, *hominibus armatis coactisque* (6). Cette circonstance le rend plus grave que le *furtum* ordinaire. Aussi l'action est-elle au quadruple, et cela alors même que le vol n'a pas le caractère d'un *furtum manifestum*. Mais ce quadruple ne pouvait être réclamé qu'*intra annum*; passé ce délai, l'action n'était plus donnée qu'au simple (7). Cette action était, semble-t-il, purement pénale et se cumulait avec les actions réipersécutoires données à l'occasion du vol. A l'époque impériale, une transformation s'opéra dans ses conditions d'exercice. On n'exigea plus que le délit eût été commis à main armée ou à la faveur d'un attroupement. Il suffit qu'il y eût eu violence, même commise par une seule personne. D'autre part, on attribua à l'action le caractère mixte : pénale pour le triple, elle était réipersécutoire pour le simple (8).

L'édit qui avait organisé la répression de la *rapina* prévoyait également le cas où un dommage avait été causé en bande ou en armes aux propriétés privées et il donnait contre l'auteur l'action *in factum*, au quadruple *intra annum*, au simple *post annum*, plus rigoureuse, par conséquent, dans le premier cas que l'action *legis Aquiliæ* (2, pr., § 10. Dig., *Vi bonor. rapt.*, XLVII, 8, Ulp.) (9).

Délits contre la personne, *injuria*.

183. — *Notion de l'injuria. — Divers modes de répression successivement admis pour le délit d'injuria.* — L'*injuria* qui, dans le sens étymologique, signifie tout acte contraire au droit,

(6) Ce fut un préteur du nom de Lucullus qui introduisit cette action dans le dernier siècle de la République. Cicéron, *Pro Tullio*; 2, pr. Dig., *Vi bonor. rapt.*, XLVII, 8, Ulp.

(7) Le *raptor* est traité comme un *fur improbius* (2, § 10. Dig., *Vi bonor. rapt.*, XLVII, 8, Ulp.). Mais l'aggravation de répression à raison de la violence consistait simplement à traiter le voleur non manifeste comme un *fur manifestus*.

(8) De la sorte, l'action perdait tout caractère pénal *post annum*, et elle devenait une véritable superfétation en présence des autres actions réipersécutoires.

(9) Mentionnons aussi l'action *de incendio, ruina, naufragio*, donnée contre celui qui profite du désordre causé par un incendie, écroulement, naufrage, pour dérober, détruire une chose ou causer un dommage quelconque par dol (1, pr. Dig., *De incendio*, XLVII, 9, Ulp.).

désigne ici toute atteinte portée à la dignité d'une personne libre (*contumelia*). Ce délit contre la personne, déjà réprimé par les XII Tables, fut ensuite l'objet des dispositions de l'Édit prétorien, plus tard, enfin, une loi *Cornelia* vint punir certaines injures d'une nature spéciale.

1° *Loi des XII Tables*. — La législation décemvirale concernant l'injure consacrait, comme en cas de *furtum*, un système de transition entre le régime de la *vindicta* et celui des compositions pécuniaires. Elle prévoyait l'injure par paroles, *occantatio*, *carmen famosum*, et prononçait une peine dont on ne connaît pas la nature, mais qui avait certainement pour effet d'entraîner la perte du *status libertatis* (1). Elle réprimait également les attaques atteignant l'homme libre dans sa personne physique. Trois cas étaient prévus : le *membrum ruptum* où la peine était le talion, sauf accord, *pactum*, entre l'auteur du délit et la victime ; l'*os fractum* où le talion était interdit et remplacé par une *pœna* pécuniaire (de 300 as pour un homme libre, de 150 as pour un esclave) ; le cas enfin où il s'agissait de toute autre espèce d'injure et où la loi n'autorisait que la réclamation d'une *pœna* dont le chiffre était fixé uniformément à 25 as (G. III, 223 ; *Collat. leg. mos.*, t. II, ch. 5, § 5).

2° *Édit prétorien*. — Ces dispositions péchaient par une excessive sévérité, par exemple, lorsqu'elles autorisaient l'emploi du talion, pour le cas de *membrum ruptum*. En sens inverse, elles étaient trop peu rigoureuses, lorsqu'elles se contentaient d'une *pœna* uniforme de 25 as, pour une injure quelconque autre que le *membrum ruptum* ou l'*os fractum*. La détermination faite à l'avance du montant de la composition pécuniaire n'avait pas ici la même raison d'être que pour le *furtum*, où elle peut être facilement calculée d'après la valeur même de la chose. En cas d'*injuria*, cette base d'appréciation fait défaut. Car, la dignité de la personne, son honneur, et son corps lui-même étant inestimables en argent, la *pœna* ne peut être l'objet d'une tarification légale (2).

Ces raisons, d'autres encore, devaient amener à une transformation de la loi. Le préteur interprète des idées nouvelles, substitua aux pénalités anciennes un régime répressif conforme aux mœurs. Opérant la même réforme que pour le *furtum manifestum*, il in-

183. — (1) Cicéron, *De republ.*, IV, 10 ; *Festus*, v° *Occantassint*. C'était, on le voit, la peine du talion. L'auteur de l'injure ayant voulu déshonorer quelqu'un aux yeux de ses concitoyens, était puni d'une façon équivalente par la perte du *status*.

(2) Aulu-Gelle (*Noct. att.*, XX, 1) raconte, d'après Labéon, l'histoire d'un certain L. Veratius qui, suivi d'un esclave, souffletait les passants et leur faisait compter sur-le-champ les 25 as dus légalement. Volontaire ou non, cette critique de la loi des XII Tables était décisive.

terdit l'emploi de la *vindicta* et obligea la victime de l'injure à se contenter d'une peine pécuniaire estimée par le juge, et qui était poursuivie par l'action *injuriarum æstimatoria* (G. III, 224) (3). Cette action était purement pénale et entraînait l'infamie contre le défendeur condamné. La mort de l'offensé survenue avant qu'il n'eût agi mettait fin à l'action, car il était présumé y avoir renoncé (G. IV, 112). C'est également en vertu d'une présomption de renonciation que l'action était éteinte, lorsqu'elle n'avait pas été exercée dans le délai d'un an.

3° *Loi Cornelia*. — La loi Cornelia qui date de Sylla prévoyait l'injure consistant dans le fait de *pulsare, verberare, domum introire*, et une jurisprudence postérieure étendit ses dispositions à toute injure par voie de fait (5, pr. Dig., *De injur.*, XLVII, 10, Ulp.). De même que dans l'Édit, l'action donnée par la loi est pénale pure et *æstimatoria*, le juge étant autorisé à fixer le montant de la *pœna* (37, § 1. Dig., *De injur.*, XLVII, 10, Marcian.). Outre cette action pécuniaire, la loi établissait une poursuite criminelle contre le délinquant.

4° *Dernier état du droit*. — Cette dernière disposition ne devait pas rester sans influence sur le mode de répression de l'*injuria*. Dans un nombre de plus en plus grand de cas, on admit la poursuite par voie de *crimen*, en sorte qu'à la fin de l'époque classique, la personne injuriée a toujours le choix entre l'action *æstimatoria* du préteur ou de la loi Cornelia, *privatum judicium*, et l'action criminelle, *publicum judicium*. Mais son choix une fois fait est irrévocable (6 ; 45. Dig., *De injur.*, XLVII, 10, Paul, Hermogen ; § 10. Inst., *De injur.*, IV, 4). Déjà à l'occasion du *furtum*, on a pu constater une transformation analogue (V. n° 178).

APPENDICE A LA THÉORIE DES DÉLITS

184. — *Délits commis par les esclaves et les enfants de famille, et dommages causés par les animaux. — Actions noxales, et action de pauperie.* — A l'étude des obligations délictuelles se rattache la question de savoir quels effets produit, au regard du maître, du *pater*, ou du propriétaire, le délit commis par un esclave ou un enfant de famille, ainsi que le dommage causé par un animal.

(3) Dans le cas d'*injuria atrox*, le chiffre de la *pœna* était fixé par le magistrat ; dans celui d'*injuria* simple, le demandeur le fixait lui-même. Mais dans l'une et l'autre hypothèse, le juge pouvait réduire ce chiffre (G. III, 224).

1° *Délits commis par les esclaves.* — L'esclave, s'il ne s'oblige pas par ses contrats, s'oblige valablement par ses délits (V. nos 122, 177). Mais il est impossible de poursuivre contre lui le paiement de la *pœna*, tant qu'il est soumis à la puissance du maître. L'esclave en effet n'a pas de patrimoine. D'autre part, l'exercice de la *vindicta* vient se heurter semble-t-il, à l'obstacle insurmontable du droit de propriété du maître sur la personne physique de l'esclave. Néanmoins, la loi des XII Tables n'avait pas hésité à sacrifier le droit de puissance du maître. Elle permettait à la personne lésée de réclamer l'abandon de l'esclave, *noxam dare, noxæ deditio* (1).

Cette *noxæ deditio* avait lieu par voie de mancipation. L'esclave devenait donc la propriété de la victime du délit qui pouvait assouvir sur lui sa vengeance. Mais la loi permettait au propriétaire d'échapper à la nécessité de faire l'abandon, en payant soit la composition pécuniaire que l'esclave eût dû payer lui-même, s'il eût été libre, à l'effet d'éviter la *vindicta*, soit le montant du préjudice lorsqu'il n'y avait pas lieu à composition. Toutes les lois postérieures qui créèrent de nouvelles obligations *ex delicto*, par exemple la loi *Aquiliana*, visèrent expressément le cas où le délit serait causé par un esclave, et donnèrent à la personne lésée le droit d'agir contre le maître à l'effet d'obtenir l'abandon noxal. Le préteur fit de même lorsque dans son Édît, il reconnut de nouveaux cas de délits ou lorsqu'il modifia le mode de répression des délits déjà existants, comme en cas d'*injuria*. Désormais, dans tous les cas où un délit avait été commis par un esclave, *insciente domino*, l'action *ex delicto*, fut donnée contre le maître, sous la forme noxale (G. IV, 76, 75). Elle porte alors le nom d'*actio noxalis*.

Par les explications qui précèdent, on voit que l'action *ex delicto*, quand elle est donnée *noxaliter*, tend principalement à obtenir l'abandon de l'esclave, sauf pour le maître la faculté de se libérer de cette obligation en payant une indemnité à la victime (2). Ce n'est donc pas le maître qui est tenu à raison du délit, mais l'esclave lui-même (3). C'est contre ce dernier en réalité qu'est dirigée l'action

184. — (1) *Noxa, noxia* qui signifie le dommage causé par le délit et par extension le délit lui-même (1, pr. Dig., *Si quadr.*, IX, 1, Ulp. ; 238, § 3. Dig., *De verb. signif.*, L. 16, Gaius), désigne aussi la personne ou l'animal qui a commis le délit ou le dommage, et de là l'expression *noxæ deditio*.

(2) La formule de l'action exprimait cette faculté de la façon suivante : *aut noxiam sarcire* (réparer le dommage) *aut in noxam dedere* (faire l'abandon noxal) (1, § 11. Dig., *Si quadrup.*, IX, 1, Ulp.). D'après Gaius (IV, 75), l'obligation du maître est de : *aut litis æstimationem sufferre aut noxæ dedere*.

(3) Les Romains n'ont jamais en effet admis à l'égard du *dominus* le principe de notre droit français consacrant la responsabilité civile du maître, à raison des faits de dommage causés par les domestiques (V. art. 1384, C. civ.).

ex delicto, de façon à permettre l'exercice de la *vindicta*, et c'est seulement parce que le maître détient le *corpus* de l'esclave qu'il est tenu de l'abandonner au ressentiment de la personne lésée (4).

Cette notion du fondement de l'action noxale peut seule donner l'explication des solutions suivantes impossibles à justifier autrement. 1° L'action est donnée contre celui qui détient l'esclave *animus domini* au moment où elle est intentée, et non contre la personne qui avait la puissance au jour où le délit a été commis, ce qui prouve bien que cette personne n'est pas responsable des délits de l'esclave. On ne sait donc pas à l'avance contre qui l'action pourra être intentée. Elle s'attache à l'esclave, et le suit entre les mains de tous ses possesseurs successifs, *noxalis actio caput sequitur*. 2° Si un homme libre devient esclave après avoir commis un délit, son maître sera tenu de l'action noxale. Pourtant il n'est pas responsable du délit commis alors qu'il n'avait pas encore l'esclave en sa possession. 3° Si l'esclave qui a commis le délit vient à être affranchi, il n'y a pas d'action noxale contre le maître : c'est désormais l'affranchi lui-même qui sera tenu de l'action née du délit. 4° Enfin si l'esclave meurt avant que l'action ne soit intentée, le maître cesse d'être tenu, car la *noxæ deditio* qui forme l'objet principal de son obligation est devenu impossible (G. IV, 77 ; 39, § 4. Dig., *De nox. act.*, IX, 4, Julian.).

2° *Délits commis par les enfants de famille*. — Les délits des enfants de famille donnaient également lieu à l'action noxale contre le *pater*. L'effet de la *noxæ deditio* était de faire tomber l'enfant de famille dans le *mancipium* du demandeur. Mais cette application de l'action noxale qui existait encore à l'époque classique, tendit à disparaître à raison des conséquences inhumaines qu'elle entraînait. Justinien sanctionna cette transformation en supprimant ici l'action noxale (G. IV, 75 ; § 7. Inst., *De nox. act.*, IV, 8) (V. nos 36, 53).

3° *Dommmages causés par les animaux et action de pauperie*. — Le dommage causé par un animal n'est pas l'œuvre d'un être responsable. Il ne constitue pas un délit, mais simplement un *damnum sine injuria datum*, appelé *pauperies* (1, § 3. Dig., *Si quadrup.*, IX, 1, Ulp.). La loi des XII Tables donnait à la personne lésée par ce dommage une action *de pauperie* contre le

(4) V. en ce sens Girard, *Les actions noxales. Nouvelle Revue histor. de droit*, 1887, pp. 409 et suiv.; 1888, pp. 31 et suiv.; *Manuel élément.*, pp. 671 et suiv. Mais telle n'est pas la notion que se faisaient les jurisconsultes classiques du fondement de l'action noxale (G. IV, 75). Il semble qu'ils avaient perdu de vue la corrélation existant autrefois entre la *vindicta* et l'abandon noxal.

maître de l'animal, à l'effet d'obtenir l'abandon noxal, sauf la faculté laissée au maître d'éviter la *noxæ deditio*, en payant le montant du dommage causé (1, pr. Dig., *Si quadrup.*, IX, 1, Ulp. ; Paul, *Sent.*, I, 15, § 1). Semblable à l'action noxale dont est tenu le maître ou *pater* à raison des délits des *alieni juris*, l'action *de pauperie* avait pour objet principal l'abandon noxal. A vraiment parler, c'est contre l'animal qu'elle est donnée, car elle tend à permettre à la victime du dommage l'exercice de la *vindicta privata* sur l'animal lui-même. Aussi est-ce seulement comme détenteur que le maître est tenu et non parce qu'il est responsable des dégâts causés par l'animal. Par conséquent la mort de ce dernier le libère entièrement (1, § 13. Dig., *Si quadrup.*, IX, 1) (5). Cette action est encore en vigueur dans le dernier état du droit.

III. — *DES VARIÆ CAUSARUM FIGURÆ*

185. — *Variæ causarum figuræ proprement dites et obligations qui se forment quasi ex contractu.* — On a déjà vu ce que signifie cette expression un peu vague, *variæ causarum figuræ*, qui embrasse dans sa généralité tous les faits générateurs d'obligations, autres que les conventions ou les délits (V. n° 117). Parmi ces faits, il en est qui, semblables aux délits, engendrent des obligations naissant *quasi ex delicto*. Il a été parlé de ces obligations quasi délictuelles (V. nos 177, 182). Il reste à s'occuper des faits licites, autres que les conventions qui donnent naissance à des obligations. Parmi ces faits, les uns n'ont aucune analogie même éloignée avec les contrats, et méritent bien le nom de *variæ causarum figuræ*, c'est-à-dire diverses autres causes d'obligations. Les obligations qui dérivent de ces faits sont l'œuvre de la loi, elles peuvent donc être appelées obligations légales. D'autres faits licites sont analogues aux contrats et engendrent des obligations qui naissent *quasi ex contractu*.

1° *Variæ causarum figuræ proprement dites.* — Citons entre autres les cas suivants : 1° Si une personne a un juste intérêt à se faire représenter une chose qu'une autre personne détient, par exemple un acte écrit, un esclave, un objet auquel un autre a été incorporé, on lui donne contre le détenteur l'action *ad exhibendum*. Comme cette action est personnelle, elle suppose l'existence d'une obligation légale d'*exhibere* à la charge du détenteur. 2° Entre

(5) Le Code civil, au contraire, rend les propriétaires d'animaux responsables des dommages causés par le fait de ceux-ci (V. art. 1385, C. civ.).

propriétaires voisins, la loi crée des obligations dérivant du voisinage. Telle est l'obligation de se borner, sanctionnée par l'action *finium regundorum* (V. n° 96). 3° Les rapports de famille engendrent aussi des obligations légales, comme l'obligation alimentaire imposée aux descendants, au profit du père, de la mère et des ascendants paternels ou maternels, l'obligation de restituer la dot imposée au mari et sanctionnée par l'action *rei uxoriæ* (V. n° 174), l'obligation imposée au père de doter sa fille (V. n° 172, note 1).

2° *Quasi-contrats*. — Les faits licites qui font naître des obligations quasi-contractuelles peuvent se grouper en deux classes. Dans la première, rentrent ceux qui donnent lieu à des obligations réciproques et de bonne foi, sanctionnées par des actions de bonne foi; dans la seconde, ceux qui ne donnent naissance qu'à des obligations unilatérales, sanctionnées par une action de droit strict, la *condictio*.

Première catégorie d'obligations quasi ex contractu.

186. — 1° *De la gestion d'affaires, negotiorum gestio*. — On appelle *negotiorum gestio*, gestion d'affaires, le fait de prendre en main l'administration de tout ou partie du patrimoine d'autrui, sans en avoir reçu le mandat. Cette intervention toute spontanée est inspirée par le désir de rendre service à une personne que l'absence ou la maladie empêche de s'occuper de ses affaires et qui n'a pu constituer un mandataire ou qui a choisi un mandataire qui n'agit pas. Mais si utile qu'elle soit, elle ne doit pas être une cause de préjudice pour la personne dont les affaires ont été gérées, *dominus rei gestæ*. Elle oblige par conséquent le gérant, *negotiorum gestor*, à répondre de ses actes de gestion envers le *dominus*. Cette obligation se forme sans convention. Elle est sanctionnée par l'action *negotiorum gestorum directa* qui est civile et de bonne foi. En sens inverse, le *dominus* est tenu d'indemniser le gérant des dépenses utiles qu'il a faites à l'occasion de la gestion. Cette obligation se forme également sans convention et l'action *negotiorum gestorum contraria* qui la sanctionne est également civile et de bonne foi. L'analogie avec le mandat n'est pas niable. Elle a permis de dire que les obligations nées de la gestion se forment *quasi ex contractu* (V. art. 1372, 1375, C. civ.) (1).

186. — (1) Gaius dans le fr. 5. pr. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7, s'attache à démontrer que ces obligations ne naissent ni *ex contractu*, ni *ex maleficio*, sans dire positivement, comme il va le faire pour la tutelle, qu'elles naissent *quasi ex contractu*. Adde : 2. Dig. *De neg. gest.*, III, 5, Gaius.

Toutefois, il existe des différences entre les deux situations. Le mandataire a été choisi volontairement par le mandant. La considération de la personne, l'*intuitus personæ* joue donc un rôle prépondérant en cas de mandat. Il n'en est plus de même dans la gestion. De là résulte : 1° que le gérant est tenu de continuer et d'achever l'affaire commencée, même au cas où le *dominus* viendrait à mourir, tandis qu'en pareil cas le mandat prendrait fin (21, § 2. Dig., *De neg. gest.*, III, 5, Paul) (V. art. 1373, C. civ.); 2° que le manquement à ses obligations est plus grave de la part du mandataire, en sorte qu'il encourt l'infamie à laquelle est soustrait le *gestor* condamné; 3° que le mandataire a droit au remboursement de toutes ses dépenses, dès qu'elles ont été faites en exécution du mandat, tandis que le *negotiorum gestor* qui s'est imposé au *dominus* n'a droit qu'aux dépenses utiles⁽²⁾.

Cette théorie de la *negotiorum gestio* est celle de l'époque classique. Mais l'institution n'a pas toujours présenté cette physionomie. Elle a passé par un premier état dont on a réussi à retrouver et à reconstituer les traits essentiels⁽³⁾. On peut en effet conjecturer qu'avant d'être sanctionnée par le *jus civile*, la gestion d'affaires l'a été par le droit honoraire. Le préteur a jugé utile autant qu'équitable de donner une formule d'action, un *judicium*, contre quiconque gèrerait l'affaire d'autrui, et un *judicium contrarium* contre celui dont les affaires avaient été gérées. Ces deux actions auraient d'abord été *in factum conceptæ*⁽⁴⁾. Les termes généraux dans lesquels était conçu l'édit accordant ces actions les rendaient applicables à tous les cas de gestion des affaires d'autrui, soit que le gérant eût reçu mission de défendre en justice les intérêts de quelqu'un (*defensio*), soit qu'il eût été chargé de soigner les affaires en général (*procuratio*), ou de s'occuper d'une affaire spéciale (*mandatum*), soit qu'il fût investi de la tutelle ou curatelle (*tutela, cura*), soit enfin qu'il se fût de sa propre initiative, et sans aucune convention avec le *dominus*, immiscé dans les affaires de celui-ci (*negotiorum gestio*, au sens étroit). Plus tard, déjà pourtant à la fin de la République, il s'est opéré ici, un phénomène de disso-

(2) L'utilité de la dépense doit s'apprécier au moment où elle a eu lieu, alors même que cette utilité aurait disparu depuis (10, § 1. Dig., *De neg. gest.*, III, 5, Ulp.).

(3) C'est avant tout aux recherches de Wlassak, *Zur Geschichte der Neg. Gest.*, qu'est due cette tentative dont on lira le résumé et la critique dans Girard, *Manuel, élément.*, p. 620.

(4) Les traces de l'action *neg. gest. in factum* ont été mises en lumière par Wlassak, *op. cit.* La preuve indubitable de son existence est la présence dans l'édit d'une clause promettant un *judicium* en cas de gestion : *ait prætor : Si quis... judicium... dabo* (3, pr. Dig. *De neg. gest.*, III, 5, Ulp.).

ciation. Sous l'influence de nécessités pratiques, quelques-uns des cas particuliers de la gestion d'affaires (le mandat général ou spécial et la tutelle) ont paru mériter une réglementation à part. Les actions *mandati* et *tutelæ* (directe et contraire) se sont séparées de l'action souche. Elles ont été rangées au nombre des actions de droit civil et de bonne foi (V. n^{os} 61, 155). Mais le mouvement de segmentation s'est arrêté là. Les deux cas de gestion sans mandat et de curatelle sont restés, seuls résidus de la conception primitive. Pour eux on n'a pas créé d'action spéciale, on a continué à donner l'action *negotiorum gestorum*. Mais très rapidement et par imitation sans doute de ce qui avait eu lieu pour le mandat et la tutelle, les actions directe et contraire de gestion ont été reconnues par le droit civil, rédigées par conséquent *in jus* et admises parmi les actions de bonne foi. L'époque classique ne les a connues qu'avec ce caractère de date relativement récente.

2^o *Obligations résultant de la tutelle et de la curatelle.* — Font également partie des obligations *quasi ex contractu*, les obligations réciproques nées de la tutelle, sanctionnées par les actions *tutelæ* (*directa et contraria*). Le tuteur, n'agit pas en vertu d'une convention préalable conclue entre lui et la personne placée *in tutela*. Mais les rapports obligatoires qui s'établissent entre ces personnes dérivent d'un fait licite. On peut donc considérer que les obligations réciproques naissent *quasi ex contractu* (§, § 1. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7, Gaius). Quant à la curatelle, on vient de voir qu'elle a continué à être traitée comme un cas particulier de la *negotiorum gestio*. Ici encore par conséquent les obligations réciproques naissent *quasi ex contractu*.

3^o *Des obligations entre copropriétaires.* — L'indivision ou copropriété donne naissance entre les copropriétaires à des obligations réciproques sanctionnées par les actions *communi dividundo* et *familiæ herciscundæ*, toutes deux de bonne foi (V. n^o 75). Ces obligations se forment sans convention et ressemblent à celles qu'engendre la société. Aussi naissent-elles *quasi ex contractu* (§§ 3, 4. Inst., *De obligat. quasi ex contr.*, III, 27). Elles comprennent : 1^o L'obligation de sortir de l'indivision par le partage de la chose commune, ce qui, pour chacun des copropriétaires, implique le droit de contraindre les autres à opérer le partage (V. n^o 96, note 1). Et ce droit de provoquer le partage est tellement essentiel que toute convention tendant à perpétuer indéfiniment l'état d'indivision est nulle. 2^o Les obligations dites *personales præstationes* (22, § 4. Dig., *Fam. ercis.*, X, 2, Ulp.). Elles consistent dans l'obligation pour le communiste qui a géré la chose commune de rendre

compte des fruits et autres profits qu'il a pu retirer de la chose, dans l'obligation pour chacun de répondre des dégradations ou actes qui sont de nature à porter atteinte au droit des autres, enfin dans l'obligation pour tous d'indemniser le copropriétaire qui a fait, à l'occasion de la chose, des dépenses nécessaires ou utiles (§ 4. Inst., *De offic. jud.*, IV, 17).

Deuxième catégorie d'obligations quasi ex contractu.

187. — I. *Obligation de l'héritier envers les légataires.* — L'héritier est débiteur des legs mis à sa charge par le testateur. Les légataires, ses créanciers, ont contre lui une action personnelle, l'*actio ex testamento* (G. II, 204) (1). Comme il n'est intervenu aucune convention entre les légataires et le testateur, non plus qu'entre les légataires et l'héritier, l'obligation de l'héritier ne naît que *quasi ex contractu* (§, § 2. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7, Gaius) (V. n° 255).

II. *Divers cas d'enrichissement sans cause.* — Dans les diverses hypothèses qu'on va énumérer, l'obligation naît *quasi ex contractu* d'un enrichissement sans cause. Voici dans quelles circonstances. On a vu que tout transfert et aussi toute obligation a lieu en vue d'une cause, c'est-à-dire d'un équivalent déjà obtenu par celui qui fait le transfert ou qui s'oblige, *ob causam præteritam*, ou en vue d'un équivalent qu'il compte obtenir, *ob rem* (§2, Dig., *De condict. indeb.*, XII, 6, Pomp.) (V. n° 121). Mais cette cause peut faire défaut, n'avoir jamais existé, s'il s'agit d'une *causa præterita*, ou ne point se réaliser, s'il s'agit d'une cause future. L'équité exige alors que le bénéfice du transfert ou de l'obligation soit retiré à la personne qui en devait profiter, parce que sans cela elle s'enrichirait injustement aux dépens d'autrui (14. Dig., *De condict. indeb.*, XII, 6, Pomp.). A cet effet, on donne contre elle une action personnelle, la *condictio*. Le fait d'avoir reçu cet enrichissement sans cause fait donc naître une obligation qui ne dérive pas d'une convention ; car celui qui a effectué la prestation n'avait pas l'intention de la reprendre plus tard, et celui qui l'a reçue n'a pas eu davantage l'intention de la restituer. Toutefois, cette obligation est analogue à celle qui naît d'un contrat *re*, où la chose est remise à l'*accipiens* à charge de restitution au *tradens*. On comprend donc

187. — (1) Avant le sénatusconsulte Néronien, le legs ne donnait naissance à une obligation que lorsqu'il était fait dans la forme *per damnationem* ou *sinendi modo*. Mais depuis le sénatusconsulte, toute espèce de legs, quelle qu'en soit la forme, oblige l'héritier envers le légataire (V. n° 255).

qu'elle soit rangée dans la catégorie des obligations qui naissent *quasi ex contractu*.

Le droit romain n'a pas dû débiter par une théorie aussi large de l'obligation fondée sur l'enrichissement sans cause. Bien qu'admis de bonne heure, le principe d'équité sur lequel elle repose n'a été appliqué d'abord que dans quelques cas. C'est grâce aux progrès incessants du droit qu'il a fini par être consacré dans un nombre de plus en plus grand d'hypothèses⁽²⁾.

1° *Prestation effectuée ob causam præteritam : paiement de l'indû et condictio indebiti; condictio sine causa.*

a) *Condictio indebiti*. — L'une des plus anciennes applications de la théorie dont on vient d'exposer les grandes lignes, est celle où l'obligation de restitution naît d'un paiement destiné à éteindre une dette qui n'existait pas ou avait cessé d'exister. Ce paiement indû, *indebitum solutum*, procurerait à l'*accipiens* si on le lui laissait, un enrichissement sans cause. On l'oblige à le restituer. Cette obligation fondée sur la plus évidente équité est sanctionnée par une action en répétition appelée *condictio indebiti* (15; 1. Dig., *De condict. indeb.*, XII, 6, Paul, Ulp.). C'est notre action en répétition de l'indû (V. art. 1235, 1376, C. civ.).

On voit que l'obligation de l'*accipiens* ne dérive pas d'une convention, puisque celui qui paie cherche à éteindre une obligation et non à en faire naître une à son profit, et que, de son côté, l'*accipiens* ne reçoit pas le paiement avec l'intention de s'obliger à le rendre⁽³⁾. Toutefois il y a analogie entre l'obligation de l'*accipiens* et celle qui se forme *re* à la suite d'une *mutui datio* et c'est pourquoi l'obligation de restituer le paiement indûment reçu se forme *quasi ex contractu*.

Trois conditions étaient exigées pour l'exercice de la *condictio indebiti*. Toutes elles s'expliquent par cette idée qu'un paiement suppose une dette et l'intention de l'éteindre.

1° Il faut qu'il y ait *indebitum*, ce qui se présentera dans les cas suivants : a) La dette n'existait pas ou bien elle n'existait plus, ayant été éteinte *ipso jure*. b) La dette existait *ipso jure*, mais le débiteur pouvait opposer aux poursuites du créancier une excep-

(2) Reconstituer la physionomie première de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause, montrer ses primitives applications, préciser l'époque où elles furent étendues à des cas similaires, autant de problèmes discutés, dont l'examen ne peut trouver place ici. V. un résumé des opinions divergentes sur ces questions, dans Girard, *Manuel élément.*, pp. 608-612.

(3) Cette observation est faite à deux reprises par Gaius (III, 91) et 5, § 3. Dig., *De obligat et act.*, XLIV, 7: *magis distrahendæ obligationis animo quam contrahendæ dare videtur*.

tion perpétuelle (26, § 3. Dig., *De condict. indeb.*, XII, 6, Ulp.)⁽⁴⁾. Mais pour que la répétition soit admise au profit du débiteur *tutus exceptioe perpetua*, il faut qu'il ne subsiste pas à sa charge une obligation naturelle⁽⁵⁾. c) La dette existait, mais elle a été payée par une personne qui se croyait à tort débitrice, ou par le véritable débiteur, à un autre qu'au créancier (65, § 9. Dig., *De condict. indeb.*, XII, 6, Paul).

2° Il faut que le paiement ait été déterminé par une erreur (1, § 1. Dig., *De condict. indeb.*, XII, 6, Ulp.). Il est clair, en effet, que si l'on acquitte volontairement une dette qui n'existe pas ou n'existe plus, on est censé avoir fait non un paiement, mais une donation⁽⁶⁾.

3° Il faut enfin que la prestation ne puisse s'expliquer que par l'intention de faire un paiement, et non par exemple une transaction. C'est ainsi que, lorsque la dette était de celles qui entraînent une condamnation au double en cas d'*infitiatio*, le paiement, bien que fait par erreur, ne pouvait être répété. On présumait que le *solvens* avait payé volontairement, préférant immédiatement payer le simple, malgré les doutes qu'il avait sur l'existence de la dette, plutôt que de s'exposer, en se laissant poursuivre, à une condamnation au double (G. II, 283; 4. Cod., *De condict. indeb.*, IV, 5).

L'étendue de la condamnation de *l'accipiens* varie selon qu'il a été de mauvaise foi ou de bonne foi. Dans le premier cas, il est tenu de restituer tout ce qu'il a reçu. Ainsi, il doit les fruits produits par la chose à lui livrée indûment, depuis qu'il l'a entre ses mains⁽⁷⁾. Si, au contraire, il était de bonne foi en recevant paiement et était resté de bonne foi jusqu'au jour de la demande, il n'était obligé de restituer que ce dont il s'était enrichi. Lui aussi, en effet, a commis une erreur et cette erreur est plus excusable que celle du *solvens*. Car ce dernier, en lui offrant paiement, a contribué à le trom-

(4) Tel est le cas d'un donateur exécutant la donation par lui faite par voie de promesse obligatoire, bien qu'il puisse opposer *l'exceptio legis Cincix* (V. n° 168).

(5) C'est ce qui arrive pour celui qui paie alors qu'il pouvait opposer *l'exceptio senatusconsulti Macedoniani* (9, § 4; 10, Dig. *De senat. maced.*, XIV, 6, Ulp., Paul).

(6) L'erreur de fait donne certainement lieu à la répétition de l'indû; mais en est-il de même de l'erreur de droit? La négative fut admise à partir du Bas-Empire (10. Cod., *De jur. et fact. ignor.*, I, 18); mais les textes de l'époque classique ne contiennent pas encore l'expression d'une doctrine bien arrêtée à cet égard.

(7) Lorsque *l'accipiens* avait eu recours à des manœuvres frauduleuses en vue de se faire passer pour créancier, on donnait contre lui, au lieu de la *condictio indebiti*, les actions réipersécutoires nées du vol, notamment la *condictio furtiva* (43, pr.; 80, § 6, Dig., *De furt.*, XLVII, 2, Ulp., Papin.).

per, puisqu'il lui affirmait sa qualité de créancier (V. art. 1378, 1380, C. civ.).

Malgré l'analogie entre l'obligation née du paiement de l'indû et celle qui résulte de la *mutui datio*, il y a entre elles des différences notables. 1° L'obligation née de l'*indebiti solutio* n'est pas contractuelle comme celle née de la *mutui datio*. 2° L'emprunteur par *mutuum* n'est tenu qu'à *dare* et son obligation est toujours *certa*. La *condictio indebiti* tend au contraire à reprendre toute espèce de prestation effectuée à titre de paiement, que cette prestation soit une somme d'argent, une autre chose de genre, un corps certain ou un simple fait. Aussi très souvent la *condictio indebiti* est-elle *incerta*. 3° Au cas de *mutuum*, les cas fortuits sont toujours à la charge de l'emprunteur. Dans l'hypothèse de paiement indû, l'*accipiens* n'est libéré par cas fortuit que s'il est de bonne foi, puisqu'il n'est tenu alors que jusqu'à concurrence de son enrichissement. Les cas fortuits ne sont à sa charge que s'il est de mauvaise foi (V. art. 1379, C. civ.).

b) *Condictio sine causa*. — La *condictio sine causa* n'est que la généralisation de la *condictio indebiti*. Comme cette dernière, elle a pour fondement le principe d'équité, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Elle est admise dans tous les cas où il y a eu une prestation sans cause, et où la *condictio indebiti* ne peut être employée (8). Elle est encore donnée contre l'*accipiens* qui a reçu une chose en vertu d'une cause illicite, par exemple, contre l'époux qui aurait reçu de son conjoint une donation. On l'appelle alors plus communément *condictio ex injusta causa*, et l'une de ses applications les plus usuelles est la *condictio* donnée en cas de vol, ou *condictio furtiva* (V. n° 179).

2° *Prestation effectuée ob rem*. *Condictio ob rem dati, condictio ob turpem causam*. — Ici on suppose qu'une prestation a été effectuée en vue d'une contreprestation future, *ob rem*. Celle-ci peut consister en un fait licite ou illicite, *ob rem honestam aut turpem* (1, pr. Dig., *De condict. ob turp.*, XII, 5, Paul). Dans le premier cas, *datio ob rem honestam*, la *condictio* est donnée à celui qui a effectué la prestation, à l'effet de réclamer ce qu'il a livré, lorsque l'autre partie n'exécute pas la contreprestation qu'elle doit accomplir. Ici, la *condictio* prend le nom de *condictio ob rem dati*. A propos des contrats innommés, on a vu la plus importante de ses

(8) Par exemple, lorsqu'on a promis par stipulation le remboursement d'une somme, alors qu'il n'existait aucune cause expliquant cet engagement (1, pr.; 3. Dig., *De condict. sin. caus.*, XII, 7, Ulp. Julian.). C'est ce qu'on appelle la *condictio obligationis*.

applications (V. n° 161). Dans le second cas, *datio ob turpem causam*, la répétition de ce qui a été donné a lieu par la *condictio ob turpem causam* (9).

DEUXIÈME PARTIE

EFFETS DES OBLIGATIONS

I. — Effets des obligations entre les parties.

188. — *Notions générales.* — L'effet de l'obligation est d'astreindre le débiteur à donner, faire ou ne pas faire. Le débiteur peut volontairement accomplir la prestation mise à sa charge, et l'accomplir intégralement. Mais il n'en est pas toujours ainsi. Quel moyen est donné alors au créancier pour vaincre la résistance du débiteur et d'une façon générale pour obtenir raison de tout manquement à son obligation? Quels sont les cas où l'inexécution entraîne la responsabilité du débiteur? Quelles sont les conséquences de cette inexécution? Telles sont les trois questions dont la solution va mettre en relief l'effet pratique du lien d'obligation.

1° Sanction de l'obligation.

189. — *De l'action. Des obligations munies d'action, et des obligations dépourvues d'actions ou obligations naturelles.* — On a déjà vu que la sanction de l'obligation consiste dans le droit d'action donné au créancier (V. n° 114). Quelle que soit la source du droit qui l'ait sanctionnée, l'obligation munie d'action est appelée civile. Mais à côté des obligations dites civiles, il est tout un groupe d'obligations qui n'ont jamais réussi à se faire admettre au rang des obligations munies de sanction. Ces obligations que consacre la *naturalis ratio*, et qui dans le développement successif du droit des obligations à Rome, constituent la couche de formation la plus récente, reçoivent le nom d'obligations naturelles (1). On a déjà

(9) Mais il faut qu'il n'y ait turpitude que de la part de celui qui a reçu, *turpiter acceptum*, par exemple, si on a donné quelque chose *ne furtum facias*. Il y a en effet turpitude à accepter quelque chose pour ne pas faire un acte dont la loi et les bonnes mœurs commandent de s'abstenir. S'il y avait turpitude de la part de celui qui donne en même temps que de celui qui reçoit, la *condictio* n'aurait pas lieu (1, pr., § 2. Dig., *De condict. ob turp. caus.*, XII, 5, Paul.).

189. — (1) V. sur la théorie des obligations naturelles, Accarias, t. II, nos 726 et

donné une notion sommaire de l'obligation naturelle, et on a dit que malgré l'absence d'action elle produit certains effets (V. n° 116).

Mais ces effets ne sont pas toujours identiques. Ils varient d'une obligation naturelle à l'autre, ce qui s'explique par ce fait que la théorie de l'obligation naturelle ne s'est pas formée d'une seule venue, mais au fur et à mesure des besoins de la pratique. De la sorte, chacune des obligations naturelles a pour ainsi dire sa physionomie à part, ses effets à elle propres. Toutefois, l'obligation naturelle produit un effet invariable dans tous les cas, et qui, par conséquent, constitue sa caractéristique : elle peut faire l'objet d'un paiement valable, et cet effet se traduit pratiquement par le refus de la *condictio indebiti* au débiteur qui a payé (16, § 4. Dig., *De fidejuss.*, XLVI, 1, Julian.) (V. art. 1235, C. civ.). L'obligation naturelle produit encore un autre effet constant, mais qui ne paraît avoir été admis comme tel qu'à la fin de l'époque classique. C'est le droit pour le créancier naturel d'opposer la compensation au débiteur naturel (6. Dig., *De compens.*, XVI, 2, Ulp.).

Ce double effet attaché à toute obligation naturelle montre que si elle est impuissante à faire naître l'action, elle permet au moins au créancier de faire valoir indirectement son droit par voie de rétention (2). Quant aux autres effets qu'elle peut produire selon les cas, ils constituent des moyens indirects donnés au créancier, pour poursuivre par voie d'action le paiement qui lui est dû. Ainsi on admet que l'obligation naturelle peut être garantie par une fidéjussion, un gage ou une hypothèque, servir de base à un pacte de constitut ou à une novation (3).

Diverses espèces d'obligations naturelles. — La théorie de l'obligation naturelle étrangère à l'ancien droit civil et à l'édit prétorien, ne date que de l'époque impériale. Mais elle n'a jamais pris corps

suiv., et la monographie de Machelard, *Des obligations naturelles en droit romain*. Il faut remarquer que plusieurs obligations fondées sur la *naturalis ratio*, ont fini par être sanctionnées; telles sont celles qui dérivent des contrats *consensu* et du *mutuum* (1. Dig., *Loc. cond.*, XIX, 2; 126, § 2. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Paul). Celles au contraire auxquelles le droit romain n'a jamais accordé droit de cité et dont il admet cependant l'existence en leur faisant produire certains effets, sont comme des obligations *minuto jure*; elles constituent précisément le groupe des obligations naturelles.

(2) *Sic*, Accarias, t. II, n° 726. On pourrait donc dire que si le créancier naturel n'a pas l'action pour faire valoir son droit, il a du moins l'exception, mais en prenant ce dernier mot dans un sens très large.

(3) En cas de fidéjussion, c'est le fidéjusseur qui sera actionné, sauf à lui à exercer son recours contre le débiteur qui, par voie indirecte, se trouve tenu de payer (7. Dig., *De fidejus.*, XLVI, 1, Julian.): S'il y a eu un gage ou une hypothèque, le créancier sera vendre la sûreté à lui donnée (5, pr. Dig., *De pign.*, XX, 1, Marcian.). En cas de constitut, le créancier a l'action *de pecunia constituta* et la *condictio*, en cas de novation (1, § 7. Dig., *De pec. const.*, XIII, 5; 1. 1. Dig., *De novat.*, XLVI, 2, Ulp.).

dans un système d'ensemble; elle n'a pas été synthétisée en une définition où ressortent les caractères spécifiques auxquels peut se reconnaître l'obligation naturelle. Néanmoins en examinant ses diverses applications, on voit qu'elle se répartissent en deux groupes: les unes sont des obligations civiles déchues de leur force obligatoire et réduites à l'état d'obligations naturelles par dégénérescence, les autres sont des obligations civiles mort-nées, et qui n'ont jamais existé que comme obligations naturelles.

Dans la première classe rentrent : 1° L'obligation qui continue à grever le débiteur, absous à tort par le juge, ou qui a opposé avec succès la prescription de l'action (60, pr. Dig., *De condict. indeb.*, XII, 6, Paul); 2° l'obligation qui subsiste dans le cas où, à titre de peine, le créancier est privé de son action, par exemple lorsqu'il a prêté à un fils de famille contrairement au sénatusconsulte Macédonien (V. n^{os} 129, 187, note 5); 3° l'obligation que laisse subsister la *capitis deminutio* (2, § 2. Dig., *Decap. min.*, IV, 5, Ulp.) (V. n^o 66)⁽⁴⁾.

Les obligations naturelles de la seconde classe proviennent d'un obstacle qui a empêché l'obligation civile de se former. Cet obstacle dérive : 1° De l'absence des formes exigées pour donner naissance à une obligation civile. Ainsi le simple pacte qui n'engendre pas d'action produit une obligation naturelle (5). 2° De l'incapacité du débiteur. Certaines personnes incapables de s'obliger civilement par convention sont néanmoins tenues naturellement. Tels sont les esclaves (G. III, 119 a) (V. n^o 122). Tels aussi les pupilles sortis de l'*infantia*, lorsqu'ils s'obligent sans l'*auctoritas tutoris*. Tenus civilement, depuis l'époque d'Antonin, *in quantum locupletiores facti sunt* (V. n^o 58), ils sont obligés naturellement pour le surplus, et pour le tout à défaut d'enrichissement. On en doit dire autant des mineurs de vingt-cinq ans pourvus de curateurs permanents, et aussi des enfants de famille qui empruntent contrairement au sénatusconsulte Macédonien. 3° Du rapport de puissance existant entre le créancier et le débiteur. Entre personnes dont l'une est soumise à la puissance paternelle ou dominicale de l'autre, il ne peut être question d'une action en justice, et il en est de même entre deux personnes soumises à la puissance du même *pater* ou maître. Les obligations qui naissent en pareil cas sont donc des obligations naturelles.

(4) Citons aussi l'obligation naturelle qui subsiste après la *litis contestatio*.

(5) C'est du moins ce qui a lieu pour le simple pacte d'intérêts (5, § 2. Dig., *De solut.*, XLVI, 3, Ulp.), solution que l'on peut sans témérité étendre à tous les pactes, car le respect dû aux pactes est une règle d'équité et l'on sait que l'équité est le fondement de toute obligation naturelle (95, § 4, Dig., *De solut.*, XLVI, 3, Papin.).

2° *Des causes d'inexécution qui sont à la charge du débiteur.*

190. — *Des diverses causes d'inexécution : Dolus, culpa, mora, casus.* — L'inexécution de l'obligation peut provenir ou d'un fait imputable au débiteur : dol, *dolus*, faute, *culpa*, retard, *mora*, ou d'un fait étranger au débiteur : cas fortuit, *casus*. Il est clair que dans tous ces cas le créancier souffre un dommage, puisque l'inexécution le prive en tout ou en partie de la prestation à laquelle il a droit. Mais ces diverses causes d'inexécution n'engagent pas toutes au même degré la responsabilité du débiteur, il est même des circonstances où elles ne la font point naître.

I. *Du dol, envisagé comme cause d'inexécution.* — Par dol on entend ici toute action ou omission par laquelle le débiteur contrevient de mauvaise foi à son engagement. En prévision du dol de son débiteur, le créancier peut stipuler qu'il s'abstiendra de tout dol. Cette promesse, *cautio de dolo*, est sanctionnée par l'*actio ex stipulatu*. A défaut d'un engagement de ce genre, le créancier peut encore obtenir satisfaction, car l'équité exige que le débiteur réponde toujours de son dol (1). Le créancier aura à cet effet l'action du contrat lorsque le contrat est de bonne foi, et si le contrat est de droit strict, l'action *de dolo* (V. n° 121).

II. *De la faute.* — La faute est un acte ou une omission contraire au droit d'autrui, mais, à la différence du dol, elle ne témoigne pas d'une intention arrêtée de nuire. Ainsi comprise la faute peut se produire même en l'absence de toute obligation préexistante. C'est ainsi que l'usufruitier qui n'est tenu d'aucune obligation envers le nu-propiétaire, peut cependant commettre des fautes au préjudice de ce dernier, par exemple, en dégradant la chose ou en négligeant de l'entretenir. Mais de pareils agissements n'engagent pas sa responsabilité d'une façon aussi étendue que s'il y avait déjà entre eux un rapport d'obligation.

S'il s'agit d'un débiteur, il ne répond pas seulement de sa faute active, *culpa in committendo*, mais aussi de ses négligences ou omissions, *culpa in omittendo*. Car, outre qu'il est tenu de respecter le droit de son créancier en n'agissant pas contrairement à ce droit, il doit également, du moins dans la plupart des cas, faire quelque chose au profit du créancier, l'obligation ayant le plus souvent pour objet, non un fait d'abstention (*non facere*), mais un

190. — (1) Ce principe est tellement absolu que toute convention tendant à exonérer le débiteur des conséquences de son dol est nulle (27, § 3. Dig., *De pact.*, II, 14, Paul).

fait d'action (*facere*). Lors au contraire qu'il n'y a pas d'obligation préexistante, comme aucune des parties ne doit accomplir un fait au profit de l'autre, aucune n'est responsable de ses omissions (2). Ajoutons pour compléter ce parallèle qu'en l'absence d'un lien obligatoire préexistant, c'est la faute elle-même qui crée précisément ce lien et qui donne naissance soit à une action *ex delicto* spéciale comme l'action *legis Aquiliæ*, soit à l'action *in factum generalis* (V. nos 181, 182). Mais lorsqu'il y a déjà une obligation, la faute ne fait que modifier l'objet de la prestation à effectuer, et l'action donnée au créancier est non une action nouvelle, mais celle même qui servait de sanction à son droit de créance.

Cette notion de la faute dans les obligations ou faute contractuelle étant donnée, il faut observer qu'il est des obligations où il ne peut en être question. Ce sont toutes celles dont l'objet est une quantité de choses déterminées seulement *in genere*, par exemple une somme d'argent, des denrées, car alors on ne peut pas imaginer un acte du débiteur détruisant ou dégradant la chose due. La seule faute qu'il puisse commettre c'est de se mettre en retard pour l'exécution, genre de faute appelé *mora*, et qui fait l'objet des règles particulières exposées plus loin (V. n° 191).

Sans avoir nettement dégagé cette conclusion, les jurisconsultes ont admis toutes les conséquences pratiques qu'elle comporte. Aussi la théorie des fautes, telle qu'elle résulte de l'ensemble des textes, n'a-t-elle trait ni aux obligations délictuelles dont l'objet est toujours une somme d'argent, ni aux obligations conventionnelles ayant pour objet de l'argent ou d'autres choses de genre. Ainsi limitée dans son application, la théorie des fautes doit être étudiée dans les obligations *stricti juris* et *bonæ fidei*.

1° *De la faute dans les obligations de droit strict.* — Du principe même qui vient d'être posé, on doit conclure qu'il ne peut être question de faute dans le *mutuum* ou dans le contrat *litteris*. Dans la stipulation, le débiteur est en faute, lorsqu'il ne donne pas ou ne fait pas exactement ce qu'il a promis de donner ou de faire. Ici, la nature du contrat veut que le degré de responsabilité du débiteur se mesure de la façon la plus stricte sur ce qu'il a effectivement promis. Tenu de *dare*, il ne sera pas responsable de ses omissions ou négligences à l'égard de la chose due restée entre ses mains; car il n'a pas promis de *facere*. Mais, grâce à l'insertion

(2) C'est précisément à cause de cela que le prêteur avait dû imposer à l'usufruitier une promesse, la *cautio usufructuaria*, de façon à le rendre responsable de ses négligences (V. nos 108, 304).

d'une *clausula doli*, on arrivait à étendre la responsabilité du débiteur même aux fautes *in omittendo* (V. n° 138).

2° *De la faute dans les obligations de bonne foi.* — Ici, la responsabilité du débiteur est appréciée *ex bona fide*. Aussi la question de savoir s'il y a faute n'apparut pas tout d'abord comme susceptible d'une solution uniforme. Les jurisconsultes ont néanmoins essayé de dégager de l'ensemble des solutions de détail et des décisions de fait quelques règles d'une portée doctrinale (3).

Ils séparent le dol, *dolus*, qui est l'opposé de la bonne foi, *fides*, et la faute, *culpa*, qui fait antithèse à la diligence, *diligentia, custodia* (4). Le débiteur répond toujours de son dol. Quant à la faute, les jurisconsultes ont fini par y discerner deux degrés : la faute lourde, *culpa lata*, et la faute ordinaire, *culpa levis*, ou plus simplement, *culpa*. 1° La faute lourde est celle que ne commettent pas les hommes les plus inattentifs, les administrateurs les plus négligents, celle en un mot qui consiste à ne point comprendre ce que tout le monde comprend. Elle est à ce point grossière qu'on a fini par l'assimiler au dol (223, pr.; 226. Dig., *De verb. signif.*, L, 16, Paul.). 2° La faute légère consiste à ne pas donner à l'accomplissement de l'obligation les soins d'un bon père de famille (11. Dig., *De peric. rei vend.*, XVIII, 6, Alfen. Var.). Cette distinction et les nuances qu'elle établit dans la faute ont permis de graduer la responsabilité du débiteur selon qu'il retire ou non un avantage du contrat (5).

a) Lorsque le débiteur ne retire aucun avantage du contrat, sa responsabilité doit être moindre. Aussi n'est-il tenu que de sa *culpa lata*. Tel est le cas du depositaire ou du commodant (*Collat. leg. mos.*, X, ch. 2, § 1; ch. 5). Par exception les mandataires, gérants d'affaires, tuteurs, curateurs, bien qu'ils ne retirent aucun avantage de l'obligation sont pourtant tenus de la *culpa levis*. A l'égard du mandataire, la confiance qu'on a eue en lui justifie cette aggravation de sévérité. Quant au gérant d'affaires qui s'est imposé au maître,

(3) Ces règles, simples directions données au juge, peuvent être considérées comme l'expression de la volonté présumée des parties, du moins lorsque l'obligation est conventionnelle. Aussi admet-on que ces règles puissent être modifiées par un pacte adjoint augmentant ou diminuant la responsabilité du débiteur, soit même la supprimant tout à fait (23. Dig., *De reg. jur.*, L, 17, Ulp.). Dans les contrats de droit strict, il n'y avait pas besoin de règles de ce genre. La volonté s'est exprimée de façon indubitable dans des formes qui ne laissent pas place à l'interprétation. On doit tout ce qu'on a promis, on ne doit que cela. Il n'est pas difficile par suite de savoir si le débiteur est en faute.

(4) V. notamment 23. Dig., cité et 68, pr. Dig., *De contrah. emt.*, XVIII, 1, Procul.

(5) V. 5, § 2. Dig., *Commod.*, XIII, 6, Ulp.; 61, § 5, 6. Dig., *De furt.*, XLVII, 2, African.; 17, § 2. Dig., *De præscript. verb.*, XIX, 5, Ulp. Par contrats on entend ici non pas seulement les contrats dans le sens étroit du mot, mais les quasi-contrats.

il n'est pas moins juste d'étendre sa responsabilité jusqu'à la *culpa levis*. Pour les tuteurs et curateurs, on a voulu par là protéger plus efficacement les intérêts des pupilles et des personnes en curatelle (23. Dig., *De reg. jur.*, L, 17, Ulp.). Toutefois, comme la tutelle et la curatelle sont des charges imposées aux tuteurs et curateurs, on ne les rendait responsables que des fautes qu'ils n'auraient pas commises dans la gestion de leurs propres affaires (1, pr. Dig., *De tut. et rat.*, XXVII, 3, Ulp.).

b) Dans les contrats où le débiteur retire un avantage, il est naturel que l'étendue de sa responsabilité soit plus grande. Il est tenu non seulement de sa *culpa lata*, mais de sa *culpa levis*. Tel est le cas du commodataire. Cette règle s'applique quand bien même le créancier retirerait du contrat un avantage en même temps que le débiteur, par exemple dans la vente, le louage, le gage (5, § 2. Dig., *Commod.*, XIII, 6, Ulp.) (6).

Dans un certain nombre de contrats de cette catégorie, le débiteur ne répond que des fautes qu'il n'aurait pas commises dans la gestion de ses propres affaires. C'est ce qui a lieu pour tous ceux qui font leur propre affaire tout en administrant les affaires d'autrui, pour l'associé, le communiste et le mari tenu de l'action *rei uxoriæ* (72. Dig., *Pro socio*, XVII, 2, Gaius; 17, pr. Dig., *De jur. dot.*, XXIII, 3, Paul).

Dans tous les cas où le débiteur doit simplement la *diligentia* qu'il apporte à ses affaires personnelles et ne répond que des fautes qu'il n'y commet pas, les interprètes ont coutume de dire qu'il est tenu de sa *culpa levis in concreto*. Le juge, en effet, doit comparer sa façon d'agir dans la circonstance à celle dont il est coutumier dans l'administration de ses biens, et c'est par suite d'après un modèle vivant et concret qu'il apprécie le degré de responsabilité du débiteur. Mais, dans les autres hypothèses de *culpa levis*, le juge établit un parallèle entre les agissements du débiteur et la conduite qu'eût tenue, dans la même circonstance, un bon père de famille, être nécessairement idéal et abstrait. Aussi dit-on que la faute s'apprécie *in abstracto* (7).

(6) A côté de la *culpa lata* et *levis*, les anciens interprètes admettaient encore une *culpa levissima*, dont le débiteur serait tenu dans les contrats où il est seul à tirer un avantage. Mais cette théorie, dite des trois fautes, ne trouve pas d'appui sérieux dans les textes. On en verra l'exposé dans Pothier : *Observation générale à la suite du Traité des obligations*. Adde, Accarias, t. II, n° 663 et la note. Il nous paraît certain que les rédacteurs du Code civil n'ont pas reproduit la doctrine des anciens interprètes (V. art. 1137, C. civ.). Aubry et Rau, t. IV, § 308, note 26.

(7) De pareilles expressions compliquent inutilement la terminologie en y introduisant des termes scolastiques inconnus des Romains. Elles ont de plus l'inconvénient de faire

191. — *Des diverses causes d'inexécution* (suite). — 3° *Mora*. — On appelle *mora* le fait de ne pas exécuter son obligation à l'époque fixée par la convention. Ce retard peut causer un préjudice au créancier. Celui-ci comptant sur un paiement à jour fixe, s'est peut-être engagé dans des opérations que le défaut d'exécution pourra faire avorter, ou a contracté des dettes dont il sera, lui aussi, obligé de retarder le paiement. Mais le débiteur n'est responsable du retard que si, à ce fait purement matériel vient se joindre une faute. La *mora* constitue alors une variété de la faute, mais elle ne comporte pas de degrés comme la *culpa* et elle produit certains effets qui lui sont propres (V. n° 192).

Le retard du débiteur ne constitue une faute que si le débiteur interpellé par le créancier lui a résisté injustement. Par exception, il est des cas où une interpellation n'est pas nécessaire, pour que le débiteur réponde de sa demeure. C'est ce qui a lieu toutes les fois que l'obligation a pour objet la restitution d'une chose qu'on détient par l'effet d'un délit, par exemple au cas de vol, où le voleur tenu de la *condictio furtiva* est *in mora* par le fait même du vol (V. n° 179).

4° *Casus*. — L'inexécution peut aussi provenir d'un cas fortuit, *casus, casus fortuitus*, c'est-à-dire d'un événement tel que, incendie, ruine, naufrage, mort, qui a détruit la chose due, mais auquel le débiteur est resté étranger. Il est évident qu'alors l'exécution de l'obligation étant devenue impossible sans la faute du débiteur, celui-ci est libéré (107. Dig., *De solut.*, XLVI, 3, Pomp. ; 23. Dig., *De reg. jur.*, L. 17, Ulp.)⁽¹⁾. Mais il n'en est ainsi que lorsque l'objet de l'obligation est un corps certain qui a péri, ou un simple fait dont l'exécution est devenue impossible. Lorsqu'au contraire il s'agit d'une dette de choses de genre, le débiteur n'est pas libéré par les cas fortuits, car les choses qu'il devait et qui ont péri peuvent toujours être remplacées par des choses du même genre. C'est ce qui arrive dans le *mutuum* où les cas fortuits sont à la charge de l'emprunteur (V. n° 128). Aussi exprime-t-on très souvent la

supposer que la *culpa* dite *in concreto* formerait comme un degré particulier de faute, tenant le milieu entre la *culpa lata* et la *culpa levis in abstracto*, en sorte que la preuve de cette faute *in concreto* serait à la charge du créancier. Nous estimons, au contraire, qu'obligé en principe de se comporter en bon père de famille, le débiteur pouvait, dans les cas exceptionnels dont nous avons donné l'indication, s'affranchir de cette responsabilité du droit commun, s'il prouvait qu'il avait agi comme il avait coutume dans ses propres affaires.

191. — (1) Les interprètes formulent souvent cette règle en disant que la chose due périt pour le compte du créancier : *res perit creditori*.

règle relative au *casus* en disant : *debitor interitu rei certæ liberatur* (V. n° 197) (V. art. 1148, C. civ.) (2).

L'application de cette règle soulève dans les contrats synallagmatiques, la question dite des risques. Il s'agit de savoir si celle des deux parties contractantes qui est libérée par le *casus* ne conserve pas néanmoins le droit de réclamer à l'autre partie l'exécution de son obligation réciproque, ou si, au contraire, cette dernière partie ne peut pas se prétendre également libérée, puisqu'elle ne peut plus compter sur l'exécution de l'obligation de son cocontractant. Cette question qui se pose dans les contrats de vente, de louage, de société, n'y reçoit pas une solution uniforme.

Dans la vente, lorsqu'elle est pure et simple, la règle est que la perte fortuite de la chose, si elle libère le vendeur, n'empêche pas l'acheteur de continuer à rester tenu de payer le prix. Les textes expriment ce résultat en disant que les risques sont pour l'acheteur, *periculum ad emptorem pertinet* (§ 3. Inst., *De emt. vend.*, III, 23; 8, pr. Dig., *De peric. et comm.*, XVIII, 6, Paul) (3). Le motif de cette décision est facile à comprendre. Dans la vente, comme dans tout autre contrat synallagmatique, l'obligation de chacune des parties sert de cause à l'obligation réciproque de l'autre. Si donc, au moment de la conclusion du contrat, l'une de ces obligations ne peut pas prendre naissance, parce que la chose vendue a péri, cela empêche, par contrecoup, la formation de l'obligation réciproque. Mais, le contrat formé il n'en est plus de même. Une fois nées, les deux obligations réciproques sont devenues indépendantes, en ce sens que l'une ne pouvant être exécutée (celle du vendeur, parce que la chose a péri), l'autre (celle de l'acheteur) n'en subsiste pas moins (4).

Dans le louage des choses, la perte fortuite de la chose louée, par

(2) Elle reçoit d'ailleurs deux exceptions notables : 1° La convention peut avoir mis la perte par cas fortuit à la charge du débiteur; 2° le débiteur qui est *in mora* subit la responsabilité des cas fortuits (V. n° 192).

(3) Il est naturel qu'il en soit ainsi quand la chose a péri entre les mains de l'acheteur, qui ne doit s'en prendre qu'à lui-même si cet événement est arrivé. Mais l'équité impose la même solution, alors que la chose a péri entre les mains du vendeur : il serait injuste, en effet, que le vendeur eût la responsabilité des cas fortuits, alors qu'il a déjà l'obligation de veiller à la chose, *custodia* (V. n° 146).

(4) Cette indépendance des deux obligations réciproques paraît une anomalie en contradiction avec le caractère essentiel du contrat. Si, en effet, les deux obligations se servent mutuellement de cause lorsqu'il s'agit de la formation du contrat, on ne voit pas pourquoi il n'en est plus ainsi par la suite. On concevrait fort bien que l'obligation de l'acheteur soit liée au sort de celle du vendeur, qu'elle s'éteigne en même temps qu'elle par le cas fortuit. La règle qui fait supporter les risques à l'acheteur semble être un vestige du temps où la vente consistait en deux stipulations accouplées, isolées en droit l'une de l'autre. V. Girard, *Manuel élément.*, pp. 542-544.

exemple l'incendie de la maison, est aux risques du *locator*, en ce sens que le *conductor* cesse de devoir son prix pour l'avenir (19, § 6. Dig., *Loc. cond.*, XIX, 2, Ulp.). La règle est donc l'inverse de celle admise pour la vente. C'est qu'en effet l'obligation du *locator* est tout autre que celle du vendeur. Elle ne peut s'exécuter que d'une façon successive (V. n° 153), et par suite, l'obligation du *conductor* a le même caractère, c'est-à-dire qu'elle ne naît qu'au fur et à mesure de la jouissance qu'on lui procure. De là résulte que si pour une cause quelconque, même par cas fortuit, le *locator* ne peut plus procurer la jouissance de la chose au *conductor*, l'obligation corrélatrice de ce dernier prend fin.

Pour la société, on doit distinguer selon que l'apport promis a pour objet un corps certain en propriété, ou seulement sa jouissance. Au premier cas, l'associé est considéré comme un vendeur; la société est censée lui avoir acheté l'apport, et par suite, si l'apport périt par cas fortuit les risques sont pour la société, en ce sens que les autres associés continuent à rester tenus d'effectuer les apports, et que la société n'est pas dissoute, bien qu'elle perde l'apport promis. L'associé n'a-t-il promis d'apporter que la jouissance, son obligation étant successive, ressemble à celle du *locator*, et par suite les risques sont pour lui, en ce sens que les autres associés ne sont plus tenus de réaliser leurs apports et que la société est dissoute (V. art. 1867, C. civ.).

3° Effets de l'inexécution.

192. — *Droit du créancier en cas d'inexécution imputable au débiteur. — Effets particuliers de la mora.* — Lorsque l'inexécution provient d'une cause imputable au débiteur, le créancier peut agir contre ce dernier, si sa créance est de celles qui sont munies d'action. Mais que pourra-t-il lui demander? Le droit romain admettait ici une règle tout à fait originale, déjà signalée plus haut et qui est en parfaite convenance avec le caractère du droit d'obligation. L'objet de ce droit étant un *facere* (sens large), c'est-à-dire un acte essentiellement volontaire, le débiteur ne peut être contraint à exécuter effectivement la prestation dont il est tenu. S'il s'y refuse il n'est exposé qu'à une condamnation pécuniaire (V. n° 123).

Cette règle avait des inconvénients. On les évitait dans les actions dites arbitraires où l'on arrivait indirectement à contraindre le débiteur à l'exécution de son obligation en nature. Alors en effet

la condamnation pécuniaire très forte dont on menaçait le débiteur n'était encourue qu'à défaut par lui d'avoir accompli son obligation ainsi que l'ordonnait le juge (V. nos 280, 301). Mais, lorsque l'action n'était pas arbitraire, la condamnation encourue par le débiteur était nécessairement pécuniaire. Il en était de même au cas où l'exécution avait été incomplète, et quand l'objet de l'obligation consistait dans un *facere* au sens strict du mot.

Lorsque la condamnation est pécuniaire, d'après quelles bases est fixé le montant de l'indemnité à laquelle a droit le créancier? Le principe est que le créancier doit être replacé dans la situation où il aurait été si l'obligation avait été exécutée comme elle eût dû l'être. Il doit donc obtenir réparation intégrale du préjudice causé par le défaut d'exécution ou l'exécution incomplète. Or, le plus souvent, ce préjudice consiste en une diminution effective de son patrimoine, c'est-à-dire une perte, *damnum*, que les interprètes appellent *damnum emergens* (1). Mais le préjudice peut comprendre en outre le bénéfice ou gain dont le créancier a été privé et sur lequel il était en droit de compter, ce que les textes appellent *lucrum*, et les modernes *lucrum cessans* (1, *in fin.* Cod., *De sent.*, etc., VII, 47).

Le juge avait donc à évaluer en argent les deux éléments de la réparation due au créancier, et c'est le montant de cette évaluation qui était alloué à ce dernier sous le nom caractéristique de *id quod interest, quanti interest*, c'est-à-dire montant de l'intérêt qu'avait le créancier à recevoir pleine et entière satisfaction : *in tantum competit (stipulatio) quantum mea interfuerit, id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui* (13, pr. Dig., *Rat. rem.*, XLVI, 8, Paul). (V. art. 1149, C. civ.) (2).

Il est bien évident que pour ce calcul, le juge jouit d'une grande latitude d'appréciation. Bien qu'il y ait là avant tout une question de fait, les textes signalent cependant un certain nombre de règles générales destinées à le guider dans son évaluation. C'est ainsi que, suivant une doctrine qui ne paraît pas toutefois très ancienne, le juge doit avoir égard non seulement à la valeur vénale ou courante de la prestation due, *quanti ea res est*, mais à la valeur qu'elle peut avoir pour le créancier qui la réclame, *utilitas acto-*

192. — (1) Citons comme exemple, le cas où le débiteur ne livre pas la chose due, le cas où une personne tue ou blesse l'esclave ou l'animal d'autrui. Mais le débiteur n'est responsable que du dommage appelé direct, c'est-à-dire de celui qui peut être considéré comme une suite nécessaire de l'inexécution, *utilitas quæ modo circa rem ipsam consistit* (21, § 3. Dig., *De act. emt.*, XIX, 1, Paul) (V. art. 1151, C. civ.).

(2) C'est des mots *id quod interest* qu'est venue l'expression moderne *dommages et intérêts*.

ris, creditoris (9, § 8. Dig., *Ad exhib.*, X, 4, Ulp.; 2, § 13, Dig., *Vi bonor. rapt.*, XLVII, 8, Ulp.) Mais, et ceci limite la règle précédente, le juge n'est pas autorisé à tenir compte du simple intérêt d'affection que le créancier pouvait avoir à l'exécution de l'obligation.

Effets particuliers de la mora. — Les règles qui précèdent sont appliquées quelle que soit la cause d'inexécution de l'obligation. Toutefois, l'inexécution provenant du retard, *mora*, produit des effets particuliers. 1° Le principe est le même ici que pour toute autre cause d'inexécution : le créancier doit être indemnisé de tout le préjudice que lui a causé la *mora debitoris* (114. Dig., *De verb. oblig.*, XLV, 1, Ulp.). De là suit que le créancier a droit à tous les accessoires qui se sont joints à la chose depuis la *mora*, notamment les fruits qu'elle a produits ou qu'elle eût produits entre les mains d'un bon père de famille. Lorsque la dette est d'une somme d'argent, les intérêts de cette somme tiennent lieu de fruits au créancier et sont dus également depuis la *mora*, d'où le nom d'intérêts moratoires, par opposition aux intérêts dus par convention ou intérêts conventionnels (3). 2° La perte par cas fortuit survenue après la *mora* ne libère pas le débiteur. La *mora* a pour effet de perpétuer l'obligation (91, § 3, 4. Dig., *De verb. oblig.*, XLV, 1, Paul) (V. art. 1302, C. civ.). En pareil cas, le débiteur doit une somme d'argent calculée comme il a été expliqué plus haut, c'est-à-dire égale à l'*id quod interest*.

II. — Effets des obligations au regard des tiers.

193. — *Notion générale. — Intransmissibilité des créances et des dettes. — Principe de la non représentation. — Exceptions.* — L'obligation a pour objet un fait que doit accomplir le débiteur au profit du créancier. Elle crée donc un lien essentiellement personnel, en ce sens qu'elle ne peut naître qu'entre les personnes mêmes qui y ont figuré dès l'abord comme créancier ou débiteur, et qu'une fois formée, elle devient inséparable de ces personnes (V. n° 207). L'obligation, dans la pure doctrine romaine, ne peut donc produire d'effets à l'égard des tiers. Le droit de créance ne peut appartenir à un autre qu'à celui qui a figuré dans l'obligation

(3) Mais cet effet de la *mora* quant aux fruits et aux intérêts n'a lieu que dans les obligations de bonne foi. Dans l'obligation de droit strict, les fruits ne sont dus qu'à partir de la *litis contestatio*, mais pas les intérêts. Toutefois la créance née du legs, bien qu'étant de droit strict, a fini par être soumise à cet égard aux règles des obligations de bonne foi (34. Dig., *De usur.*, XXII, 1, Ulp.).

comme créancier, l'obligation ne peut grever une autre personne que celle qui a joué le rôle de débiteur (1).

Pratiquement, ce principe trouva son expression dans deux règles, qui toutes deux ne comportèrent d'abord aucune exception, puis finirent par recevoir des tempéraments successifs inspirés par les nécessités du commerce juridique.

I. *Intransmissibilité active et passive des obligations.* — La première règle, il faut le reconnaître, n'est proclamée par aucun texte formel, mais elle a laissé des traces encore sensibles dans le droit de l'époque historique. C'est la règle de l'intransmissibilité des créances et des dettes aux héritiers des parties (2). Elle devait disparaître de fort bonne heure, et sauf quelques exceptions, les obligations furent déclarées transmissibles tant activement que passivement. Désormais la créance se transmet aux héritiers du créancier, excepté certaines créances garanties par des actions pénales qui poursuivent essentiellement la vengeance, *vindictam spirant*, par exemple, l'action *injuriarum* (G. IV, 112) (V. n° 183). Quant aux dettes, il faut distinguer suivant que l'obligation naît d'un fait licite ou d'un délit. Dans le premier cas, l'obligation grève les héritiers du débiteur et ceux-ci en sont tenus pour le tout comme l'était leur auteur (3). Dans le second cas, les actions pénales pures nées du délit sont intransmissibles passivement (1, pr. Dig., *De priv. del.*, XLVII, 1, Ulp.); les actions *quæ rem persequuntur* ne sont données contre les héritiers que jusqu'à concurrence de l'enrichissement qu'ils ont retiré du délit (38. Dig., *De reg. jur.*, L. 17, Pomp.); enfin, les actions mixtes sont intransmissibles quant à la partie purement pénale, et transmissibles dans la mesure de l'enrichissement pour la partie *rei persecutoria* (23, § 8. Dig., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2, Ulp.) (4).

193. — (1) *Quæcunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt* (11. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7, Paul). On indiquera plus loin, à propos de la cession des obligations, d'autres conséquences du caractère essentiellement personnel du lien d'obligation (V. n° 207).

(2) Ce n'est là, il est vrai, qu'une conjecture, mais très vraisemblable, surtout en ce qui concerne les dettes. Si l'on admet que l'obligation primitive atteignait exclusivement la personne physique du débiteur et ne donnait lieu qu'à des voies de contrainte corporelle, on comprendra facilement que l'obligation dut s'éteindre avec la personne même de l'obligé (V. n° 123). C'est encore ce qui est admis à l'égard des obligations tendant à obtenir la *pœna privata*. V. Esmein. *Mélanges d'histoire du droit et de critique. Débiteurs privés de sépulture*, p. 247.

(3) Mais, lorsqu'il y a plusieurs héritiers, la dette se divise entre eux, à moins qu'elle ne soit indivisible.

(4) Au sujet de la *litis contestatio*, on verra qu'une fois intentée et poussée jusqu'à la *litis contestatio*, l'action passe dans tous les cas, aux héritiers du créancier et contre ceux du débiteur (V. n° 283).

II. *Principe de la non représentation.* — La seconde règle qui, elle, est hors de doute est connue sous le nom de principe de la non représentation. Par là, on entend qu'un tiers qui n'a pas participé à l'acte générateur de l'obligation, ne peut pas être investi de la qualité de créancier ou de débiteur, alors même qu'il aurait donné mandat d'agir en son nom. Seule, la personne chargée par lui de le représenter, le représentant, devient créancière ou débitrice, car seule elle a joué un rôle effectif dans la création du lien obligatoire, à laquelle le tiers, représenté, est resté, du moins en apparence, étranger (5). Cette règle était très préjudiciable au développement des transactions. Les Romains le comprirent. Tous leurs efforts tendirent à en atténuer les effets, mais sans pouvoir jamais arriver à la répudier complètement.

1° De bonne heure, le jeu des principes réglant l'organisation de la famille permit au *pater* de remédier dans une certaine mesure aux inconvénients de la non représentation. Le droit civil admettait, en effet, qu'entre les mains du *pater* ou *dominus* les personnes *in potestate* jouaient le rôle d'instruments d'acquisition, en sorte qu'il pouvait, par leur intermédiaire, acquérir une créance. Si donc un *alieni juris* figurait comme créancier dans un contrat ou autre convention obligatoire, ce n'était pas lui, mais son *pater* ou *dominus* qui devenait créancier. La personne de l'*alieni juris* était à ce point absorbée dans celle du *pater* ou *dominus* que celui-ci était censé avoir agi lui-même et avoir parlé par la bouche de l'*alieni juris* : *filius vox tanquam tua intelligitur* (§ 4. Inst., *De inut. stip.*, III, 19) (G. II, 87). A aucun moment, par conséquent, l'*alieni juris* n'avait été créancier; la créance avait pour ainsi dire passé par dessus sa tête pour venir se fixer immédiatement sur celle du *pater* (6). Celui-ci avait été représenté par l'*alieni juris*, aussi pleinement qu'il est possible, les effets de l'acte se produisant directement non dans la personne du représentant, mais dans celle du représenté.

Lorsque l'*alieni juris* avait, au contraire, joué le rôle de débiteur, le droit civil n'admettait pas que l'obligation, cause de diminution pour le patrimoine, pût grever le *pater* ou maître (133. Dig., *De reg. jur.*, L, 17, Gaius). Aussi l'*alieni juris* restait-il

(5) On a déjà vu en matière d'acquisition des droits réels un principe analogue (V. n 113).

(6) On peut dire ici ce que dit Ulpien (79. Dig., *De adq. vel omitt. her.*, XXIX, 2) de toute acquisition réalisée par l'intermédiaire d'un *alieni juris* : *quotiens adquiritur ei cujus quis in potestate est, confestim adquiritur ei cujus est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona ejus per quem adquiritur.*

seul obligé. Mais les droits que cette obligation conférait au créancier étaient bien illusoires. Lorsqu'en effet l'obligation résultait d'un délit, l'*alieni juris*, bien que tenu civilement, n'avait pas de patrimoine pour répondre de sa dette. Lorsqu'elle résultait d'un fait licite, le même inconvénient se présentait à l'égard des enfants de famille tenus civilement et se trouvait aggravé à l'égard des esclaves qui, n'étant tenus que naturellement, ne pouvaient pas même être poursuivis. Pour les obligations *ex delicto*, on a vu comment, de fort bonne heure, on arriva grâce au système de la *noxæ deditio*, à donner satisfaction au créancier (V. n° 184) (7). Pour les obligations provenant d'un fait licite, on finit par admettre que le père ou maître seraient personnellement obligés envers le créancier, et qu'ils avaient été, du moins dans une certaine mesure, représentés par l'*alieni juris* à l'effet de devenir débiteurs. Ce fut le préteur qui réalisa ce progrès. Il donna au créancier le droit d'agir contre le *pater* ou *dominus* par la voie des actions dites *adjectitiæ qualitatis*.

2° Les règles nouvelles établies à cet égard par l'Édit prétorien furent l'occasion d'un nouveau progrès. On les étendit au cas où la personne qui jouait le rôle de débiteur ou de créancier pour un tiers n'était pas un *alieni juris* placé sous la puissance de ce tiers, mais était libre de toute puissance, *libera persona*.

On va exposer ces innovations et montrer jusqu'à quel point elles modifièrent l'ancien principe de la non représentation.

194. — 1° *Représentation par les alieni juris à l'effet de devenir débiteur. — Actions adjectitiæ qualitatis.* — Le principe de la non représentation par les *alieni juris* était souvent contraire à l'équité, car ceux qui avaient traité avec l'*alieni juris* ne l'avaient fait qu'autorisés expressément ou tacitement par le *pater* ou *dominus*. Il est vrai qu'on protégeait de cette façon le chef de famille. Mais l'excès de protection était plutôt nuisible à la personne protégée. On n'avait, en effet, aucun avantage à traiter par l'intermédiaire des *alieni juris* avec un *pater* ou *dominus* contre lequel on n'avait pas action. Touché de cet inconvénient, le préteur donna aux créanciers le droit d'agir contre le *pater* ou *dominus* dans un certain nombre d'hypothèses qui peuvent facilement se ramener à deux groupes principaux.

(7) Mais on a fait observer que le *pater* ou *dominus* n'est pas personnellement tenu à raison du délit commis par l'*alieni juris*, en sorte qu'on ne doit pas voir dans la faculté d'intenter l'action sous la forme noxale, une exception au principe de la non représentation.

Premier groupe. L'*alieni juris* qui s'est engagé avait reçu à cet effet un ordre ou une autorisation de la personne investie du droit de puissance. Il est juste qu'alors cette dernière puisse être poursuivie, car le créancier a suivi sa foi, *magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur* (G. IV, 70). Les actions données sur le fondement de cet ordre ou autorisation reçoivent, suivant les cas, la qualification d'actions *quod jussu, exercitoria, institoria*. Elles sont données *in solidum*, c'est-à-dire qu'on peut y réclamer le tout.

Deuxième groupe. L'*alieni juris* n'a reçu ni ordre ni autorisation, mais le *pater* ou *dominus* a tiré profit de l'opération. L'équité exige donc également qu'une action soit donnée contre ce dernier. Ce sera, suivant les cas, l'action *de peculio* ou *de in rem verso*, la première jusqu'à concurrence du pécule, la seconde jusqu'à concurrence de l'enrichissement.

L'action ainsi donnée contre le *pater* ou *dominus* n'est pas une action spéciale créée par le préteur pour la circonstance. Il lui a paru suffisant d'accorder l'action ordinaire, née de l'opération juridique en vertu de laquelle l'*alieni juris* est devenu débiteur (civil ou naturel) : *actio venditi, emti, locati, conducti, mandati*, selon qu'il s'est agi d'une vente, d'un louage, d'un mandat. L'innovation prétorienne a consisté à donner cette action contre quelqu'un qui n'a pas contracté⁽¹⁾. Mais l'*alieni juris* demeurait débiteur. Le créancier a donc deux débiteurs au lieu d'un, avec droit de poursuivre celui des deux qu'il lui plaît de choisir⁽²⁾. Paul résume très sobrement la pensée prétorienne en disant : *hoc edicto non transfertur actio sed adjicitur* (5, § 1. Dig., *De exercit. act.*, XIV, 1). Cela signifie qu'il n'y a pas substitution d'un débiteur nouveau (le *pater* ou *dominus*) au débiteur ancien (l'*alieni juris*). L'édit ne fait que donner au créancier un secours supplémentaire, une action de plus, un débiteur nouveau plus sûr que le principal et direct obligé. Voilà d'où vient l'expression action *adjectitiæ qualitatis* par laquelle les interprètes désignent l'action donnée contre le *pater* ou *dominus*. On voit par là que l'Édit tout en admettant le principe de la représentation n'a pas admis la conséquence que ce prin-

194. — (1) Au point de vue procédural l'innovation du préteur se traduit par l'octroi de l'action (*venditi, emti, etc.*) avec des modifications dans sa formule habituelle. Ces modifications indiquaient les circonstances de fait à la suite desquelles le *pater* ou *dominus* était tenu contrairement au principe ancien du droit civil, et autorisaient le juge à le condamner soit *in solidum*, soit jusqu'à concurrence du pécule ou de l'enrichissement. V. Girard, *Manuel élément.*, p. 659; Accarias, t. II, n° 76.

(2) *Est autem nobis electio utrum exercitorem an magistrum conveniri velimus* (1, § 17, Dig., *De exercit. act.*, XIV, 1. Ulp.).

cipe comporte logiquement, à savoir l'effacement complet de la personne du représentant, simple intermédiaire, devant celle du représenté, seul intéressé dans l'opération (3).

Reste à indiquer sommairement le caractère propre de chacune des actions *adjectitiæ qualitatis*.

Premier groupe.

1° *Actio quod jussu*. — C'est ainsi qu'est qualifiée l'action donnée à raison des obligations contractées par l'*alieni juris*, sur l'ordre, *jussus*, et par conséquent sous la responsabilité du *pater* ou du *dominus*. Le créancier en effet a suivi la foi de ce dernier plutôt que celle de l'*alieni juris*, et il est censé avoir traité avec celui qui a donné le *jussus* (G. IV, 70 ; 1, pr. Dig., *Quod jussu*, XV, 4, Ulp.).

2° *Actio exercitoria*. — Un armateur, *exercitor*, a préposé son fils ou son esclave comme *magister navis* à la conduite d'un navire. On donne contre lui l'action *exercitoria* à raison de toute obligation contractée par le *magister* conformément aux instructions qu'il a reçues, *lex præpositionis* (4). On peut voir là une variété de l'action *quod jussu*. Car on peut considérer que le préposant a par avance donné au *magister* un *jussus* général pour tout ce qui concerne les opérations dont il l'a chargé (G. IV, 71).

3° *Actio institoria*. — Il s'agit ici d'un *alieni juris* préposé à un commerce quelconque, *institor tabernæ vel negotio* (1 ; 3, Dig., *De inst. act.*, XIV, 3, Ulp.). On présume alors que le préposant a donné un *jussus* général pour toutes les opérations se rattachant au commerce, et de ce chef le préteur permet aux créanciers d'agir contre lui par l'action *institoria* (G. IV, 71).

Deuxième Groupe.

1° *Actio de peculio*. — Elle est donnée dans le cas où le *pater* ou maître a confié à l'*alieni juris* l'administration d'un pécule (V. nos 23, 36). Bien que l'*alieni juris* ne puisse avoir de biens à lui propres, le pécule est regardé comme son patrimoine. Ulprien est

(3) Le droit civil fut plus hardi dans sa logique que le droit prétorien, lorsqu'il posa en matière d'acquisition des droits réels ou du droit de créance, la règle indiquée plus haut (V. n° 193, note 6) : *confestim adquiri ei cujus est in potestate*, etc.

(4) Cette action a dû s'introduire d'assez bonne heure. Ainsi l'exigeaient les nécessités du commerce maritime. Les *alieni juris* préposés à la conduite d'un navire ne jouissaient d'aucun crédit personnel. Ceux qui consentaient à traiter avec eux n'avaient en vue que le crédit du préposant (1, pr. Dig., *De exerc. act.*, XIV, 1, Ulp.).

formel à ce sujet : *nam qui cum servo contrahit universum peculium ejus veluti patrimonium intuetur* (32, pr. in fin. Dig., De pec., XV, 1). Les créanciers ne sont censés avoir traité avec l'*alieni juris* qu'en considération du pécule. Cet ensemble de biens forme leur gage. Ils poursuivront donc leur paiement sur les valeurs qui composent ce pécule, et comme la propriété de ces valeurs n'a pas cessé en droit d'appartenir au *pater* ou *dominus*, c'est contre ce dernier que leur action doit être dirigée. Mais il n'est tenu pour ainsi dire que *propter rem*, c'est-à-dire comme détenteur du pécule et par conséquent jusqu'à concurrence de son montant, *de peculio duntaxat*. C'est pourquoi l'action donnée contre lui est appelée *de peculio*, et c'est pour cela qu'elle n'aboutit pas toujours à une condamnation *in solidum*, le pécule pouvant ne pas être suffisant pour répondre de la totalité de la dette contractée par l'*alieni juris* (5). On comprend dès lors pourquoi la durée de l'action *de peculio* était intimement liée au sort du pécule. S'il était repris à l'*alieni juris*, ou si ce dernier mourait, le pécule cessait d'exister et l'action *de peculio* après avoir subsisté encore une année utile, cessait également.

2° *Actio tributoria*. — Cette action n'est qu'une variété de l'action *de peculio*. Elle est donnée lorsque le pécule est, au su du père ou maître, affecté en tout ou en partie à l'exploitation d'un commerce. Ce pécule commercial appelé non plus *peculium*, mais *merx peculiaris* (1, § 2. Dig., De trib. act., XIV, 4, Ulp.), constitue le gage exclusif des créanciers qui ont traité en considération des valeurs qu'il comprend. Ils ont action contre le *pater* ou *dominus* pour obtenir une distribution de ces valeurs, proportionnelle au montant de chaque créance, *tributio pro rata parte*. De là le nom d'*actio tributoria*. Elle ressemble donc à l'action *de peculio*, puisqu'elle n'est pas donnée *in solidum*, mais seulement jusqu'à épuisement des valeurs constituant la *merx peculiaris* (6).

(5) Le créancier qui agissait *de peculio* était obligé de laisser déduire de l'actif du pécule le montant de ce qui était dû par l'*alieni juris* à son *pater* ou *dominus*, en sorte que celui-ci jouissait d'un *privilegium deductionis* (G. IV, 73). On justifiait ce privilège en disant que le maître était censé avoir pris les devants et s'être fait payer le premier, *prævenisse et cum servo egisse* (9, § 2. Dig., De pec., XV, 1, Ulp.). Mais le créancier n'était pas obligé de subir le concours des autres créanciers de l'*alieni juris*, et pouvait conserver pour lui seul le bénéfice de la condamnation obtenue (9, § 2; 10. Dig., De pecul., XV, 1, Ulp.). Le créancier le plus vigilant et le plus prompt à la poursuite était donc préféré à ceux qui n'avaient pas agi.

(6) A la différence de l'action *de peculio*, le *pater* ou *dominus* ne jouit ici d'aucun *privilegium* et le créancier poursuivant est obligé de subir le concours des autres et de se contenter d'un simple dividende (1, pr.; 5, § 19; 6. Dig., De tribut. act., XIV, 4, Ulp., Paul) (G. IV, 72). Ces règles destinées à établir l'égalité entre tous les créan-

3° *Actio de in rem verso*. — Comme les deux précédentes, cette action repose sur l'idée d'un enrichissement réalisé par le *pater* ou *dominus*, avec cette différence qu'elle ne suppose pas nécessairement un pécule concédé par lui (7). Elle est donnée à raison de toute obligation contractée par l'*alieni juris*, mais jusqu'à concurrence du profit, *in rem versio*, que cette obligation a procuré au *pater* ou *dominus*. Pour apprécier s'il y avait eu *versio in rem*, c'est-à-dire profit retiré, il fallait se placer au moment où l'obligation avait été contractée : on n'avait pas à rechercher si ce profit avait persisté. L'action *de in rem verso* avait une grande utilité. Elle était l'unique ressource du créancier, lorsqu'il n'y avait eu ni *jussus*, ni autorisation générale de contracter, ni concession de pécule, ou lorsque le pécule ayant été retiré sans dol l'action *de peculio* était éteinte, ou enfin, lorsque les valeurs du pécule avaient été épuisées par les poursuites de créanciers plus diligents (1, § 1. Dig., *De in rem vers.*, XV, 3, Ulp.).

195. — 2° *Représentation per liberam personam*. — Ici le mandataire ou gérant d'affaires qui a figuré dans l'obligation comme créancier ou comme débiteur, est une *libera persona* non soumise à la puissance du mandant ou du *dominus rei gestæ*. Appliqué dans cette hypothèse, le principe de la non représentation avait les plus graves inconvénients pratiques. Lorsqu'en effet le mandataire ou gérant avait contracté une obligation, seul il était tenu envers le créancier. Celui-ci n'avait aucune action contre le mandant ou *dominus*, bien qu'en fait il n'eût contracté qu'en considération du crédit personnel de ce dernier. De son côté, le mandataire ou gérant, pour se faire indemniser de ce qu'il avait dû payer au créancier n'avait que la ressource de l'action *mandati contraria* ou *negotiorum gestorum contraria*, et courait ainsi les risques de l'insolvabilité de celui dont il avait fait l'affaire. Dans le cas où le mandataire ou gérant avait joué le rôle de créancier, seul il avait le droit de poursuivre le débiteur, sauf ensuite à ren-

ciers sont évidemment inspirées par la pensée de favoriser les opérations commerciales entreprises par l'intermédiaire des *alieni juris*. Il y a là, sous une forme rudimentaire, une première ébauche d'un droit spécial au commerce.

(7) L'action *de in rem verso* est également possible s'il y a un pécule. La formule délivrée contenait alors une double *condemnatio*. Le juge devait d'abord rechercher s'il y avait eu *versio in rem* et s'arrêter là si le montant de l'enrichissement suffisait pour désintéresser le créancier. A défaut de *versio in rem*, ou si cette *versio* était inférieure au chiffre de la dette, il évaluait le pécule et prononçait la condamnation *de peculio*. Gaius constate formellement (G. IV, 74a) que : *eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur*. Justinien complète ce renseignement en disant : *licet enim una est actio... tamen duas habet condemnationes* (§ 4. Inst., *Quod cum eo*, IV, 7).

dre compte de ce qu'il avait touché. Le mandant ou *dominus* risquait alors de se trouver en face d'un mandataire ou gérant insolvable, et il ne pouvait éviter ce danger qu'en se faisant céder l'action du mandataire ou gérant contre le débiteur.

Somme toute, l'application du principe de la non représentation n'était pas faite pour faciliter les transactions car il donnait lieu à des complications de toute nature. Pour comprendre dans quelle mesure ce principe fut modifié, il faut distinguer suivant que la *libera persona* a figuré dans l'acte comme débiteur ou créancier.

a) *La libera persona a joué le rôle de débiteur.* — Ce furent les actions prétoriennes données contre le *pater* ou *dominus* qui servirent de point de départ aux progrès ultérieurs du droit. On commença en effet par donner l'action *exercitoria* ou *institoria*, au cas où le préposé, *magister navis* ou *institor*, était un *extraneus*, une *libera persona* (G. IV, 71). Faisant un pas de plus dans cette voie, on traita tout mandataire général comme une sorte d'*institor*. Enfin, faisant abstraction du caractère de généralité du mandat, on vit encore un *institor* dans tout mandataire spécial. A ceux envers qui un mandataire s'était obligé on donna donc une action contre le mandant, que les textes appellent d'un nom significatif : *actio utilis ad exemplum institoriae actionis* (19, pr. Dig., *De inst. act.*, XIV, 3, Papin.; 13, § 25. Dig., *De act. emt.*, XIX, 1, Ulp.). Enfin, considérant les tuteurs, curateurs, administrateurs d'une ville comme des mandataires ou gérants d'affaires, on donna aux personnes qui avaient traité avec eux le droit de poursuivre par voie d'action utile ceux dont ils administraient les biens.

Mais, dans toutes ces hypothèses, le créancier conserve son action contre le mandataire ou gérant qui s'est engagé directement envers lui. Il a par conséquent deux débiteurs au lieu d'un. La personnalité du mandataire ne s'efface pas devant celle du mandant. Les Romains n'ont donc jamais admis ici avec toute la plénitude d'effets qu'il comporte, le principe de la représentation *per liberam personam* (1).

b) *La libera persona a joué le rôle de créancier.* — On a dit qu'en pareil cas, le mandant n'avait pas d'action propre contre ceux qui étaient devenus débiteurs de son mandataire; mais il pouvait se faire céder celle du mandataire. Cette cession fut jugée super-

195. — (1) Cependant au cas de tutelle ou curatelle, on admettait qu'une fois la tutelle ou curatelle finie, il s'opérait une sorte de transfert des actions sur la tête de la personne autrefois *in tutela vel in curatione*. Celle-ci pouvait donc être seule poursuivie par les tiers, et, dans ce cas unique, il y a représentation pleine et entière (5. pr. *Quand. ex fact.*, XXV, 9, Papin.; 1. Cod., *Quand. ex fact.*, V, 39).

flue en cas de tutelle ou curatelle. On admit, en effet, que la tutelle ou curatelle terminée, l'action du tuteur ou curateur passait aux personnes dont ils avaient administré les biens (2. Dig., *Quand. ex fact.*, XXV, 9, Ulp.). On permit également aux villes d'agir directement et sans cession préalable contre les personnes qui s'étaient obligées envers leurs administrateurs, *actores*. De même, lorsqu'une *libera persona* avait été préposée comme *institor*, on permit au préposant d'agir par action utile contre les débiteurs de l'*institor*. Cette décision fut généralisée à la fin de l'époque classique et appliquée à tout mandat quelconque. On autorisa en conséquence le mandant à agir contre les débiteurs du mandataire par une action utile, en vertu d'une cession sous-entendue (13, § 25, Dig., *De act. emt.*, XIX, 1, Ulp.). On peut donc dire qu'à l'égard des créances le principe de la non représentation a fini par être complètement écarté.

TROISIÈME PARTIE

EXTINCTION ET TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

I. — Extinction des obligations.

196. — *Notions générales et divisions des modes d'extinction.*
— On l'a déjà dit, le lien de droit qui unit le débiteur au créancier n'est point destiné à subsister, mais à se dénouer. A l'*obligatio* correspond, par conséquent, ce que le langage imagé du droit romain appelle *solutio* ou *liberatio*, c'est-à-dire l'acte ou fait quelconque qui met fin à l'obligation (V. n° 114). Mais cette correspondance n'existe pas dans les mots seulement. Elle se manifeste dans les causes, les effets et les formes des modes de libération qu'on appelle aussi modes d'extinction de l'obligation.

1° Comme les modes de création, les modes d'extinction se divisent en deux grandes classes : les uns ont pour cause la volonté des parties et sont le résultat d'un accord entre le créancier et le débiteur, les autres sont la conséquence de faits étrangers à la volonté des deux parties, mais auxquels la loi attache de sa propre autorité la force extinctive.

2° Au point de vue des effets, il y a à distinguer les modes d'extinction reconnus et sanctionnés par le droit civil de ceux qui ne sont sanctionnés que par le droit prétorien. Cette opposition s'explique aisément. De même que les obligations sanctionnées par le

droit civil furent toujours en nombre restreint, de même les faits auxquels il reconnaissait la vertu libératoire furent en nombre assez limité⁽¹⁾. Ici par conséquent, le préteur fut amené à combler les lacunes du droit civil. Il attribua à certains faits l'effet extinctif que le droit civil leur déniait. Il y a donc des modes d'extinction d'origine prétorienne, à côté des modes d'origine civile. Mais de même que l'obligation civile se distingue de l'obligation prétorienne par l'action qui lui sert de sanction, de même les modes d'extinction civils se séparent quant à l'efficacité de ceux que reconnaît le droit prétorien. Des premiers, on dit qu'ils opèrent *ipso jure*, des seconds, qu'ils n'agissent qu'*exceptionis ope*. Pratiquement, cette différence se traduit par les résultats suivants :

a) Le débiteur poursuivi qui invoque un mode d'extinction *ipso jure*, obtiendra du magistrat, *in jure*, le rejet de l'action du demandeur, *denegatio actionis*. S'il a négligé d'invoquer l'extinction devant le magistrat, il sera toujours admis à l'opposer devant le juge, *in judicio*, sans que le juge ait reçu à cet égard une instruction dans la formule. S'agit-il au contraire d'un mode d'extinction opérant *exceptionis ope*, l'obligation n'est pas éteinte *jure civili*, et le magistrat ne peut pas repousser le créancier en lui déniait l'action. Car s'il le faisait, il donnerait au moyen prétorien une efficacité à laquelle il ne peut prétendre. Un mode prétorien ne peut pas en effet anéantir un droit fondé sur le droit civil. Il ne peut que le paralyser. Aussi, faut-il que le défendeur demande au magistrat l'insertion d'une exception dans la formule, à l'effet de donner au juge la mission d'examiner si la cause d'extinction invoquée existe et en cas d'affirmative d'absoudre le défendeur. L'action, ou ce qui revient au même, la créance n'est donc pas éteinte, elle n'est que paralysée, et si le débiteur est libéré, ce n'est que par le secours prétorien de l'exception, *exceptionis ope*. De là résulte que si le débiteur a négligé de demander l'insertion de l'exception dans la formule, le juge devra le condamner car il n'est pas autorisé à tenir compte de la cause d'extinction opposée pour la première fois devant lui.

b) A côté de cette première différence qui a disparu avec le système formulaire il faut en noter une seconde. L'obligation qui n'est éteinte qu'*exceptionis ope* peut renaître si, par une circonstance

196. — (1) Pour expliquer que le temps n'est pas une cause d'extinction des obligations, Paul fait remarquer qu'il ne figure pas dans la liste étroitement fermée des modes libérateurs : *nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi* (44, §1. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7). Or, le temps ne figure pas parmi ces *modi certi*.

quelconque, l'exception venait à être elle-même paralysée dans ses effets, tandis que l'effet des modes d'extinction *ipso jure* est définitif (V. n° 203).

3° L'analogie entre les modes de création et d'extinction se manifeste d'une façon non moins significative à un troisième point de vue. Dans les principes purs du formalisme primitif, un acte juridique ne peut cesser de produire ses effets que par l'emploi d'un procédé exactement identique à celui qui a servi à le faire naître. Cette loi de concordance domine tout le droit (2). Elle s'applique donc à la matière de l'extinction des obligations, où elle apparaît dans un relief saisissant. A chaque obligation correspondait, dans le droit ancien, un mode d'extinction qui lui était propre, une forme en sens contraire, *contrarius actus*, dont l'emploi était indispensable pour que l'obligation pût s'éteindre. La nécessité de ce *contrarius actus* est proclamée dans les termes les plus formels : *prout quidque contractum est ita et solvi debet* (80. Dig., *De solut.*, XLVI, 3, Pomp.) : *fere quibuscumque modis obligamur iisdem in contrarium actis liberamur* (153. Dig., *De reg. jur.*, L, 17, Paul). On aura à revenir ultérieurement sur cette règle au sujet de l'acceptilation et du *mutuus dissensus* (V. n° 204).

Principales divisions des modes d'extinction. — Si l'on envisage la nature du fait qui met fin à l'obligation, on divisera les modes d'extinction en trois classes : 1° On placera dans la première le fait d'avoir accompli la prestation due. C'est là le mode naturel et normal d'extinction. Il s'applique à toute obligation, quel qu'en soit l'objet ou la source. C'est le paiement, *solutio* (sens étroit), *liberatio* (G. III, 168; 176. Dig., *De verb. signif.*, L, 16, Ulp.). 2° La seconde classe comprend tous les modes qui, sans être un paiement, équivalent au paiement. Il peut se faire en effet que le créancier consente à recevoir une prestation autre que celle qu'il pouvait exiger du débiteur, et que néanmoins il tienne sa créance pour éteinte. On dit qu'alors il a reçu une *satisfactio* qui équivaut à une *solutio* (176. Dig., *De verb. signif.*, L, 16, Ulp.; 52. Dig., *De solut.*, XLVI, 3, Ulp.). Tel est le cas où le créancier consent à une novation ou à une dation en paiement. 3° Dans la troisième classe figurent tous les cas où l'obligation est éteinte sans que le créancier ait obtenu soit une *solutio* (sens étroit) soit une *satisfactio*

(2) Elle est formulée ainsi : *Omnia quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt* (100. Dig., *De reg. jur.*, L, 17, Gaius); *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est* (35. Dig., *De reg. jur.*, L, 17, Ulp.). V. Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. III, pp. 306 et suiv.; Girard, *Manuel élément.*, p. 678.

équivalente, par exemple, au cas de remise gratuite de la dette ou de perte fortuite de la chose due. Il y a alors *solutio*, mais au sens large du mot (54. Dig., *De solut.*, XLVI, 3, Paul).

On peut aussi diviser les modes d'extinction selon qu'ils dérivent ou non de la volonté des parties.

Enfin, on a vu plus haut la division des modes d'extinction qui, s'attachant à la source de droit qui les sanctionne, les distingue en modes du droit civil et modes du droit prétorien. C'est à elle qu'il convient de s'attacher de préférence.

1° Modes d'extinction du droit civil.

197. — *Énumération et divisions.* — Le droit civil admet des causes d'extinction indépendantes de la volonté des parties, et des causes volontaires. Parmi les premières il suffit d'énumérer : 1° La perte de la chose due, à la suite d'un cas fortuit (V. n° 191). 2° La mort du créancier ou du débiteur suivant des distinctions indiquées plus haut (V. n° 193). 3° La confusion, c'est à dire la réunion sur la même tête des qualités de créancier et de débiteur, ce qui se produit quand le débiteur devient le successeur *in universum jus* du créancier et réciproquement. En pareil cas, l'obligation s'éteint par la force même des choses, une personne ne pouvant être débitrice ou créancière d'elle-même. 4° La prescription libératoire, après l'expiration de trente ans. Mais cette cause d'extinction ne date que du Bas Empire (1).

Quant aux causes d'extinction volontaires ce sont : le paiement, la novation, l'acceptilation, le *mutuus dissensus*. Les trois derniers de ces modes extinctifs supposent entre le créancier et le débiteur une convention intervenant après la naissance de l'obligation et ayant son extinction pour objet. Ce sont donc des modes conventionnels. Quant au paiement, il a également ce caractère, lorsque l'obligation qu'il éteint a sa source dans une convention. Car alors, il est la mise à exécution de cette convention. Mais quand l'obligation n'est pas conventionnelle, le paiement ne l'est pas non plus. Il n'en reste pas moins un mode volontaire d'extinction, en ce sens qu'il est le résultat d'un fait volontairement accompli par le débiteur.

197. — (1) V. sur l'extinction des obligations par le laps de temps dans le droit antérieur au Bas-Empire : Girard, *Manuel élément.*, pp. 720-723. Aux causes d'extinction non volontaires il faut ajouter le concours de deux causes lucratives. Le débiteur d'un corps certain en vertu d'une *causa lucrativa* est libéré quand ce corps certain est acquis au créancier en vertu d'une autre *causa lucrativa* (17 Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7, Julian.).

198. — *Du paiement.* — Le paiement consiste dans la prestation de ce qui est dû (G. III, 168). Pour être libératoire, c'est-à-dire pour éteindre l'obligation et libérer le débiteur, il doit avoir pour objet ce qui est dû; être fait par une personne capable de payer; à une personne qui a qualité pour recevoir; avoir lieu à l'époque et au lieu convenus⁽¹⁾.

1° *Objet du paiement.* — Le paiement doit avoir pour objet ce qui est dû et rien que ce qui est dû. Le créancier ne peut exiger autre chose, ni être contraint de recevoir autre chose (2, § 1. Dig., *De reb. cred.*, XII, 1, Paul). Ce serait payer autre chose que d'offrir au créancier une partie de ce qui est dû et non la totalité; aussi, le créancier est-il toujours fondé à refuser un paiement partiel. S'il l'accepte, la dette est éteinte jusqu'à due concurrence (V. art. 1243, 1244, C. civ.).

2° *Personnes qui peuvent payer.* — Le paiement est fait en règle générale par le débiteur lui-même. Il peut cependant émaner d'un tiers étranger à la dette, tel qu'un mandataire du débiteur, un gérant d'affaires, ou un tiers agissant *animo donandi* (V. art. 1236-2°, C. civ.). Mais il n'est loisible à un tiers de payer au nom du débiteur que lorsqu'il s'agit d'obligations où la personnalité du *solvens* est indifférente. L'intention des parties peut en effet avoir été que l'obligation ne pût être acquittée que par le débiteur lui-même (31. Dig., *De solut.*, XLVI, 3, Ulp.) (V. art. 1237, C. civ.)⁽²⁾.

3° *Personnes qui peuvent recevoir paiement.* — On doit payer au créancier lui-même. Mais le paiement reçu par lui ne sera libératoire que si le créancier est capable de rendre sa condition pire⁽³⁾. On peut aussi payer à un tiers mandataire conventionnel ou légal du créancier, notamment à celui que le créancier s'est adjoint au moment de la conclusion de la convention, à l'effet précisément de recevoir paiement en son lieu et place, *adjectus solutionis gratia* (V. n° 217). Fait à un tiers sans mandat, le paiement n'est pas libératoire, à moins que le créancier n'en ait profité ou n'ait ratifié (12, § 4. Dig., *De solut.*, XLVI, 3, Ulp.) (V. art. 1239, C. civ.).

4° *Lieu et époque du paiement.* — A cet égard, la convention des parties fait loi. A défaut d'accord, le principe est que les dettes

198. — (1) Lorsque le paiement est fait dans les conditions ci-dessus, le créancier ne peut se refuser à le recevoir sans s'exposer à la procédure d'offres suivies de consignation. V. Accarias, t. II, n° 691 et art. 1257, C. civ.

(2) Quelle que soit d'ailleurs la personne qui paie, elle doit être capable de faire sa condition pire. Aussi, le pupille ne peut-il valablement payer *sine tutoris auctoritate* (V. n° 58).

(3) Fait à un pupille non muni de l'*auctoritas*, le paiement n'est pas libératoire à moins qu'il n'ait profité au pupille (G. II, 84) (V. art. 1241, C. civ.).

de corps certains doivent être payées au lieu où se trouvait la chose due au jour du contrat, et les dettes de choses de genre au domicile du débiteur (3, § 4. Dig., *De act. emt.*, XIX, 1, Pomp.) (V. art. 1247, C. civ.). L'application de ces règles pouvait devenir gênante pour le créancier. Si en effet le débiteur était absent du lieu du paiement, aucune poursuite n'était possible contre lui. La procédure *in jure* suppose la présence du défendeur. Elle ne peut avoir lieu par défaut. Le créancier était donc amené à poursuivre le débiteur dans le lieu où il le trouvait. Mais, puisque ce lieu n'est pas celui du paiement, la demande risque d'échouer comme entachée de *plus petitio loco* (V. n° 285). Pour éviter ce danger, on permettait au créancier de demander au prêteur de modifier la formule, en y insérant deux mentions spéciales. D'une part, le magistrat indiquait au juge le lieu où le paiement aurait dû être fait; et d'autre part il lui donnait le pouvoir de tenir compte dans l'évaluation de la condamnation de l'intérêt qu'avait le demandeur, à obtenir l'exécution au lieu du paiement ou bien le défendeur à faire cette exécution en ce lieu. L'action du contrat ainsi modifiée quant à sa formule s'appelle *actio de eo quod certo loco* (Dig., *De eo quod cert. loc.*, XIII, 4) (4).

199. — *De la novation.* — *Novation dans le droit ante classique.* — La théorie de la novation à l'époque classique et sous Justinien ne peut se comprendre que si on se reporte à la novation de l'ancien droit. Les textes permettent d'ailleurs de reconstituer dans sa physionomie originale cette novation primitive, et de suivre les altérations dont elle a été l'objet (1).

Dans le droit ancien, la novation consiste dans le remplacement de l'obligation par une obligation nouvelle ayant le même objet. La novation produit donc un double effet : elle éteint une dette et à la place elle en crée une autre. Mais ce double résultat ne peut être atteint qu'en employant la stipulation. La novation du droit ancien pourrait donc se définir : une stipulation ayant pour objet la prestation de ce qui est dû en vertu d'une obligation préexistante, qui est dès lors éteinte, *stipulatio prioris debiti*.

(4) Mais lorsque le créancier agit par une action *bonæ fidei*, il n'a pas besoin de faire transformer sa formule. Le pouvoir du juge est assez large ici pour lui permettre, sans mission spéciale, de tenir compte au créancier demandeur ou au débiteur défendeur de l'intérêt qu'ils avaient à ce que l'obligation fût exécutée au lieu de paiement (7, pr.; § 1. Dig., *De eo quod cert. loc.*, XIII, 4, Paul).

199. — (1) V. la monographie de Gide : *Études sur la novation et le transport des créances*. Adde, Accarias, t. II, nos 692 et suiv.

Trois éléments essentiels sont contenus dans cette définition.

1° Une stipulation est nécessaire pour créer l'obligation nouvelle. Cette exigence n'est que l'application du principe que le simple pacte n'est pas par lui-même obligatoire (2).

2° La novation suppose que l'objet de la dette nouvelle est exactement identique à celui de la dette ancienne. Sinon, la stipulation ne produira pas d'effet novatoire, elle s'ajoutera à l'obligation ancienne sans la détruire. Les textes expriment cette condition d'identité d'objet en disant que l'objet de l'obligation ancienne est transporté et comme transfusé dans l'obligation nouvelle, et c'est ainsi que s'explique l'extinction de l'obligation ancienne qui, n'ayant plus d'objet, n'existe plus : *novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio* (1, pr. Dig., *De novat.*, XLVI, 2, Ulp.) : *prima tollitur, translata in posteriorem* (G. III, 176).

3° Il n'y a novation que si l'on a apporté dans l'obligation nouvelle une modification quelconque au rapport obligatoire primitif. Le mot de novation éveille en effet l'idée d'un changement dans la dette, *aliquid novi* (1, pr. Dig., *De novat.*, XLVI, 2, Ulp.). Or ce changement peut porter sur les personnes, sujets de l'obligation. Il peut aussi provenir d'une modification dans la dette, les personnes restant les mêmes. En examinant ces deux hypothèses, on connaîtra sous tous ses aspects la portée pratique de la novation.

a) *Novation par changement de personnes.* — Elle peut consister en un changement de créancier. Primus étant créancier de Secundus, Tertius, sur l'ordre de Primus, stipule de Secundus ce que celui-ci doit à Primus. Secundus est alors libéré vis-à-vis de Primus, mais il devient l'obligé de Tertius. La novation peut aussi avoir lieu par changement de débiteur. Primus étant créancier de Secundus, stipule de Tertius ce qui est dû par Secundus. Secundus est libéré vis-à-vis de Primus, et Tertius est obligé à sa place (G. III, 176) (3). On voit ici l'utilité pratique de la novation. Semblable à cet égard au contrat *litteris* (*transcriptio a persona in personam*), elle permettait soit de céder les créances,

(2) Les textes font constamment allusion à cette exigence. V. notamment, 2. Dig., *De novat.*, XLVI, 2, Ulp. : *Quodcumque contractum est novari potest et transire in verborum obligationem*, *Adde*, 1, §1. Dig., *De novat.*, XLVI, 2, Ulp.; G. III, 176.

(3) On peut d'ailleurs combiner la novation par changement de créancier avec la novation par changement de débiteur, et avoir ainsi une novation double. Supposons Primus créancier de Secundus qui lui-même est créancier de Tertius, et Primus stipulant de Tertius ce que ce dernier doit à Secundus. Deux dettes seront alors éteintes d'un seul coup : celle de Secundus envers Primus, celle de Tertius envers Secundus. Il n'en subsiste plus qu'une seule, celle de Tertius envers Primus et cette dette un seul paiement suffira à l'éteindre.

soit de les payer par un simple changement dans les personnes sans déplacement de numéraire (V. n^{os} 141, 207).

b) *Novation inter easdem personas*. — Deux cas sont à distinguer. Si la première obligation n'était pas une obligation *verbis*, la stipulation qui opérerait novation constituait à elle seule l'*aliquid novi* requis, car le débiteur était désormais tenu par une action nouvelle, de droit strict, née de la stipulation novatoire. Si la première obligation était déjà une obligation verbale, comme l'*aliquid novi* ne pouvait être un changement d'objet, il consistait en une modification dans les modalités de l'obligation, *adjectio* ou *detractio diei vel conditionis* (G. III, 177).

Cette analyse des conditions de la novation permet d'apercevoir les différences essentielles qui séparent la novation romaine de la novation du droit moderne. Pour nous, la novation consiste dans une convention ayant un double objet : l'extinction d'une obligation préexistante et son remplacement par une obligation nouvelle. Mais ces deux effets, l'effet extinctif et l'effet obligatoire, sont juridiquement distincts l'un de l'autre. Ils ne sont rattachés entre eux que par un lien purement intellectuel, la volonté de nover. Le double effet et la volonté de nover on les retrouve également dans la novation romaine. Mais alors le procédé employé pour nover, rend les deux effets matériellement inséparables et exprime d'une façon matérielle la volonté de nover.

D'une part, la stipulation qui crée l'obligation nouvelle, ayant le même objet que l'obligation ancienne, éteint celle-ci. L'acte qui oblige est donc en même temps celui qui libère, et il n'est pas possible de voir en lui deux conventions que les parties auraient juxtaposées pour en faire un tout unique. D'autre part, il est évident que pour produire cet effet, la stipulation devait être conçue dans une forme spéciale, qui, selon toutes les probabilités, exprimait formellement l'identité d'objet, par exemple : *Quod Titium mihi dare oportet, id dari spondes* (34, § 2. Dig., *De novat.*, XLVI, 2, Gaius). Il y avait donc une formule novatoire dont l'emploi était nécessaire lorsqu'on voulait nover, mais qui, comme toutes les formules, était rédigée de telle sorte qu'il ne pouvait subsister aucun doute sur la volonté de celui qui s'en servait. La volonté de nover si certaine qu'elle fût, demeurerait sans effet lorsqu'elle ne s'était pas exprimée au moyen de la formule novatoire; mais le fait d'avoir employé cette formule faisait présumer la volonté de nover et emportait forcément novation (4).

(4) Mais ce serait exagérer la véritable portée de cette règle de dire que, dans le

200. — *Novation à l'époque classique et sous Justinien.* — *Effets de la novation.* — La décadence du formalisme ne pouvait manquer d'avoir sa répercussion sur la novation. Deux modifications importantes furent apportées à la théorie ancienne.

1° La formule novatoire fut laissée de côté. On se contenta, pour nover, d'une stipulation quelconque. Mais l'abandon de la formule n'allait pas sans inconvénient. Désormais, dans chaque cas particulier, on pouvait se demander ce que les parties avaient eu l'intention de faire, *quod actum est*, c'est-à-dire si elles avaient voulu nover, ou si elles n'avaient voulu qu'ajouter une obligation nouvelle à l'ancienne, sans éteindre cette dernière. Tel est l'état du droit à l'époque d'Ulpien (1). A certains égards, ce droit nouveau était plus désavantageux que l'ancien. Il était une occasion de procès plus fréquents, puisque la volonté de nover n'était plus exprimée comme jadis dans des termes sacramentels qui la mettaient hors de doute. Pour éviter les contestations, la pratique avait été amenée à admettre un certain nombre de présomptions d'où elle faisait dériver l'*animus novandi*. Mais l'accord ne se fit jamais complet sur ce point. Pour faire cesser toute discussion, Justinien décida que l'intention de nover devrait toujours être exprimée par une déclaration formelle de volonté, faute de laquelle l'obligation ancienne subsisterait à côté de la nouvelle (8. Cod., *De novat.*, VIII, 42; § 3. Inst., *Quib. mod. oblig. toll.*, III, 29). C'était revenir dans une certaine mesure au formalisme de l'époque antérieure (2).

2° Du jour où la formule novatoire fut mise de côté, la règle exigeant l'identité d'objet n'eut plus de raison d'être. Puisque l'intention de nover est tout, peu importe l'objet de la dette nouvelle. Il peut être autre que celui de la dette ancienne. Et de fait, Justinien décide qu'on pourra nover en augmentant ou en diminuant la quantité de la chose due. Il ne parle pas expressément, il est vrai, de novation par changement total de l'objet dû, mais on peut conjecturer qu'on a fini par l'admettre.

droit ancien, l'*animus novandi* n'était pas nécessaire pour nover. Autant prétendre que l'intention de s'obliger n'est pas exigée dans la stipulation, sous le prétexte que le débiteur est tenu par ce qu'il a prononcé des paroles solennelles en réponse à l'interrogation à lui adressée. Il était libre de ne pas promettre, comme le créancier est libre de ne pas employer la formule novatoire, s'il ne veut pas nover.

200. — (1) 2; 8, §§ 1, 2, 5, Dig., *De novat.*, XLVI, 2. Telle est également la règle du droit français quand il pose en principe que la volonté de nover doit résulter clairement de l'*acte* (V. art. 1273, C. civ.).

(2) Il y a là une des manifestations du phénomène de régression vers le formalisme dont il a été parlé à propos des caractères du droit romain au Bas-Empire (V. n° 15, note 4).

On voit que, sous Justinien, il ne reste de la théorie primitive que la nécessité d'une stipulation. Peu importe la forme dans laquelle cette stipulation est conçue, peu importe son objet. Dès qu'il y a un élément nouveau, *aliquid novi*, et que l'intention de nover a été exprimée formellement, la novation se produit (3).

Effets de la novation. — Elle crée une obligation nouvelle soumise aux règles générales des obligations qui se forment *verbis*. Cette obligation indépendante de l'obligation qu'elle remplace n'est exposée à aucune des causes qui pouvaient soit anéantir soit paralyser les effets de celle-ci. D'autre part, l'ancienne obligation est éteinte absolument comme si elle avait été payée (4). Par suite, toutes les garanties accessoires de l'obligation éteinte s'évanouissent avec elle et ne s'appliquent pas à l'obligation nouvelle. Les fidéjusseurs sont donc libérés, le gage et l'hypothèque prennent fin. Par le même motif, le cours des intérêts conventionnels est arrêté et la *mora* du débiteur est purgée (18; 29; 8, pr. Dig., *De novat.*, XLVI, 2, Paul, Ulp.).

201. — *Acceptilation et mutuus dissensus.* — Ces deux modes d'extinction sont à l'époque classique les derniers vestiges de la règle du *contrarius actus* (V. n° 196). Le principe selon lequel une obligation ne peut s'éteindre que par un procédé formel identique à celui qui a servi à la faire naître, eut jadis une portée d'application plus ample. A chacun des contrats admis par l'ancien droit civil correspondait un mode d'extinction conventionnelle qui lui était propre. Le paiement ne suffisait pas pour que le débiteur fût libéré. Il fallait le compléter par une cérémonie symétriquement inverse de celle qui avait été employée pour créer l'obligation.

C'est ainsi que l'obligation née du prêt solennel *per æs et libram* ne pouvait être éteinte que par un pesage solennel tout à fait identique à celui qui avait servi à la créer. Le débiteur n'était donc pas libéré par la simple restitution de la somme empruntée. Il devait, devant cinq témoins, faire peser solennellement la somme par un *libripens* et prononcer une formule de libération destinée à détruire l'effet de celle par laquelle le créancier avait fait de lui son obligé. Enfermé dans les liens du *nexum*, il fallait, pour qu'il en sortît, un acte semblable à celui qui l'y avait fait entrer. La créance établie *per æs et libram* n'était pleinement éteinte que *per æs et*

(3) Sic, Accarias, t. II, n° 695.

(4) La comparaison avec le paiement est faite entre autres par Venuleius 31, § 1. Dig., *De novat.*, XLVI, 2; *eam stipulationem* (la stipulation novatoire) *similem esse solutioni existimamus*.

libram (G. III, 173, 174). De même, celui qui s'était engagé *verbis* n'était pas libéré, lorsqu'il avait fourni au créancier la prestation par lui due; il fallait par des *verba contraria*, effacer toute trace des *verba* qui avaient fait naître l'obligation. Cette formalité, complément indispensable du paiement, s'appelait *acceptilatio*. Comme la stipulation elle consistait en une interrogation suivie de réponse. Le débiteur posait au créancier la question : *quod ego tibi promisi habesne acceptum*, et le créancier répondait *habeo* (G. III, 169) (1).

Cette loi de symétrie, bien en harmonie avec le formalisme primitif ne pouvait manquer de s'atténuer avec lui (2). L'idée que le paiement suffisait pour éteindre l'obligation s'imposait lorsque celle-ci était née *ex delicto* ou *quasi ex contractu*, car on ne pouvait songer alors à un *contrarius actus*. De là, elle devait pénétrer bientôt dans le domaine de l'obligation conventionnelle dénuée de forme. Lorsque, en effet, le prêt ne se fit plus *per æs et libram*, lorsqu'au *nexum* succéda le *mutuum*, le paiement suffit pour libérer l'emprunteur. Mais, ici encore, on pouvait, en apparence du moins, voir là une application de la loi de symétrie. Car une simple remise effectuée par l'*accipiens* au *tradens* éteignait l'obligation née d'une remise faite par le *tradens* au profit de l'*accipiens*. L'obligation qui s'était formée *re*, se dissolvait *re* (80. Dig., *De solut.*, XLVI, 3, Pomp.). Un peu plus tard seulement, lorsqu'on admit les obligations consensuelles où, aucune forme n'est requise pour la création du lien obligatoire, on dut sans difficulté considérer le paiement comme pouvant à lui seul opérer l'extinction de l'obligation née d'un contrat *consensu*. Un dernier progrès restait à accomplir, et ce pas fut franchi, semble-t-il, au même moment. Il consista à ne plus exiger un échange de paroles solennelles, *acceptilatio*, pour l'extinction de l'obligation verbale, à se contenter ici encore du paiement.

En résumé, le paiement était devenu, ce qu'il est resté depuis, une cause d'extinction pleinement efficace et se suffisant à elle-même, quelles que soient la source et la forme de l'obligation. De la nécessité d'un *contrarius actus*, il ne subsiste plus rien. Néanmoins on trouve encore à l'époque classique deux applications de cette ancienne théorie. L'*acceptilatio* continue à être employée pour les obligations verbales. Pour les obligations consensuelles, on admet

201. — (1) Quant à la vente primitive, on a vu qu'elle se faisait toujours au comptant. C'est-à-dire qu'à peine formées les obligations qu'elle engendrait s'éteignaient dans l'exécution même (V. n° 144).

(2) V. pour les avantages qu'offrait ce formalisme et pour la marche de sa décadence Girard, *Manuel élément.*, p. 680.

aussi un mode spécial d'extinction, le *dissensus*, fondé sur l'idée du *contrarius actus* (3). Si cette idée se survit en apparence à elle-même jusque dans un temps où le formalisme est en pleine décadence, c'est que les deux modes d'extinction qui la perpétuent répondent à un réel besoin, c'est qu'ils ont une fonction pratique qui justifie leur maintien dans le droit.

202. — 1° *Acceptilation et stipulation aquilienne.* — A partir du moment où l'on eut admis que des *verba contraria* n'étaient plus nécessaires pour éteindre l'obligation formée *verbis*, l'acceptilation eût dû disparaître. Il n'en fut rien. L'esprit ingénieux des juristes sut tirer parti de cette institution désormais inutile et lui trouver un emploi. Jadis elle était le complément nécessaire d'un paiement véritable, elle devint l'instrument d'un paiement fictif, *imaginaria solutio*, et ainsi transformée, elle fut d'un usage fréquent (G. III, 169) (1). Elle permettait, en effet, au créancier d'une obligation verbale de faire remise de sa dette au débiteur. Cette remise peut avoir lieu à titre gratuit ou onéreux. Faite gratuitement, elle constitue un des modes de réalisation de la donation (V. n° 167). Faite à titre onéreux, c'est-à-dire en échange d'un équivalent à fournir par le débiteur libéré, elle est considérée comme une *datio ob rem*, et le créancier réclamera par l'action *præscriptis verbis* la contre-prestation promise par le débiteur en vue de la libération qui lui est consentie. Dans les deux cas il suffira que le créancier reconnaisse solennellement avoir été payé. Et c'est à quoi va servir précisément l'*acceptilatio*, véritable simulacre conservé pour l'effet qu'il produisait jadis : l'extinction *ipso jure* de la créance née des *verba* (2).

La forme de l'acceptilation est exactement symétrique à celle de la stipulation qu'elle est destinée à éteindre, et dont elle est pour ainsi dire l'image renversée (V. n° 201). Elle se compose, en effet, d'une question et d'une réponse concordante, formulées dans un ordre exactement inverse de celui qui a servi à créer l'obligation.

(3) Les interprètes ont pris l'habitude d'appeler : *mutuus dissensus* ce mode spécial d'extinction. Nous avons conservé cette façon de parler pour ne rien changer à l'usage. Pomponius, 80. Dig., *De solut.*, parle de *contrarius dissensus* et Ulpien, 35. Dig., *De reg. jur.*, L, 17, de *contrarius consensus*. Entre les deux façons de désigner la cause d'extinction dont il est ici question, la dernière nous paraît préférable.

202. — (1) La même transformation s'est opérée ici que dans la mancipation (V. n° 85).

(2) L'acceptilation continua encore à être employée à la suite d'un paiement véritable, pour fournir au débiteur une preuve solennelle du paiement, une quittance morale dont la sincérité ne pouvait être mise en doute.

C'est en effet le débiteur qui parle le premier, il interroge le créancier ainsi : *quod ego tibi promisi, habesne acceptum*, et le créancier répond : *habeo* (G. III, 169). Mais cela ne suffit pas. Il faut que la *congruentia* existe entre les termes de l'*acceptilatio* et ceux de la stipulation qu'on se propose d'éteindre, qu'en un mot la question posée au créancier soit exactement calquée sur la formule que celui-ci avait employée pour faire naître l'obligation, *quia verbis verba ea demum resolvi possunt quæ inter se congruunt* (14. Dig., *De accept.*, XLVI, 4, Paul) (3).

L'*acceptilatio*, paiement fictif, produit des effets aussi pleins que le paiement véritable auquel Ulpien la compare (7, § 1. Dig., *De liberat. legat.*, XXXIV, 3). Elle éteint donc l'obligation verbale *ipso jure*. Cette extinction se produit nécessairement par le seul effet de la prononciation des paroles, quand bien même le créancier n'aurait reçu ni un paiement effectif, ni un équivalent du paiement (4). L'acceptilation comme la stipulation est un acte abstrait, indépendant de sa cause réelle. De même que l'obligation naît par la seule vertu des *verba* (V. n° 138), l'extinction a pour cause unique la prononciation des *verba*.

Stipulation aquilienne. — L'acceptilation n'était applicable qu'aux obligations nées *verbis* (5). Mais la novation fournissait un moyen facile d'étendre son champ d'application à toute espèce de dette. Il suffisait de nover celle-ci. Transformée ainsi en obligation verbale, elle devenait susceptible d'acceptilation. On alla plus loin. On se servit du même procédé pour mettre fin aux droits réels. Les règles de la procédure formulaire permettaient d'atteindre facilement ce résultat. Il est de principe, en effet, que lorsqu'un procès est engagé et poussé jusqu'à la *litis contestatio*, le droit déduit *in iudicium*, même si c'est un droit réel, se transforme nécessairement en un droit de créance ayant pour objet une somme d'argent (V. n° 283). Dès lors, il suffisait de supposer que le droit réel à

(3) De là, on avait déduit logiquement que l'objet de l'acceptilation doit être exactement identique à celui de la stipulation. L'acceptilation ne peut donc porter que sur la chose même que le créancier peut exiger du débiteur. De même le débiteur ne peut obtenir du créancier une acceptilation partielle, puisqu'il ne peut lui imposer un paiement partiel. Cette dernière conséquence était déjà abandonnée par certains au temps de Gaius (G. III, 172). Sous Justinien, la validité d'une acceptilation partielle ne paraît plus faire doute (§ 1, Inst., *Quib. mod. obligat. tollit.*, III, 29).

(4) Ulpien (19, § 1. Dig., *De accept.*, XLVI, 4) compare à cet égard l'*acceptilatio* et la quittance écrite, donnée par le créancier à son débiteur, *apocha*. La quittance n'est libératoire que s'il y a eu paiement effectif, l'*acceptilatio* éteint la dette, alors même qu'il n'y a pas eu paiement.

(5) La loi de concordance a donc persisté jusqu'à la fin : *neque enim potest verbis tolli quod non verbis contractum est*, dit Ulpien (8, § 3. Dig., *De accept.*, XLVI, 4).

éteindre avait fait l'objet d'un procès qu'on avait amené jusqu'à la *litis contestatio*. Le demandeur, titulaire du droit réel, avait ainsi transformé son droit en une créance, et celle-ci convertie par novation en obligation *verbis*, pouvait être l'objet d'une acceptilation.

C'est au jurisconsulte Aquilius Gallus, contemporain de Cicéron, qu'est dû, sinon ce détour ingénieux, du moins la composition de la formule de stipulation qui permettait de le réaliser (6). C'est la *stipulatio* dite *aquiliana*. Elle embrassait dans sa généralité toute espèce de droits personnels ou réels qu'une personne pouvait avoir à faire valoir contre une autre, les transformait en une créance verbale et les éteignait par une *acceptilatio* (7). Aussi servait-elle de procédé pour obtenir une décharge générale après des relations d'affaires complexes, comme celles qui peuvent exister entre deux associés ou entre un mandataire et son mandant. Elle permettait aussi d'éteindre toute cause de litige actuel ou futur entre deux personnes. Aussi était-elle d'un constant usage en matière de transaction (8).

2° *Mutuus dissensus*. — Le *mutuus dissensus* est une convention dénuée de formes qui est destinée à mettre fin aux obligations d'un contrat *consensu*. Les obligations réciproques s'éteignent alors comme elles sont nées. Il ne faut pas plus de formalité pour dénouer le lien qu'il n'en a fallu pour le former. C'est là sans doute une application de la règle de symétrie. Mais elle ne saurait être considérée comme une forme gênante imposée aux parties par un formalisme exigeant.

Le *mutuus dissensus* n'a jamais été, comme l'*acceptilatio* le fut au début, le complément indispensable du paiement, la condition de l'extinction complète et absolue de l'obligation. Il ne faut voir en lui qu'une facilité donnée aux parties lorsque, d'un commun accord, elles veulent rompre une convention qui leur déplaît ou ont l'intention de lui en substituer une nouvelle. Le *mutuus dissensus* ne peut d'ailleurs avoir son effet libératoire *ipso jure* que s'il se produit, les choses étant encore entières, *re integra*, c'est-à-dire avant toute exécution de part ou d'autre (1. Cod., *Quand. lic.*, IV, 45). Si l'une des obligations est déjà exécutée, le *mutuus dissensus* destiné à éteindre l'autre n'est qu'un *pactum de non petendo* qui

(6) C'est également à lui qu'on doit la formule de l'*actio de dolo* (V. n° 121, note 14).

(7) La formule de la *stipulatio aquiliana* et de l'*acceptilatio* qui en est le complément inévitable est rapportée par Florentinus (18, § 1. Dig., *De accept.*, XLVI, 4) et d'une façon un peu différente par Justinien (§ 2. Inst., *quib. mod. blig. toll.*, III, 29).

(8) V. Ulpien et Papinien (4; 5. Dig., *De transact.*, II, 15); (4; 32; 40. Cod., *De transact.*, II, 4).

n'opère plus qu'*exceptionis ope*. Cette règle que les choses doivent être encore entières n'est qu'une conséquence de la loi de symétrie. De même que les contrats *consensu* donnent naissance à deux obligations réciproques, de même le *mutuus dissensus* ne peut produire qu'une double libération (9).

2° *Modes d'extinction du droit prétorien.*

203. — I. *Modes d'extinction dérivant de la volonté des parties.*

— Le droit prétorien admet un certain nombre de modes d'extinction volontaires qui, *jure prætorio*, correspondent à ceux admis par le droit civil. Au paiement correspond la *datio in solutum*; à la novation le pacte de constitut; à l'acceptilation le *pactum de non petendo*. Le *pactum de jurejurando* qui n'a pas d'équivalent dans le droit civil n'est en somme qu'une variété du *pactum de non petendo*.

1° *Dation en paiement (Datio in solutum)*. — Il est de principe qu'un créancier ne peut être contraint de recevoir en paiement une chose autre que celle qui lui est due (V. n° 198). Mais il y peut consentir et voir dans cette *datio in solutum* une *satisfactio* équivalente au paiement. Le débiteur sera-t-il alors libéré aussi pleinement que s'il avait payé, le sera-t-il *ipso jure*? L'école Proculienne ne l'admit pas. A ses yeux, le créancier a consenti un *pactum de non petendo* en échange et comme équivalent de la chose qu'il a reçue à titre de paiement. Or, le *pactum de non petendo* n'opère qu'*exceptionis ope*. Les Sabinien au contraire voyaient dans la *datio in solutum* une cause d'extinction identique au paiement et opérant comme lui *ipso jure* (G. III, 168). Cette opinion l'emporta, en sorte que la *datio in solutum* ne fût plus considérée par personne comme un mode d'extinction prétorien, et qu'elle devint un mode d'extinction du droit civil (pr. Inst., *Quib. mod. oblig. toll.*, III, 29) (V. art. 1243, C. civ.).

2° *Pacte de constitut*. — Le constitut *debiti proprii* ou *debiti alieni* remplissait *jure prætorio* la même fonction que la novation, lorsque du moins l'intention des parties avait été de substituer la dette nouvelle née du constitut à la dette ancienne (V. n° 165). A défaut de cette intention, l'obligation née du constitut s'ajoutait à l'obligation ancienne qui continuait à subsister.

3° *Pacte de non petendo*. — On appelle ainsi le pacte par lequel le créancier renonce à réclamer paiement au débiteur. On se servait parfois de ce pacte pour accorder un terme au débiteur d'une

(9) Sic, Accarias, t. II, n° 709.

dette pure et simple, ou pour proroger l'échéance d'une dette à terme. Le créancier promettait de ne pas poursuivre le débiteur avant l'expiration du délai qu'il lui accordait (*pactum de non petendo ad certum tempus*). Mais le pacte avait une autre application plus usuelle. Il servait à faire remise définitive de la dette, soit gratuitement, soit en échange d'un équivalent (*pactum ne petatur*). En pareil cas, le pacte *de non petendo* est le pendant de l'*acceptilatio*. Vis-à-vis de celle-ci, acte formel, il est l'acte sans forme, plus libre dans ses conditions de validité, moins absolu dans ses effets⁽¹⁾. Plusieurs différences séparent ces deux modes d'extinction. Elles sont bien faites pour mettre en lumière l'opposition entre les modes d'extinction civils et prétoriens.

a) Le *pactum*, n'exigeant pas l'emploi de paroles solennelles, peut avoir lieu entre absents, tandis que l'*acceptilatio* nécessite la présence des parties (2). Pour la même raison, le *pactum* permet d'éteindre, non seulement les obligations qui se sont formées *verbis*, mais toute espèce d'obligation, quelle qu'en soit la source.

b) L'*acceptilatio* agit *ipso jure*. Le *pactum* ne procure au débiteur que le bénéfice de l'*exceptio pacti conventi*. Cette exception est temporaire ou perpétuelle, selon que le pacte est ou non *ad certum tempus* (G. IV, 116 b; 121; 122).

c) Une fois l'obligation éteinte par l'*acceptilatio*, elle ne peut plus revivre. Au contraire, l'effet produit par le pacte *de non petendo* est moins l'extinction de l'obligation qu'un obstacle à l'exercice de l'action qui la sanctionne, en sorte qu'un simple pacte en sens contraire, *pactum de petendo*, peut ramener les choses au même état qu'avant le pacte de remise. Le créancier pourra alors intenter son action et si le débiteur lui oppose l'exception tirée du pacte de remise, *exceptio pacti*, il la paralysera par la *replicatio doli* (27, § 2. Dig., *De pact.*, II, 14, Paul)⁽³⁾ (V. n° 196).

4° *Pactum de jurejurando*. — On a déjà montré que ce pacte pouvait produire l'extinction de l'obligation. Lorsque le débiteur a juré qu'il ne devait pas, s'il est poursuivi de nouveau il n'aura

203. — (1) Dans toute *acceptilatio*, il y a un pacte *de non petendo*. Ce pacte, parce qu'il est revêtu d'une forme, produit ses effets *ipso jure*. C'est comme le pacte nu qui, grâce aux *verba* de la stipulation, se transforme en contrat.

(2) Le *pactum* peut même être tacite, par exemple résulter de ce fait que le créancier aura remis aux mains du débiteur l'acte écrit, *cautio*, destiné à servir d'instrument probatoire (2, § 1. Dig., *De pact.*, II, 14, Paul) (V. art. 1282, C. civ.).

(3) Dans les obligations *ex delicto* qui naissent du *furtum* et de l'*injuria*, le *pactum de non petendo* produit son effet *ipso jure* (V. n° 177, note 11). Ici, par conséquent, le *pactum de petendo* ne pourrait plus faire revivre l'*actio furti* ou *injuriarum*, qui n'est pas seulement paralysée, mais totalement et définitivement éteinte (27, § 2. Dig., *De pact.*, II, 14, Paul).

qu'à opposer l'*exceptio jurisjurandi* à l'action du créancier (V. n° 166). En réalité, le pacte de serment équivaut à un *pactum de non petendo* tacitement conclu avec le créancier. Celui-ci en déférant le serment a implicitement renoncé au droit d'agir pour le cas où le serment serait prêté.

II. *Modes d'extinction qui ne reposent pas sur une convention.* — Il est aussi des faits indépendants de la volonté des parties auxquels le préteur attache un effet libératoire. Citons notamment la chose jugée qui donne lieu à l'*exceptio rei judicatæ* (V. n° 286).

3° *Modes d'extinction qui agissent tantôt ipso jure, tantôt exceptionis ope.*

204. — *Litis contestatio et compensation.* — Les modes d'extinction dont il va être question agissent, tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope*. On peut donc les compter comme étant à la fois du droit civil et du droit prétorien. A raison de ce caractère mixte, ils méritent une place à part. Ce sont la *litis contestatio* et la compensation.

Litis contestatio. — La déduction du droit en justice qui s'opère au moment de la *litis contestatio* éteint, on le verra plus loin, le droit du demandeur et met à sa place le droit à la condamnation pécuniaire. Lorsqu'il s'agit d'une créance, elle fait l'office d'une cause d'extinction de l'obligation, comparable à certains égards à la novation. Comme celle-ci, elle agit *ipso jure* quand l'action du créancier est un *judicium legitimum*. Mais elle n'opère qu'*exceptionis ope* quand cette action est un *judicium imperio continens* (G. III, 480, 481). L'exception qu'oppose alors le débiteur qui veut invoquer sa libération est appelée : *exceptio rei in judicium deductæ*. Ces solutions, leur importance pratique et leur raison d'être théorique seront expliquées plus utilement à propos de la procédure (V. n° 283).

Compensation. Notion générale. — Il y a extinction par compensation dans le cas où une même personne est tout à la fois débitrice et créancière d'une autre personne. Il y a alors deux dettes distinctes qui pourraient évidemment faire l'objet de deux demandes et de deux paiements séparés. Mais on a jugé utile, en même temps qu'équitable, de permettre à chacune des parties de conserver ce qu'elle doit, en paiement de ce qui lui est dû. Les deux dettes se trouvent ainsi éteintes d'un seul coup jusqu'à concurrence de la plus faible. Cette extinction simultanée, *debiti et crediti inter se*

contributio, est appelée compensation (1. Dig., *De compens.*, XVI, 2, Modest.) (1). On voit par là que la compensation évite aux parties un double paiement et par conséquent les risques de perte et les frais qu'entraîne un double déplacement de numéraire. De plus, si chacune des dettes respectives faisait l'objet d'un paiement séparé, celui des débiteurs qui, prenant les devants, aurait payé le premier pourrait être victime de son exactitude à remplir son engagement, dans le cas où l'autre, soit mauvaise foi, soit insolvabilité, n'exécuterait pas le sien. Il est donc préférable à tous égards que chacune des parties se paie en retenant ce qu'elle doit, plutôt que d'effectuer un paiement véritable (3 ; 8. Dig., *De compens.*, XVI, 2, Pomp., Gaius).

Étant donné ces avantages, on conçoit que les parties cherchent à s'en assurer le bénéfice en compensant d'un commun accord leurs dettes respectives. Mais cette compensation dite conventionnelle (2) n'est plus possible, dès que l'une des parties se refuse à effectuer la compensation, soit par pur esprit de chicane, soit parce qu'elle a des doutes plus ou moins sérieux sur la validité ou l'étendue de la créance qu'on lui oppose en compensation. Il semble dès lors, si cette résistance est injuste, qu'on doive pouvoir imposer la compensation à la partie qui s'y refuse. Cette compensation dite forcée peut résulter soit de la volonté de la loi, et on l'appelle alors compensation légale, soit de la décision du juge, auquel cas elle est appelée judiciaire.

Dans le système de la compensation légale, que consacre notre Code civil (V. art. 1289, 1290, C. civ.), la compensation s'opère de plein droit, c'est-à-dire par la seule force de la loi, à l'insu même des parties, dès l'instant où les deux dettes se trouvent avoir co-existé, mais à condition qu'elles réunissent l'une et l'autre certains caractères qui sont considérés par la loi comme nécessaires pour que la compensation ait lieu (V. art. 1291, C. civ.) (3). La com-

204. — (1) Comme synonymes des mots *compensatio*, *compensare*, on trouve les expressions *pensatio*, *pensare* (7, § 1; 15. Dig., *De compens.*, XVI, 2, Ulp., Javol.). Ces termes évoquent incontestablement l'image de la balance qui servait autrefois à peser le métal destiné à effectuer les paiements. Si l'on suppose, en effet, deux dettes égales payées toutes deux au moyen du même métal, le poids à fournir par l'une des parties fera nécessairement équilibre au poids que doit fournir l'autre. Les deux plateaux de la balance resteront donc immobiles et chacun sera payé en reprenant ce qu'il y avait placé. Notons que le mot balance est encore employé aujourd'hui en termes de comptabilité pour désigner la compensation entre deux comptes créditeur et débiteur.

(2) Elle se réalise soit par deux acceptations réciproques, soit par deux simples pactes *de non petendo*.

(3) On verra plus bas que notre système de compensation légale vient en partie du droit romain et ajoutons-le du droit romain de la dernière époque mal compris par les

pensation judiciaire est celle qui résulte de la décision du juge. Le défendeur poursuivi oppose sa créance en compensation, et le juge estime, à raison des circonstances, que la compensation est conforme à l'équité. C'est ce dernier système qu'admit le droit romain, mais on n'est arrivé à formuler à cet égard une théorie d'ensemble qu'à une époque relativement récente. L'historique qui va suivre le démontre pleinement.

205. — *Histoire de la compensation.* — Avant les temps classiques, on considérait la compensation comme incompatible avec l'office du juge. Poursuivi, le débiteur devait payer, sauf ensuite à actionner à son tour le créancier. Il ne pouvait pas, par conséquent, demander au juge de compenser les deux dettes. Le juge, en effet, dans la rigueur des principes anciens, doit strictement limiter ses recherches à une question unique, celle qui est soulevée par le demandeur. Il doit admettre ou repousser l'action intentée par ce dernier, mais sans avoir égard aux contreprétentions du défendeur. Elles ont pour cause un fait juridique étranger à celui qui sert de base à la demande, elles doivent donc faire l'objet d'une action isolée (1). Trois dérogations furent successivement apportées à ce principe.

1° *Compensation dans les actions de bonne foi.* — Dans les actions *bonæ fidei*, le juge eût manqué à sa mission, s'il n'avait pas tenu compte au défendeur de ce que le demandeur lui devait. La compensation devait donc être faite par le juge sans qu'il eût besoin d'avoir à cet effet une autorisation spéciale dans la formule. Elle rentrait dans son *officium*, et par conséquent on peut dire qu'elle avait lieu *ipso jure* (G. IV, 61, 63). Mais le motif même qui l'avait fait admettre, montre qu'elle ne pouvait être accueillie qu'autant que la créance invoquée par le défendeur avait sa source dans l'opération juridique dont l'exécution était poursuivie contre lui, *ex eadem causa*. Le juge, en effet, ne peut statuer que sur les rapports qui naissent du *negotium juris* au sujet duquel l'action est intentée; il n'a pas à se préoccuper des créances provenant d'une autre cause, *ex dispari causa* (2).

interprètes (V. n° 206). En fait, d'ailleurs, la compensation légale n'est guère qu'une compensation judiciaire où le pouvoir de compenser laissé au juge est subordonné à des conditions que la loi lui impose à l'avance. Si les conditions auxquelles le juge peut accueillir la compensation ne lui étaient pas dictées par la loi, il ne manquerait pas de les établir lui-même. Il finirait par se faire une règle. La loi lui évite cette peine.

205. — (1) V. les développements donnés à cette idée dans Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. IV, pp. 13 et suiv.

(2) La formule est rédigée de telle sorte que le juge y reçoit pouvoir de s'occuper

2° *Compensatio imposée à l'argentarius.* — A Rome, les particuliers avaient pris l'habitude de déposer leurs fonds chez les banquiers, *argentarii*, et de faire faire par ces derniers leurs encaissements et leurs paiements (V. n^{os} 132, 142). De la sorte, les *argentarii* pouvaient être tout à la fois créanciers et débiteurs d'un même client, créanciers des avances faites par eux, et débiteurs des sommes versées directement par le client ou par des tiers pour le compte de ce dernier. Lorsqu'un *argentarius* poursuivait en paiement un de ses clients, on l'obligeait à faire au préalable la balance de son compte, et on ne lui permettait de réclamer que la différence entre le débit et le crédit. Il devait *cum compensatione agere*, c'est-à-dire ne réclamer dans l'*intentio* de la formule que ce qui lui était dû, déduction faite de ce qu'il devait lui-même (G. IV, 64). Faute d'avoir observé cette règle, il était exposé à être repoussé pour *plus petitio* (V. n^o 285) (3).

Mais l'*argentarius* n'était tenu d'opérer la compensation que lorsque la créance réciproque du client avait pour objet des choses de même genre que la sienne. Une créance de denrées ne pouvait se compenser avec une créance de somme d'argent (G. IV, 66). De plus, comme il n'eût pas été juste que l'*argentarius* perdît le bénéfice du terme, on ne l'obligeait pas à tenir compte à son client des créances de celui-ci, lorsqu'elles n'étaient pas encore exigibles (G. IV, 67). Enfin il est à remarquer, l'exemple donné par Gaius le prouve, qu'ici la compensation avait lieu contre une créance donnant lieu à une action *stricti juris* et *certa*, et qu'elle se produisait nécessairement *ex dispari causa*, les actions de droit strict ne sanctionnant que des rapports de droit unilatéraux.

3° *Deductio imposée au bonorum emtor.* — Lorsque les biens d'un insolvable, *defraudator*, avaient été l'objet de la vente en masse, *venditio bonorum*, le *bonorum emtor*, qui succédait *in universum jus* à l'insolvable, pouvait poursuivre le recouvrement des créances faisant partie du patrimoine qu'il avait acheté (V. n^o 290). Mais on l'obligeait à *agere cum deductione*, c'est-à-dire à tenir compte au débiteur poursuivi de ce qui était dû à ce dernier par le *defraudator* (G. IV, 65). Ici, la *deductio* est insérée dans la

du *negotium* tout entier : *quidquid OB EAM REM dare facere oportet*, mais rien que de ce *negotium*. Le juge n'est pas forcé d'ailleurs d'admettre la compensation : *liberum... judici nullam omnino invicem compensationis rationem habere* (G., IV, 63).

(3) Cette obligation de *compensare* imposée aux seuls *argentarii* s'explique, étant donné que, par profession, ils doivent tenir une comptabilité régulière et pouvoir, à tout instant, faire le calcul exact de ce qui leur est dû effectivement. Peut-être peut-on voir là aussi une mesure de défiance à l'égard de ceux qui faisaient le commerce d'argent.

condemnatio de la formule, en sorte que le *bonorum emtor* qui agissait *sine deductione* n'encourait pas la *plus petitio* (G. IV, 68) (V. n° 285). Seulement, son adversaire pouvait obtenir du magistrat la rectification de la formule et y faire insérer la mention de la *deductio* dont il réclamait le bénéfice. On était donc moins rigoureux qu'à l'égard de l'*argentarius*. Car celui-ci est tenu à une scrupuleuse exactitude à raison de sa profession, tandis qu'on ne peut pas exiger d'un *bonorum emtor* la connaissance exacte de l'état des affaires de l'insolvable. D'autre part, comme il y a intérêt à hâter la liquidation de celles-ci, on admettait la *deductio* des dettes non encore échues et de celles qui n'avaient pas pour objet des choses du même genre que celles réclamées par le *bonorum emtor* (G. IV, 66, 67) (4). Ici encore, la compensation était possible dans les actions *stricti juris* et pouvait avoir lieu *ex dispari causa*.

Jusqu'alors, la compensation n'avait réussi à se faire admettre comme cause d'extinction que dans trois hypothèses particulières, sous des noms différents et à des conditions variables (5). Mais en dehors de ces cas exceptionnels, elle restait impossible. Il en était notamment ainsi dans les actions *stricti juris*. Cependant il n'y avait pas de raison pour ne pas appliquer à toutes ces actions ce qui avait été admis pour celle qu'intentait un *argentarius* ou un *bonorum emtor* (6). Ce progrès fut l'œuvre de la pratique, et un rescrit de Marc-Aurèle vint lui donner une consécration officielle (§ 30. Inst., *De act.*, IV, 6). Il y a dol en effet, de la part du demandeur qui cherche à se faire payer ce qu'il doit immédiatement rendre au défendeur (173, § 3. Dig., *De reg. jur.*, L, 17, Paul). On autorise donc le défendeur à opposer la compensation par voie d'*exceptio doli*. Ici, par conséquent, elle ne pouvait avoir effet qu'*exceptionis ope*. Ajoutons qu'elle a nécessairement lieu *ex dispari causa*, le rapport de droit donnant ouverture à l'action de droit strict étant toujours unilatéral.

La règle due à Marc-Aurèle devait réagir sur les actions de

(4) Pareille déchéance du terme est prononcée par l'art. 444, C. comm., en ce qui concerne les dettes du failli.

(5) Les dénominations différentes : *compensatio*, *deductio*, simultanément employées pour désigner une opération unique, prouvent bien qu'il ne s'agissait pas encore d'une institution absolument assise, ayant un caractère nettement tranché, une physionomie à elle propre. Il n'y avait pas, semble-t-il, de nom spécial pour désigner la compensation dans les actions de bonne foi, sans doute parce qu'elle rentre naturellement dans l'office du juge.

(6) La formule de l'action qu'intente l'*argentarius* contre son client, telle que la donne Gaius (IV, 64) est précisément celle de la *condictio certi*, l'action de droit strict par excellence. Au § 68, il suppose également que le *bonorum emtor* peut, quand on lui oppose la *deductio*, avoir eu à agir par la *condictio certi*.

bonne foi. Si l'équité exige de tenir compte au défendeur d'une créance provenant *ex dispari causa*, lorsqu'il est poursuivi par une action de droit strict, il en doit être de même à plus forte raison lorsqu'il est tenu d'une action de bonne foi. Enfin, on alla jusqu'à permettre d'opposer la compensation à une action pénale ou réipersécutoire née *ex delicto*. Ainsi elle devint, entre toutes personnes et à l'égard de toute obligation quelle que fût sa source, un mode d'extinction agissant suivant les cas *ipso jure* ou *exceptionis ope* (21. Dig., *De compens.*, XVI, 2, Paul)⁽⁷⁾.

206. — *Compensation à l'époque classique et sous Justinien.*
— *1° Droit classique.* — A l'époque classique, les règles spéciales à l'*argentarius* et au *bonorum emtor* mises à part, la compensation est soumise à deux conditions. 1° Il faut que la créance opposée en compensation ait une efficacité suffisante pour pouvoir faire l'objet d'une action isolée et ne pas venir se heurter à une exception perpétuelle (14. Dig., *De compens.*, XVI, 2, Javol.). On avait admis pourtant en compensation les créances naturelles bien que dépourvues d'action (V. n° 189). 2° Les deux dettes doivent être échues. Cela est évident pour la dette du défendeur, sinon l'action ne pourrait être intentée contre lui. Pour la dette du demandeur le même motif doit être donné, car lui imposer la compensation alors que sa dette n'est pas échue c'est le forcer par voie indirecte à la payer immédiatement, c'est lui enlever le bénéfice du terme (7, pr. Dig., *De compens.*, XVI, 2, Ulp.).

Aucune autre condition n'était exigée. Il n'était pas nécessaire que les dettes eussent un objet identique et elles n'avaient besoin ni l'une ni l'autre d'être liquides. La compensation en effet ayant lieu par l'office du juge et celui-ci ne pouvant condamner qu'à une somme d'argent, c'est à lui que revenait le soin d'évaluer en argent l'objet de chaque dette, opération qui avait pour résultat de leur donner à toutes deux un même objet et de les rendre du même coup liquides.

Le juge n'était pas tenu d'accueillir la compensation (1). Il pouvait la rejeter parce que la créance invoquée par le défendeur n'existait pas, n'était pas encore exigible, ou était d'une liquida-

(7) Il n'est pas permis au dépositaire poursuivi en restitution du dépôt d'opposer la compensation au déposant. Ce serait, en effet, trop manifestement violer la bonne foi (Paul, *Sent.*, II, 12, § 12) (V. art. 1293, C. civ.).

206. — (1) On a vu (V. n° 205, note 2) que dans les actions *bonæ fidei* le juge est libre de rejeter ou d'admettre la compensation. L'insertion de l'*exceptio doli* dans une action de droit strict l'autorisait à tenir compte de la compensation, mais ne lui en imposait pas l'obligation.

tion trop difficile. Admise, la compensation avait pour effet d'éteindre les deux dettes jusqu'à concurrence de la plus faible. Si donc elles étaient égales, toutes deux étaient éteintes intégralement. Si la créance du défendeur était la plus forte, il était absous, mais il n'obtenait pas de condamnation contre le demandeur pour la différence, car, on le verra plus loin, il est de principe que le demandeur ne peut jamais être condamné (V. n° 180). Enfin, si la créance du défendeur était la plus faible, il était condamné à payer la différence. Cette dernière solution qui, pour l'époque de Justinien, est vraie aussi bien dans les actions *stricti juris* que dans les actions *bonæ fidei* a été contestée, mais à tort, pour les actions *stricti juris*, à l'époque classique (2).

L'extinction des deux dettes, résultat de la compensation, étant une conséquence de la décision du juge, il est logique que cet effet ne se produise qu'à dater du jour de la sentence. Toutefois, pour des raisons d'utilité pratique, on admit que les deux dettes seraient censées éteintes, du jour même où elles avaient coexisté, et que par suite le cours des intérêts conventionnels cessait depuis cet instant pour chacune d'elles, dans la mesure où elle était éteinte (4. Cod., *De compens.*, IV, 31). Cette décision était en contradiction avec la notion même de la compensation judiciaire. La rétroactivité dans les effets ne se comprend que dans un système de compensation légale. Aussi peut-on voir là le premier germe de la théorie que devait consacrer le Code civil (V. art. 1290, C. civ.).

2° *Droit de Justinien.* — La disparition de la procédure formulaire exerça une influence notable sur la théorie de la compensation. Désormais, le juge pouvait statuer sur les exceptions sans avoir été investi de ce pouvoir par la formule. La distinction des cas où la compensation opère *ipso jure* ou *exceptionis ope* perdait donc tout intérêt. D'autre part, il semble que les règles spéciales à l'*argentarius* et au *bonorum emtor* aient été mises de côté. Une doctrine d'ensemble tendait donc à s'établir. Justinien, ici comme ailleurs, comprit que le temps était venu de lui donner son expression définitive. Dans tous les cas, quelles que soient les personnes, la compensation est soumise à des règles identiques (14. Cod., *De compens.*, IV, 31) (§ 30. Inst., *De act.*, IV, 6).

(2) On a prétendu, en effet, que l'*exceptio doli* par laquelle on fait valoir la compensation dans les actions *stricti juris*, entraîne toujours l'absolution complète du défendeur. Mais on aura à montrer plus loin que l'*exceptio doli* peut fort bien ne donner lieu qu'à une diminution de la condamnation (V. n° 303). L'équité exige d'ailleurs qu'il en soit ainsi, car la liquidation des deux dettes respectives a démontré que, tout compte fait, le demandeur se trouvait créancier d'un reliquat et que, par suite, il ne commettait aucun dol en intentant l'action.

Désormais, la compensation a lieu *ipso jure*. Par là il faut entendre, que, semblable au paiement et autres modes d'extinction agissant jadis *ipso jure*, elle pourra être invoquée à tout moment du procès, sans qu'on ait besoin d'avoir recours à une exception, sans que le juge ait reçu à ce sujet une mission spéciale (3). Les conditions de la compensation sont encore les mêmes qu'autrefois : les deux dettes doivent avoir une existence certaine, être toutes deux exigibles. Toutefois, comme le principe des condamnations pécuniaires est abandonné (V. n° 293), le juge ne peut plus compenser entre elles des dettes ayant un objet différent. Il faut que, comme pour l'*argentarius*, elles aient toutes deux pour objet des choses de même genre, fongibles entre elles. La compensation, d'ailleurs, est un paiement. Or, le créancier ne peut être contraint de recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû. Il est donc impossible de lui opposer en compensation sa dette si celle-ci n'a pas un objet identique à celui de sa créance (V. art. 1291, C. civ.). Justinien exige également que la créance invoquée par le défendeur soit liquide, c'est-à-dire que son existence soit hors de doute et que son *quantum* puisse être facilement déterminé. Sinon, il serait à craindre que pour éviter une condamnation imminente, le défendeur n'opposât au dernier moment une créance pouvant donner lieu à des vérifications fort longues et à des débats compliqués. C'est au juge qu'il appartient d'apprécier en pleine liberté si la créance est liquide (V. art. 1291, C. civ.) (4).

II. — Transmission des obligations.

207. — *Principe de l'incessibilité des créances et développements de la théorie de la cession des créances.* — L'obligation est un rapport de droit essentiellement personnel. Une fois formée elle devient incommutable dans ses deux sujets. Le créancier et le débiteur restent liés l'un à l'autre, jusqu'au jour où survient une cause qui détruit l'obligation et dénoue le *vinculum juris* qui les unissait.

(3) Les expressions *ipso jure* dont s'est servi la constitution de Justinien n'ont pas en effet perdu le sens technique qu'elles avaient autrefois. Mais telle n'était pas l'opinion de nos anciens interprètes, pour lesquels ces mots signifiaient que la compensation a lieu par la seule force de la loi et le seul fait de la coexistence des deux dettes. Cette façon de voir erronée, n'a pas été sans quelque influence sur la formation de notre système de compensation légale.

(4) Auparavant, la liquidité n'était pas exigée. Mais il est probable que le juge était autorisé à ne pas tenir compte d'une créance dont la liquidation trop compliquée eût tenu en suspens le jugement de l'action principale. La décision de Justinien ne constituerait donc pas une innovation. *Sic*, Accarias, t. II, n° 911.

Logique jusqu'à l'extrême, le droit ancien avait déduit deux conséquences de cette idée. D'une part, il n'admettait pas la transmissibilité de l'obligation aux héritiers des deux sujets du droit. Mais on a vu comment de fort bonne heure cette application de la personnalité du lien fut mise de côté (V. n° 193) (1). Il n'admettait pas non plus la cession de la créance. Le créancier ne pouvait par un acte de disposition volontaire céder son droit à un autre. Cette substitution d'un créancier nouveau à l'ancien aurait altéré dans son essence la relation personnelle existant entre les deux sujets primitifs de l'obligation (2). On va voir comment les nécessités pratiques ont fini par triompher des rigueurs intransigeantes du droit.

Les créances font partie du patrimoine au même titre que les autres biens. Il est donc naturel que le créancier cherche à en disposer, en les cédant, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Ce résultat ne pouvait être atteint qu'imparfaitement et par une voie détournée. On se servait pour cela de la novation ou d'une *transcriptio a persona in personam* (3). Mais ces actes supposent l'assentiment du débiteur, et celui-ci ne sera pas toujours disposé à accepter un créancier nouveau, peut-être plus rigoureux que l'ancien. D'ailleurs, la novation ou la *transcriptio* ont pour effet d'éteindre, avec la créance ancienne, les sûretés personnelles ou réelles qui y sont attachées. De la sorte, le créancier nouveau ne succédait pas à tous les droits du créancier ancien. Ce résultat devait évidemment écarter les acquéreurs à titre onéreux, ou amener le créancier à consentir la cession pour un prix inférieur au montant de la créance. La novation ou la *transcriptio* ne permettaient donc pas de réaliser une cession véritable du droit de créance. Les progrès du commerce juridique devaient inciter à chercher un instrument destiné à répondre d'une façon moins imparfaite au but poursuivi. C'est dans le mandat qu'on le trouva. Mais pour comprendre

207. — (1) La transmissibilité, quand elle a fini par se faire admettre, a pu être regardée plutôt comme une application du principe que comme une exception. Car les héritiers représentent la personne du défunt qui, par suite de cette fiction, est censée n'avoir pas changé.

(2) Aussi les Romains ne faisaient-ils aucune distinction entre le cas où le débiteur consentait à ce changement de créancier et celui où on voulait le lui imposer. On aurait cependant compris que dans le premier cas, la substitution d'un nouveau créancier à l'ancien fût reconnue possible, puisque les parties sont d'accord en vue de ce résultat.

(3) Gaius (II, 38), fait remarquer qu'aucun des modes de transfert de la propriété n'est applicable aux créances, et qu'il faut avoir recours à la novation : *opus est ut jubente me tu ab eo stipuleris*. Sur le *jussus* du créancier cédant, le cessionnaire se fait promettre par le débiteur ce que doit celui-ci. Le débiteur est libéré vis-à-vis du cédant et devient débiteur du cessionnaire : *quæ res efficit ut a me liberetur et incipiat tibi teneri, quæ dicitur novatio obligationis*.

comment le mandat se prête à la combinaison que poursuivent d'accord le créancier ancien et son cessionnaire, il faut soigneusement distinguer la convention de cession du mandat qui sert à la réaliser (4).

1° *Convention de cession.* — La convention entre le créancier (cédant) et le nouveau créancier (cessionnaire) peut avoir lieu à titre gratuit ou à titre onéreux. Il est à remarquer d'ailleurs que le consentement du débiteur cédé n'est pas nécessaire pour la validité de la cession. Celle-ci peut avoir lieu à son insu ou malgré lui. Toute créance faisant partie du patrimoine peut être cédée et le créancier nouveau a les mêmes droits que l'ancien. Au Bas-Empire, une constitution d'Anastase a porté atteinte à cette conséquence toute naturelle de la cession, pour le cas où la créance cédée est litigieuse. La cession n'en est pas déclarée nulle. Mais le cédé, resté étranger à la convention de cession, a pourtant le droit d'en invoquer les clauses, en tant du moins qu'elles le concernent. Car il peut demander à ne payer que le prix de cession, plus les intérêts. Le cessionnaire ne peut exiger de lui le montant réel de la créance. On voulait ainsi décourager les spéculateurs qui achètent des créances pour un prix inférieur à leur valeur nominale et poursuivent ensuite le remboursement intégral contre le débiteur. Justinien a confirmé par une nouvelle constitution la décision de son prédécesseur (22 ; 23. Cod ; *Mandat.*, IV, 35) (5).

2° *Acte servant à réaliser la convention de cession.* — L'acte qui sert à réaliser la cession est le mandat. Le créancier cédant donnait mandat au créancier cessionnaire d'exercer son action en son lieu et place, c'est-à-dire de poursuivre le débiteur et de recevoir paiement. Mais le cessionnaire est libre de ne pas poursuivre le débiteur, et s'il agit, il peut conserver ce qu'il a touché. Il est en un mot mandataire pour son compte personnel, sans être tenu de rendre compte, *procurator in rem suam* (G. II, 39).

(4) Cette distinction entre la convention et le procédé juridique destiné à lui donner efficacité, est une conséquence du formalisme, car le simple consentement est impuissant à produire par lui-même un effet de droit. C'est ainsi que pour la donation on distingue la promesse de donner de l'acte de droit qui sert à réaliser cette promesse (V. n° 167). Ajoutons que parfois la cession peut n'être pas conventionnelle, mais forcée. C'est ainsi que dans un partage le juge peut contraindre un des héritiers à céder à l'autre sa part dans la créance héréditaire, pour éviter l'inconvénient de deux poursuites distinctes.

(5) Ces deux constitutions connues, à raison de leurs premiers mots, sous les noms de lois *per diversas* et *ab Anastasio*, sont applicables également à la cession de droits réels litigieux. Le droit qu'elles accordent au débiteur cédé de ne payer que le montant du prix de cession, fut admis dans notre ancien droit français sous le nom de *Retrait litigieux*, et maintenu dans le Code civil où il fait l'objet des dispositions des art. 1699-1701, C. civ.

Ce procédé avait le double avantage de ne pas exiger le consentement du débiteur cédé, et de faire passer au *procurator* toutes les garanties accessoires de la créance cédée, en même temps que la créance elle-même. En revanche, la qualité de mandataire ne conférait pas au cessionnaire un droit pleinement assuré sur la créance cédée. La *procuratio* n'opérait pas, en effet, transfert. Le droit continuait à rester fixé sur la tête du cédant (6). Et de là une série d'inconvénients.

1° Le débiteur pouvait, même après la cession, se libérer valablement entre les mains du cédant. Il est vrai que si celui-ci acceptait ce paiement, ou libérait le cédé par un procédé quelconque, il s'exposait de la part du cessionnaire à l'action *mandati contraria*. Mais l'insolvabilité du cédant pouvait rendre ce recours illusoire. Le même péril était à craindre lorsque, au mépris de la convention de cession, le cédant cédait une seconde fois la créance à un second cessionnaire qui, plus diligent que le premier, agissait contre le débiteur et se faisait payer par lui. 2° Le cessionnaire pouvait se voir opposer par le débiteur cédé toutes les exceptions que celui-ci pouvait auparavant opposer au cédant, même celles ayant leur fondement dans des faits qui ne s'étaient produits que depuis la cession. 3° Le cessionnaire n'étant qu'un mandataire, sa mort ou celle du cédant mettait fin à la *procuratio in rem suam* et faisait obstacle à la poursuite du débiteur.

Tous ces inconvénients disparaissaient lorsque le cessionnaire avait poursuivi le débiteur cédé et poussé l'instance jusqu'à la *litis contestatio*. La *litis contestatio*, en effet, éteint le droit du demandeur et le transforme en un droit nouveau, le droit à la *condemnatio* (V. n° 283). Le droit du créancier cédant était donc éteint, et remplacé par la créance née de la *litis contestatio* entre le mandataire et le débiteur poursuivi. La *litis contestatio* fait du *procurator* le maître de l'action et des résultats pécuniaires qu'elle comporte, *dominus litis* (4, § 5. Dig., *De appellat.*, XLIX, 1, Macer). Elle l'investit exclusivement et irrévocablement non de la créance, mais ce qui revient pratiquement au même, du droit d'obtenir la prestation qui en est l'objet ou une condamnation pécuniaire s'il y a lieu. Le cessionnaire est désormais créancier du débiteur, et non plus seulement mandataire du créancier de celui-ci. Restait à tirer

(6) Gaius (II, 39) fait observer que seule la novation a un avantage. Elle permet au cessionnaire d'agir en son nom. Quand il agit comme mandataire, c'est le droit du mandant et non le sien qu'il cherche à faire reconnaître en justice : *debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri*.

parti de cette idée. Ce fut l'œuvre de la législation impériale. Elle fut lente à l'accomplir.

On commença par permettre au *procurator in rem suam* d'agir par voie d'action utile contre le débiteur, non plus comme mandataire du cédant, mais en son nom propre, *suo nomine*⁽⁷⁾. Cette solution donnée d'abord dans certaines hypothèses favorables, finit par être généralisée⁽⁸⁾. Désormais, tout *procurator in rem suam* eut les actions utiles, *suo nomine* (55. Dig., *De procur.*, III, 3, Ulp.). Un principe nouveau tendait donc à prévaloir : le cessionnaire d'une créance est investi d'un droit propre. Toutefois, un danger était encore à craindre. Comme la cession a lieu sans la participation du débiteur cédé, celui-ci peut toujours, tant qu'il n'y a pas eu *litis contestatio*, considérer le cédant comme son créancier et s'acquitter valablement entre ses mains ou conclure avec lui un arrangement quelconque tendant à l'extinction de la dette. Si diligent qu'il fût, le cessionnaire ne pouvait pas toujours éviter ce péril. Il pouvait être empêché d'agir immédiatement contre le débiteur, notamment quand la créance était à terme et que le jour de l'échéance n'était pas arrivé. Il fallait donner au cessionnaire un moyen de se mettre tout de suite en contact avec le débiteur et de se désigner à lui comme seul créancier. On lui permit à cet effet de faire au débiteur une *denuntiatio* qui, par avance, tient lieu de la *litis contestatio*, c'est-à-dire fait du cédé le débiteur exclusif du cessionnaire. Telle fut la décision d'une constitution de Gordien (3. Cod., *De novat.*, VIII, 42) reproduite dans notre Code civil (V. art. 1690, C. civ.)⁽⁹⁾.

QUATRIÈME PARTIE

MODALITÉS ET VARIÉTÉS DES OBLIGATIONS

208. — *Notions générales.* — *Indication des principales modalités des obligations.* — Il a fallu jusqu'à présent, dans un intérêt de

(7) La première idée de ce progrès paraît due à un rescrit d'Antonin permettant à l'acheteur d'une hérédité d'intenter de son chef, mais seulement à titre utile, les actions héréditaires faisant partie de l'actif (16, pr. Dig., *De pact.*, II, 14, Ulp.). Il était difficile, en effet, dans cette hypothèse, de parler d'un mandat donné à l'acheteur, puisque l'ancien créancier était mort avant la cession. Il fallait donc considérer l'acheteur comme investi d'un droit propre qu'il exerçait de son chef.

(8) Cette transformation du droit était nécessaire. C'est pourtant là qu'elle s'est faite plus longtemps attendre. V. Girard, *Manuel élément.*, p. 728, la série des cas particuliers où l'action utile s'est fait successivement admettre.

(9) A la théorie de la cession de créances se rattache celle de la délégation dont la

clarté et de méthode, étudier l'obligation en la supposant réduite à ses éléments essentiels. Mais il est rare qu'elle se présente dans la pratique sous cet aspect simple. Elle se complique d'éléments accidentels, *causæ obligationum* (44, pr. Dig., *de obligat. et act.*, XLIV, 7, Paul) qu'on appelle modalités. Chacune de ces modalités donne lieu à une variété de l'obligation.

Ces modalités ont trait à l'existence, à l'exécution, à l'objet, aux sujets de l'obligation. Celles qui affectent l'obligation dans son existence sont : la condition suspensive, le terme et la condition résolutoires. Le terme suspensif n'a trait qu'à l'exécution de l'obligation; l'alternative, appelée spécialement *modus*, ne concerne que l'objet. Enfin la pluralité des sujets actifs ou passifs peut aussi être envisagée comme une modalité donnant lieu à des variétés de l'obligation : obligations corréales, solidaires. On peut réunir dans un groupe unique le terme et la condition suspensifs et résolutoires ; on traitera ensuite de l'alternative et de la pluralité des sujets.

I. — Modalités relatives à l'existence et à l'exécution.

Terme et condition.

209. — *Notion du terme et de la condition.* — L'obligation qui n'est affectée ni d'un terme ni d'une condition est dite pure et simple, *pura*. En pareil cas, l'obligation une fois née a une existence certaine et son exécution peut immédiatement être réclamée au débiteur (1). A l'obligation pure et simple on oppose l'obligation à terme ou sous condition. Le terme, *dies*, et la condition, *conditio*, sont l'un et l'autre des événements futurs prévus par les parties mais différant essentiellement l'un de l'autre en ce que le terme est un événement qui arrivera certainement, tandis que la condition peut arriver ou ne pas arriver (2). Tous deux d'ailleurs peuvent être suspensifs ou résolutoires : suspensifs, en ce sens qu'ils sont destinés à suspendre l'exigibilité du droit (terme suspen-

cession de créance n'est qu'une application. Mais les explications que nous aurions à fournir à ce sujet sortiraient du cadre de notre ouvrage. V. Gide, *Études sur la novation et le transport des créances*, pp. 379 et suiv.

209. — (1) Ulpien exprime ce caractère de l'obligation pure et simple en disant que, dès le principe, *et cessit et venit dies*. Le *dies cedit* est le jour où la dette existe ; quand elle est exigible, *dies venit* (213, pr. Dig., *De verb. signif.*, L. 16).

(2) Le terme peut être incertain (*dies incertus*), en ce sens que si l'événement prévu est certain la date à laquelle arrivera cet événement est incertaine. En matière d'obligation, il n'y a pas comme en matière d'hérédité et de legs, de différence entre le terme certain et le terme incertain (V. n° 227, note 1).

sif) ou même sa naissance (condition suspensive); résolutoires ou extinctifs, en ce sens que leur arrivée mettra fin à l'obligation déjà existante (terme et condition résolutoire).

Les parties peuvent-elles, lorsqu'elles créent l'obligation la subordonner à ces modalités? Il semble que ce résultat soit incompatible avec les idées du droit primitif. A ses yeux, le temps est sans influence sur la naissance et l'extinction des droits. Dès qu'on a accompli les cérémonies propres à les créer, ils naissent et ils produisent sur-le-champ la totalité de leurs effets. Et ces effets ne peuvent pas non plus cesser au bout d'un certain délai. Impuissant à les retarder, le temps est à lui seul, non moins impuissant à les anéantir. Dans la conception primitive, il n'y a donc que des droits actuels, certains, perpétuels, des opérations juridiques au comptant dont l'effet, ferme et irrévocable, ne saurait être suspendu ou anéanti par l'arrivée du temps⁽³⁾. Mais, lorsqu'il s'agit d'une obligation, la volonté des parties n'est-elle pas souveraine pour proclamer, au moment de la conclusion de l'accord, les événements qui devront influencer sur sa naissance, son exécution, son maintien? Il semble bien que pour le terme et la condition suspensifs, on l'ait admis sans trop de difficulté, même si le contrat était formel⁽⁴⁾. Puis, à mesure que la convention s'est affranchie du formalisme étroit des débuts, à mesure que la volonté des parties tendit à y jouer un rôle prédominant, on aurait dû se montrer plus facile et accueillir l'insertion de toute espèce de modalité relative au temps. Il n'en a rien été toutefois. Le droit civil a toujours eu des scrupules pour l'admission du terme et de la condition résolutoires. Il a fallu l'intervention prétorienne pour donner effet à cet égard à l'accord des parties.

1° *De l'obligation à terme suspensif*. — Le terme suspensif est un événement futur et certain jusqu'à l'arrivée duquel les parties ont convenu de suspendre l'exécution de l'obligation. L'apposition d'un terme suspensif n'a donc pas pour effet de faire obstacle à la naissance du droit du créancier. La créance existe dès le début⁽⁵⁾.

(3) Les formes solennelles destinées à donner naissance aux actes répugnent à l'insertion des modalités relatives au temps. La formule prononcée est toujours l'affirmation d'un droit actuel et certain, indépendant de la durée. Ces *actus legitimi ... non recipiunt diem vel conditionem* (77, Dig., *De div. reg. jur.*, L, 17, Papin.).

(4) La condition a eu plus de mal à se faire admettre. Elle a toujours été incompatible avec la forme du contrat *litteris*. On a même hésité à l'accepter dans certains contrats consensuels (G. III, 146). V. Girard, *Manuel élément.*, pp. 466, 468.

(5) De l'obligation à terme, Gaius dit (III, 124) : *certum est debitum iri*, c'est-à-dire qu'il est certain qu'il y a une dette bien qu'elle ne puisse être exigée qu'après un certain temps, *licet post tempus petatur*. Il oppose expressément ce cas à celui où la dette est conditionnelle. D'autres textes encore établissent nettement l'existence certaine de la dette, dont la poursuite et le paiement sont seuls différés : *præsens obligatio, in diem autem dilata solutio* (46, pr. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Paul).

L'unique effet du terme est de retarder jusqu'à une époque donnée l'échéance de la dette, c'est-à-dire le droit pour le créancier d'exiger le paiement si le terme est en faveur du débiteur, le droit pour le débiteur de contraindre le créancier à le recevoir si le terme est en faveur du créancier. Le terme résulte habituellement de la convention expresse des parties (terme exprès), mais il peut aussi être tacite, ce qui arrive lorsque l'objet de l'obligation est de telle nature que l'exécution immédiate est impossible.

Le plus souvent, c'est dans l'intérêt du débiteur qu'un terme suspensif est apposé à l'obligation. Dans la plupart des cas en effet le débiteur refuserait de s'engager s'il se savait exposé à être poursuivi sur-le-champ. Il demandera donc et obtiendra un terme, ce qui lui permettra de prendre ses mesures en vue de l'exécution. Le créancier qui le lui accorde suit sa foi ; il lui fait crédit. On favorise ainsi le développement des affaires qui ne sauraient s'accommoder d'opérations toujours faites au comptant. Le terme peut cependant avoir été consenti en faveur du créancier. Celui-ci a parfois intérêt à ce que la prestation due ne lui soit pas fournie avant une certaine époque, par exemple lorsqu'ayant prêté de l'argent à un taux d'intérêts élevé, il tient à reculer aussi loin que possible l'époque du remboursement, pour continuer à bénéficier d'un placement avantageux. Si la convention n'exprime pas formellement quelle est celle des deux parties en faveur de qui le terme est inséré, il est présumé avoir été établi en faveur du débiteur (41, § 1. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Ulp.) (V. art. 1187, C. civ.).

Il est intéressant de savoir en faveur de qui le terme a été convenu, car ses effets sont différents selon que c'est le débiteur ou le créancier qui peut en réclamer le bénéfice. Établi dans l'intérêt du débiteur il fait obstacle à l'exercice de l'action. Si le créancier agissait avant l'échéance, il serait repoussé à raison de sa demande prématurée, *plus petitio tempore*, et ne pourrait plus renouveler ultérieurement son action, puisqu'il aurait déduit son droit en justice (6). Mais le débiteur peut volontairement renoncer au bénéfice du terme, puisqu'il est établi dans son intérêt. Il pourra donc contraindre le créancier à recevoir paiement avant l'échéance. Lorsqu'au contraire le terme a été établi dans l'intérêt du créancier, il met obstacle à ce que le débiteur puisse se libérer avant l'arrivée du terme. Mais le créancier peut y renoncer, poursuivre immédiatement le débiteur ou, s'il n'y a pas

(6) V. § 33. Inst., *De act.*, IV, 6 (V. n° 285). L'impossibilité de renouveler l'action vient de ce que le droit du créancier est déjà né. En agissant il l'a déduit en justice et l'a consommé.

poursuites, accepter le paiement qui lui serait offert par anticipation.

2° *De l'obligation à terme résolutoire ou extinctif.* — Le terme résolutoire ou extinctif est un événement futur et certain à l'arrivée duquel les parties ont, expressément ou tacitement, subordonné l'extinction du droit d'obligation. En attendant ce moment, elle existe et produit ses effets comme si elle était pure et simple, mais elle cesse de les produire lorsqu'arrive le terme. La modalité affecte donc l'obligation, non plus seulement dans son exécution mais dans son existence. Le droit civil n'avait pas admis qu'il pût y avoir là une cause d'extinction de l'obligation. De même que la propriété, l'obligation est perpétuelle, elle ne peut s'éteindre par l'effet de l'expiration d'un laps de temps : *placet ad tempus obligationem constitui non posse* (44, § 1 Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7, Paul) (V. n° 99). Toutefois, le prêteur intervient pour donner effet à la convention des parties. Pour lui, l'obligation reste pure et simple, mais le terme résolutoire convenu équivaut à un *pactum de non petendo*. Il permet en conséquence au débiteur de repousser, par l'*exceptio pacti conventi*, la demande qui serait intentée contre lui après l'arrivée du terme (7).

L'insertion d'un terme extinctif n'était pas d'un usage fréquent, du moins lorsque l'obligation avait pour objet une prestation à effectuer en une fois par le débiteur. Le créancier en effet peut, en ce cas, trop facilement enlever au débiteur tout l'avantage que celui-ci compte retirer du terme. Il lui suffit pour cela d'agir avant son arrivée. Mais le terme extinctif se rencontre souvent, soit dans les obligations qui ne peuvent s'exécuter que d'une façon successive, comme en cas de louage de choses, soit lorsqu'il s'agit d'une dette de prestations à fournir à des intervalles périodiques jusqu'à l'expiration d'un certain délai, par exemple, lorsque le créancier stipule *decem annuos quoad vivat* (§ 3. Inst., *De verb. obligat.*, III, 15), c'est-à-dire une série de prestations exigibles pendant toute sa vie (8).

(7) Il est bien évident que, dans les contrats de bonne foi, comme le louage, la société, le mandat, où les obligations sont destinées à prendre fin à l'expiration d'un certain laps de temps, l'insertion de l'exception n'est pas nécessaire. Le juge trouve dans ses pouvoirs le droit de déclarer que l'obligation est éteinte.

(8) De cette stipulation d'annuités Pomponius dit qu'elle est : *una, incerta, perpetua* 16, § 1. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1). *Una*, c'est-à-dire qu'il n'y a qu'une créance unique : le droit aux annuités. Mais le nombre de ces annuités est inconnu ; par suite la créance est *incerta*. Enfin, et c'est là le seul de ces trois caractères qui nous intéresse ici, la créance est *perpetua*, en ce sens qu'elle n'est pas éteinte *ipso jure* par l'arrivée de la dernière annuité. Les héritiers du stipulant conservent le droit de poursuivre le promettant, et celui-ci, pour les repousser, devra recourir à l'*exceptio pacti conventi* (56, § 4. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Julian.). La stipulation d'annuités remplit

3° *De l'obligation sous condition suspensive.* — La condition est un événement futur et incertain à l'arrivée duquel les parties subordonnent la naissance de l'obligation. Aussi, cette modalité affecte-t-elle l'obligation dans son existence. Elle est l'œuvre de la volonté expresse ou présumée des parties (9). Mais elle ne produit d'effets que si le fait prévu par elles et d'où elles font dépendre la naissance du droit est possible et licite (10). Impossible ou illicite, la condition est nulle et rend nulle la convention qui en dépend (11).

Pour déterminer les effets de la condition suspensive, il faut se placer à deux moments distincts : pendant qu'elle est encore en suspens, *pendente conditione*, et lorsqu'elle vient à défaillir ou à s'accomplir.

a) *Pendente conditione*, l'obligation n'est pas encore née et par conséquent ne peut donner lieu à une action. Si le créancier agit, il sera par conséquent repoussé, mais il pourra ultérieurement renouveler son action, lorsque la condition sera accomplie. Son droit en effet n'ayant pas encore d'existence n'a pu être consommé par l'effet de la *deductio in iudicium*. C'est la solution contraire de celle donnée pour le terme. Mais bien que n'existant pas encore l'obligation produit provisoirement certains effets. Elle confère au créancier une expectative qui fait partie de son patrimoine, qu'il peut transmettre en cas de décès à ses héritiers et à l'occasion de laquelle il peut prendre des mesures conservatoires (12). Pour expliquer ces effets, on peut dire avec certains textes qu'il existe au profit du créancier une espérance : *spes est debitum iri* ou pour mieux dire une sorte de demi-droit, qui, si la condition se réalise, se transformera en un droit complet et assuré.

en droit romain le même office que notre contrat de rente viagère (V. art. 1968 et suiv., C. civ.).

(9) De là le nom de *conditio* qui, dérivant de *cum dicere*, signifie l'entente entre deux personnes. Bréal et Bailly, *Dictionnaire étymologique latin*, v° *Dico*.

(10) L'événement qui, à raison de son caractère futur et incertain, forme condition, peut dépendre du hasard ou de la volonté d'un tiers (condition casuelle), de la volonté d'une des parties (condition potestative), tout à la fois du hasard et de la volonté d'une partie (condition mixte). Ces distinctions n'ont d'intérêt qu'à raison de la règle qui déclare nulle l'obligation sous condition potestative de la part du débiteur, lorsque cette condition est purement potestative. On appelle ainsi la condition qui subordonne exclusivement le sort de l'obligation au bon plaisir du débiteur, lequel n'est engagé que s'il le veut, *si voluerit*. Il est évident en effet qu'il ne peut y avoir en pareil cas, aucun lien de droit (46, § 3. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Paul) (V. art. 1174, C. civ.).

(11) G. III, 98; 137, § 6. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Venul.; art. 1172, C. civ. En matière d'institutions d'héritier ou de legs, de pareilles conditions sont considérées comme non écrites et ne rendent pas nuls l'institution ou le legs qui en dépendent (V. n° 232, note) (V. art. 900, C. civ.).

(12) C'est ainsi qu'il peut profiter de la *missio in possessionem* dans les biens du débiteur insolvable et peut-être même la provoquer.

b) Lorsque la condition fait défaut, *deficit*, l'obligation ne peut pas naître, et les effets provisoires qu'elle avait pu produire sont anéantis. Si, au contraire, la condition s'accomplit, *existit*, l'obligation prend naissance, le droit du créancier est désormais certain et semblable à celui qui résulte d'une obligation pure et simple. Mais l'arrivée de la condition a non seulement des conséquences pour l'avenir, elle en produit aussi dans le passé. Les effets provisoires qui en résultaient se trouvent confirmés. Si l'on est d'accord sur cette solution, on ne l'est pas sur la manière de l'expliquer. Pour les uns, la condition accomplie produit des effets rétroactifs. L'obligation est censée avoir eu une existence certaine dès le principe⁽¹³⁾. Pour les autres, il n'est pas nécessaire de faire intervenir l'idée de rétroactivité. Il suffit de dire que l'obligation avait déjà un rudiment d'existence avant l'arrivée de la condition.

4° *De l'obligation sous condition résolutoire.* — La condition résolutoire est un événement futur et incertain à l'arrivée duquel les parties subordonnent l'extinction de l'obligation. Il s'agit donc bien ici d'une modalité concernant l'existence de l'obligation. Mais, à proprement parler, on ne doit pas regarder l'obligation sous condition résolutoire comme conditionnelle. Elle est pure et simple, seule sa résolution est subordonnée à une condition, *obligatio pura quæ sub conditione resolvitur* (2. Dig., *De in diem add.*, XVIII, 2, Ulp.). De là résulte qu'en cas de défaillance de la condition, l'obligation reste ce qu'elle avait toujours été, *pura*, et qu'elle continue de produire ses effets. Mais si la condition se réalise, la résolution se produit et l'obligation s'éteint, non pas *jure civili* mais *jure prætorio*. Ici, en effet, le droit civil admet le même principe qu'en cas de terme extinctif : *ad tempus obligationem constitui non posse* ; il ne tient pas compte de la condition résolutoire. Mais le prêteur donnant le pas à la volonté des parties sur la rigueur du droit, permet au débiteur de repousser par l'*exceptio pacti conventi* le créancier qui agirait après l'arrivée de la condition (44, § 2. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7, Paul). Toutefois, les contrats consensuels font exception à la règle du droit civil et la condition résolutoire y produira ses effets *ipso jure*, si elle a été apposée au contrat par un pacte adjoint *in continenti*⁽¹⁴⁾.

(13) Gaius dit d'elle : *perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset* (11, § 1. Dig., *Qui. pot. in pign.*, XX, 4). Pour expliquer que l'*acceptilatio* faite *pendente conditione* produit ses effets du jour où elle a eu lieu, Pomponius dit : *intelligitur debitor jam olim liberatus* (16, Dig., *De solut.* XLVI, 3) (V. art. 1179, C. civ.). Adde Girard, *Manuel élément.*, pp. 473, 474.

(14) Cela tient sans doute à ce que ces contrats pouvant se dissoudre *ipso jure* par

210. — *Diverses applications de la condition résolutoire en cas de vente.* — C'est en matière de vente qu'on trouve les applications les plus intéressantes et les plus pratiques de la condition résolutoire apposée à un contrat. Les plus usitées sont : l'*in diem addictio*, la *lex commissoria*, le *pactum de retrovendendo*, le *pactum displicentiæ*. De ces conditions, les trois premières sont insérées en faveur du vendeur, la dernière en faveur de l'acheteur.

1° *In diem addictio.* — Ici, le vendeur se réserve le droit de ne pas exécuter le contrat si, dans un délai donné, il se présente un autre acheteur qui lui offre des conditions meilleures, c'est-à-dire lui assure des avantages que ne lui offrait pas le premier, par exemple : un prix plus élevé, un terme de paiement plus rapproché, un lieu de paiement plus commode, ou des garanties accessoires plus complètes (1). Mais le vendeur ne peut pas se prévaloir des conditions meilleures qui lui sont offertes sans en prévenir d'abord son acheteur qui a le droit d'écarter l'acheteur nouveau en réalisant les offres faites par ce dernier (4, § 6; 8. Dig., *De in diem add.*, XVIII, 2, Ulp., Paul)(2).

2° *Lex commissoria.* — Les parties conviennent par ce pacte qu'à défaut par l'acheteur d'avoir payé son prix dans un délai donné, la vente sera résolue (1. Dig., *De lege comm.*, XVIII, 3, Ulp.) (V. n° 151). Il suffit que l'acheteur ait laissé passer le délai sans payer pour que la condition soit accomplie. La résolution a donc lieu sans qu'il soit nécessaire d'interpeller l'acheteur ; mais le vendeur puisque la *lex commissoria* est faite en sa faveur, n'est pas obligé de s'en prévaloir et il peut, s'il le préfère, poursuivre le paiement du prix (3).

3° *Pacte de retrovendendo* ou *remere.* — Les interprètes appellent ainsi le pacte par lequel le vendeur s'est réservé la faculté de reprendre la chose vendue, soit dans un certain délai, soit à tout

le *mutuus dissensus*, il n'y a pas de raison pour que les parties ne soient pas autorisées à convenir par avance que le contrat sera dissous pour le cas où tel événement arrivera Sic, Accarias, t. II, n° 542.

210. — (1) L'*in diem addictio* peut aussi avoir été conçue sous forme de condition suspensive. Il est convenu en ce cas que la vente ne deviendra parfaite que si, dans le délai fixé, on n'a pas fait au vendeur des offres meilleures. Les deux aspects de l'*in diem addictio* sont opposés l'un à l'autre par Ulpien (2, pr. Dig., *De in diem add.*, XVIII, 2).

(2) L'*in diem addictio* réalise une sorte de mise aux enchères. La chose n'est définitivement attribuée, *addictio*, qu'après le délai passé, *in diem* sans qu'un nouvel acheteur se soit présenté. V. Girard, *Manuel élément.*, p. 714.

(3) En droit français, la condition résolutoire, en cas de non paiement du prix est toujours sous-entendue dans le contrat de vente, comme dans tous les contrats synallagmatiques. Mais elle n'opère pas de droit (V. art. 1184, 1654, C. civ.).

moment, mais à charge de restituer le prix ou toute autre somme fixée à l'avance (2, Cod., *De pact. int. emt.*, IV, 54) (V. art. 1659 et suiv., C. civ.) (4).

4° *Pactum displicentiæ*. — On désigne ainsi le pacte par lequel l'acheteur se réserve le droit de résoudre la vente, au cas où dans un délai donné ou même à une époque quelconque, la chose aurait cessé de lui plaire (3. Dig., *De contrah. emt.*, XVIII, 1, Ulp.).

Les effets que produit dans ces divers cas la condition résolutoire une fois accomplie sont fort simples, lorsque ni de part ni d'autre les obligations réciproques nées du contrat n'ont été exécutées. Le contrat prend alors fin ; dans le passé, il n'avait jamais produit d'effet, dans l'avenir il n'en produira aucun. Mais le plus souvent, il arrive que l'exécution a eu lieu totalement ou partiellement *pendente conditione*. En pareil cas, la vente venant à être résolue, il faudra de part et d'autre opérer la restitution des prestations effectuées. Par quelles actions cette restitution pourra-t-elle être réclamée ?

Si le pacte résolutoire a été inséré en faveur du vendeur (*in diem addictio, lex commissoria, remere*), celui-ci pourra réclamer la restitution de la chose par lui livrée à l'acheteur, mais à charge de rendre le prix ou la portion du prix qu'il a touché. L'action qui lui était donnée à cet effet était l'*actio venditi* (5). Mais ce n'était qu'une action personnelle qui l'exposait aux risques de l'insolvabilité de l'acheteur et l'obligeait à respecter les droits réels valablement consentis par celui-ci *pendente conditione*. Pour remédier à ce double inconvénient, il eût fallu décider qu'en même temps que le contrat, la translation de propriété serait résolue et que la propriété ferait retour au vendeur. De cette façon, celui-ci ne se présentant plus comme créancier eût échappé au concours des autres créanciers. D'autre part, les droits réels consentis par l'acheteur eussent été résolus en même temps que celui de l'acheteur lui-même en vertu du principe suivant lequel on ne peut pas trans-

(4) C'est là un moyen pour le vendeur de recouvrer une chose à laquelle il tient et qu'il ne s'est décidé de vendre que parce qu'il était pressé d'argent.

(5) Il y eut des difficultés à cet égard. Certains soutenaient qu'il était inadmissible qu'on accordât l'action du contrat à l'effet d'en poursuivre, non l'exécution, mais la résolution. Pourtant, il s'agit d'un pacte adjoint *in continenti* à un contrat de bonne foi, et ce pacte est sanctionné par l'action du contrat. D'autres voyaient dans la livraison qu'avait effectuée le vendeur une *datio ob rem* qui donnait ouverture à l'action *præscriptis verbis*. En cas de *remere*, Alexandre Sévère donna le choix entre cette action et l'action du contrat (2. Cod., *De pact. int. emt.*, IV, 54), et cette décision finit par être généralisée. V. pour plus de détails Girard, *Manuel élément.*, p. 716.

férer des droits d'une plus longue durée que les siens. Mais jusqu'à l'époque de Justinien, le principe : *ad tempus proprietas transferri nequit* s'opposa à cette résolution du droit de propriété (V. n° 99).

S'il s'agissait d'un pacte résolutoire en faveur de l'acheteur (*pactum displicentiæ*) on lui donnait l'action *empti* pour obtenir la restitution du prix qu'il avait payé à l'avance. Mais on n'admit jamais ici que la propriété ferait de plein droit retour au vendeur.

II. — Modalités relatives à l'objet.

211. — *De l'alternative.* — *Des obligations alternatives et facultatives.* — Au lieu d'une prestation unique, l'obligation peut avoir pour objet plusieurs prestations différentes, entre lesquelles une seule suffira pour libérer le débiteur : par exemple, *X aut Stichum* (44, § 3. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7, Paul). On dit alors que les diverses prestations sont dues sous alternative, et cette modalité porte spécialement le nom de *modus* (V. n° 203). En pareil cas, l'obligation a une existence certaine dès le début, seul son objet reste indéterminé jusqu'au moment où l'on aura choisi l'une quelconque des prestations toutes également et principalement dues. Ce choix appartient en principe au débiteur, à moins qu'il n'ait été expressément réservé au créancier (10, § 6. Dig., *De jur. dot.*, XXIII, 3, Ulp.) (V. art. 1189, 1190, C. civ.). Malgré l'indétermination de l'objet, l'obligation existe. Si donc l'une des choses dues sous alternative ne peut être livrée, parce qu'elle a péri par cas fortuit, l'autre ou les autres n'en restent pas moins dues. Le seul résultat de la perte fortuite est donc d'enlever le choix à celui qui l'avait, en tout cas de le restreindre (34, § 6. Dig., *De contrah. emt.*, XVIII, 1, Paul) (V. art. 1192, 1193, C. civ.).

L'obligation alternative ne doit pas être confondue avec l'obligation dite facultative. Dans cette dernière, il n'y a qu'une chose due principalement, mais le débiteur a la faculté de se libérer en donnant une autre chose. On dit de celle-ci qu'au lieu d'être *in obligatione* elle est *in facultate solutionis*. Ici, comme il n'y a qu'un seul objet dû principalement, si cet objet périt par cas fortuit, le débiteur est libéré quand même l'objet dû facultativement subsiste.

III. — Modalités relatives aux sujets.

212. — *Pluralité des sujets.* — *Principe de la divisibilité des créances et des dettes.* — *Exceptions.* — Lorsque dans une même

obligation, il y a plusieurs personnes, créanciers ou débiteurs, cette pluralité de sujets actifs ou passifs produit des effets variables selon les circonstances. Il faut d'abord mettre de côté le cas où, parmi les cocréanciers ou codébiteurs, il en est qui jouent un rôle accessoire. Il sera parlé de cette hypothèse lorsqu'on traitera des garanties destinées à assurer l'exécution de l'obligation (V. nos 217, 219 et suiv.). Supposons que tous les cocréanciers ou codébiteurs figurent dans l'obligation comme créanciers ou débiteurs principaux. La question est alors de savoir si chacun pourra agir ou être poursuivi pour la totalité, ou bien si chacun n'a droit ou ne sera tenu qu'à sa part. C'est cette dernière solution qui est la règle. Toute créance ou toute dette est donc en principe divisible, c'est-à-dire se divise de plein droit en autant de parts égales qu'il y a de cocréanciers ou de codébiteurs (11, § 1, 2. Dig., *De duob. reis.*, XLV, 2, Papin.) (V. art. 1202, 1220, C. civ.). Mais cette règle comporte toute une série d'exceptions intéressantes en cas d'obligations indivisibles, cumulatives, corréales ou solidaires.

1° *Obligations indivisibles.* — L'obligation est dite indivisible lorsque son objet est indivisible, c'est-à-dire lorsque la prestation due n'est pas susceptible de se fractionner matériellement ou intellectuellement en parts égales ou inégales. Telle est l'obligation qui a pour objet la constitution d'une servitude prédiale. Cette circonstance ne produit d'effets pratiques que s'il y a pluralité de créanciers ou débiteurs. Au cas, en effet, où il n'y a qu'un créancier et un débiteur, l'obligation, même divisible, doit être exécutée par le débiteur comme si elle était indivisible, en ce sens que ce dernier ne peut contraindre le créancier à recevoir un paiement partiel. Mais lorsqu'il y a plusieurs créanciers ou débiteurs, la dette se divise nécessairement entre eux quand elle est divisible, tandis que si elle est indivisible, la poursuite pourra être exercée pour le tout par l'un quelconque des créanciers ou contre l'un quelconque des débiteurs (85, pr., § 1, 2, 3. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Paul) (V. art. 1220, 1222, 1224, C. civ.). Mais il est clair que la poursuite ne pourra être exercée qu'une fois.

2° *Obligations cumulatives.* — En cas de délit commis par plusieurs, l'action pénale née du délit est donnée cumulativement contre tous les coauteurs. L'action ne se divise pas en autant de parts égales qu'il y a de codélinquants. Chacun est tenu à la totalité, *in solidum*. Mais le paiement fait par l'un ne libère nullement les autres. Chacun de ceux-ci peut être poursuivi à son tour, obligé également de payer. Cette solution très rigoureuse s'explique aisément. La victime d'un délit pouvait exercer sa vengeance contre

chacun des auteurs. Or, la *pœna*, objet de l'action pénale, n'est qu'un succédané de la vengeance. Elle peut donc être réclamée cumulativement contre tous les codélinquants (1). C'est ce qui est admis pour l'*actio furti* : *nam in aliis furibus ejusdem rei pluribus non est propterea ceteris pœnæ deprecatio, quod ab uno jam exacta est* (55, § 1. Dig., *De admin. et per. tut.*, XXVI, 7, Tryph.).

3° *Obligations corréales*. — Il y a encore exception au principe de la divisibilité des créances et des dettes au cas où l'obligation est corréale (2). Ici le paiement peut être réclamé pour le tout, *in solidum*, par l'un quelconque des créanciers ou à l'un quelconque des débiteurs, alors même que la dette est divisible. Mais il ne peut y avoir qu'une action et un paiement unique, en sorte que le paiement fait à l'un des créanciers enlève aux autres le droit d'agir, de même que le paiement fait par l'un des débiteurs libère tous les autres. Il y a donc deux espèces de corréalités, la corréalité active et la corréalité passive, selon qu'il y a plusieurs cocréanciers ou plusieurs codébiteurs de la dette commune. L'importance pratique de chacune de ces applications de la corréalité est considérable.

La corréalité active permettait à plusieurs personnes ayant des intérêts communs de se remplacer réciproquement vis-à-vis d'un débiteur unique. Que plusieurs associés aient besoin d'une certaine somme, que des copropriétaires veulent obtenir une prestation qui doit profiter à la chose commune, ils n'auront qu'à stipuler cette somme ou cette prestation en qualité de créanciers corréaux. De cette façon, l'un quelconque d'entre eux sera autorisé à poursuivre le débiteur commun et à se faire payer par lui, sauf ensuite à rendre compte à ses coassociés ou à ses communistes.

Quant à la corréalité passive, elle a été imaginée pour donner à un créancier des garanties de paiement plus complètes que s'il n'avait affaire qu'à un seul débiteur. Elle fait donc le même office que le cautionnement (V. n° 219). Si, par exemple, plusieurs personnes ont à emprunter de l'argent pour une affaire commune,

212. — (1) Mais dès que l'action donnée à raison d'un délit n'est plus pénale, les jurisconsultes rejettent l'idée de l'obligation cumulative. Ils l'admettent pour l'action mixte, par exemple, pour l'*actio legis aquilæ* (11, § 2. Dig., *Ad leg. aquil.*, IX, 2, Ulp.). V. Girard, *Manuel élément.*, pp. 393, 396, 740.

(2) Les expressions *corréalité*, *corréaux*, etc., ont été créées par les modernes. Elles leur ont été d'ailleurs suggérées par le langage des textes qui parlent de *conrei* ou *correi* (3, § 3. Dig., *De liber. legat.*, XXXIV, 3, Ulp.), et plus généralement de *duo pluresve rei* (Tit. Dig., XLV, 2).

il peut se faire que l'une ou plusieurs d'entre elles n'offrent pas au prêteur des garanties de solvabilité assez grandes. Le créancier au lieu de se contenter d'un engagement collectif qui ne lui permettrait de poursuivre chacun des codébiteurs que pour sa part, peut alors leur imposer un engagement corréal, grâce auquel il aura le droit de réclamer la totalité à celui des débiteurs qu'il voudra. De cette manière, le créancier s'épargne le désagrément de poursuites et de paiements divisés, et s'il choisit celui des codébiteurs qui est le plus solvable, il évite ou diminue les risques d'insolvabilité auxquels l'expose sans cela le principe de la division de la dette. Celui des codébiteurs qui aura dû payer la totalité aura ensuite son recours contre les autres, pour leur faire supporter leur part dans la dette commune.

Au sujet de la corréalité il y a deux questions : 1° quelles sont ses sources et ses caractères ; 2° quels sont ses effets. On aura ensuite à étudier une forme d'obligation *in solidum* qui se rapproche de l'obligation corréale sans se confondre avec elle. Les interprètes lui donnent le nom d'obligation solidaire.

213. — *Sources et caractères de la corréalité active et passive.*

— Dans le principe, la corréalité ne pouvait résulter que d'une stipulation. Plus tard elle put être établie autrement, mais la stipulation n'en demeura pas moins le procédé habituellement employé pour donner à l'obligation le caractère corréal. Aussi la corréalité créée par stipulation est-elle toujours envisagée comme la corréalité type (1). C'est d'elle qu'il va être parlé en premier lieu.

1° *Corréalité résultant de la stipulation.* — Pour établir la corréalité active, chaque créancier interrogeait à son tour le débiteur commun, et c'est seulement après toutes ces interrogations, que le débiteur s'engageait envers tous les créanciers par une réponse unique, conçue dans des termes tels que la prestation promise ne pouvait être réclamée qu'une fois : *utrique vestrum idem dare spondeo*. Les mêmes formes étaient observées pour créer la corréalité passive. Le créancier interrogeait successivement chacun des débiteurs qui tous s'engageaient à payer la même chose,

213. — (1) C'est ce que prouvent les expressions techniques : *rei stipulandi vel promittendi* employées pour désigner les cocréanciers ou codébiteurs corréaux, alors même que la corréalité vient d'autres contrats que la stipulation. Lorsqu'ils parlent de débiteurs corréaux qui ne sont pas tenus en vertu d'une stipulation, certains textes disent qu'ils sont *quasi duo rei promittendi* (16, pr. Dig., *De pec. const.*, XIII, 5, Ulp.) (8, § 1. Dig., *De legat.*, I^o XXX, Pomp.). Enfin, Papinien (9, pr. Dig., *De duob. reis*, XLV, 2) dit que la corréalité peut s'établir *non tantum verbis stipulationis sed et ceteris contractibus*.

mais ne devaient répondre qu'après toutes les interrogations (2). Outre que ces formalités n'avaient rien de particulièrement gênant, elles offraient l'avantage incontestable de ne laisser planer aucun doute sur l'intention des parties. Chacun ayant en effet stipulé ou promis la même chose, *idem*, et pour le tout (*in solidum*), il est évident que les parties ont expressément dérogé au principe de la divisibilité. D'autre part les cocréanciers ou codébiteurs ayant contracté de façon à jouer un rôle principal, il est impossible de confondre la créance ou l'engagement de l'un d'eux avec une créance ou une dette accessoire.

Les formes qu'on vient de décrire font apparaître les deux caractères essentiels de l'obligation corréale : la pluralité des liens et l'unité d'objet dû.

1° L'obligation corréale est un faisceau de liens principaux en nombre égal à celui des personnes engagées dans l'opération. Chacun des costipulants est créancier au même titre que l'autre, chacun des copromettants est débiteur au même titre que l'autre, *et singulis in solidum debetur, et singulis debent* (2. Dig., *De duob. reis.*, XLV, 2, Javol.). 2° Mais ces obligations diverses sont rattachées les unes aux autres comme en un faisceau unique parce qu'elles ont toutes un seul et même objet, *in utraque obligatione una res vertitur* (§ 1. Inst., *De duob. reis.*, III, 16). Une seule prestation peut être réclamée, en sorte que, malgré la multiplicité des liens, l'obligation est une, *una* (3, § 1. Dig., *De duob. reis.*, XLV, 2, Ulp.). Les conséquences de cette unité d'objet apparaîtront ultérieurement (V. n° 214).

2° *Corréalité résultant d'autres sources que de la stipulation.* — La corréalité dérive habituellement de la stipulation. Mais elle peut être établie autrement, par exemple dans un testament où le testateur met la totalité d'un legs à la charge de chacun de ses héritiers, de façon cependant à ce qu'il ne soit acquitté qu'une fois. On finit même par permettre d'établir la corréalité par simple pacte adjoint *in continenti* à toute espèce de contrat et notamment à un contrat de bonne foi (9, pr. Dig., *De duob. reis.*, XLV, 2, Pappin.) (3).

(2) Si on n'avait pas procédé ainsi, si, par conséquent, le débiteur avait répondu à chacune des interrogations avant qu'on lui eût adressé l'interrogation suivante, ou si chaque débiteur eût répondu isolément à la question à lui adressée, il y aurait eu autant de créances ou de dettes distinctes, *alia atque alia obligatio* (pr. Inst., *De duob. reis.*, III, 16). Toutefois, dès avant Justinien, on semble s'être départi de cette exigence. Un passage d'Ulpien prouve qu'ici l'intention des parties doit prévaloir sur la forme de leur engagement (3, pr. Dig., *De duob. reis.*, XLV, 2).

(3) Mais cette solution en ce qui concerne les contrats de bonne foi n'est pas admise

214. — *Effets de la corréalité active et passive. — Rapports des corréaux entre eux. — I. Effets de la corréalité. — 1° Corréalité active.* — Les effets que produit la corréalité active dérivent du double caractère de l'obligation corréale. D'une part, puisqu'il y a autant de créances distinctes que de créanciers, tous ont un droit égal à la créance commune et l'un quelconque d'entre eux peut en poursuivre le recouvrement contre le débiteur. De même, et pour la même raison, le débiteur, devançant les poursuites, peut valablement payer entre les mains de celui des créanciers qu'il lui plaît. D'autre part, à raison de l'unité d'objet dû, le paiement une fois fait entre les mains d'un des créanciers corréaux éteint la dette au regard de tous les autres et leur enlève par conséquent le droit d'agir (1). Il en est de même de la demande en justice intentée contre le débiteur par l'un des *corei stipulandi*. Elle enlève aux autres le droit d'agir, dès qu'elle a été poussée jusqu'à la *litis contestatio* (2. Dig., *De duob. reis.*, XLV, 2, Javol.). En effet, celui des cocréanciers qui a poursuivi le débiteur a déduit *in iudicium* le droit de tous, en même temps que le sien propre, et à l'égard de tous a mis fin à la créance. Lui seul désormais est investi du droit de créance nouveau qui naît de la *litis contestatio*, c'est-à-dire du droit d'obtenir une condamnation contre le débiteur.

On voit par là qu'en définitive, tant qu'il n'y a pas eu *litis contestatio*, chacun des cocréanciers est considéré comme s'il était seul et qu'il peut par conséquent disposer de la créance commune et en toucher le montant. Mais celui qui le premier poursuit le débiteur et conduit l'instance jusqu'à la *litis contestatio*, s'empare de la créance, la fait sienne et met ainsi fin au droit égal de ses *corei*. Ce résultat n'a rien de bien choquant. Groupés en vue d'une action commune contre le débiteur, les créanciers corréaux devaient se connaître; ils ont donc implicitement consenti à ce que le premier venu d'entre eux pût se rendre maître de la créance et en disposer à lui seul.

2° Corréalité passive. — Ici c'est encore au double caractère de l'obligation corréale que se rattachent tous les effets de la corréalité.

unaniment par tous les interprètes. V. dans notre sens, Accarias, t. II, n° 554; Ortolan, t. III, *Append. VII*, par Labbé; Girard, *Manuel élément.*, p. 735. Le texte le plus décisif à cet égard est celui de Papinien, cité note 1.

214. — (1) § 1. Inst., *De duob. reis.*, III, 16. Produisent le même effet : l'acceptilation, le serment prêté par le débiteur sur l'offre d'un des *corei*, la novation consentie au débiteur commun ou le pacte de constitut fait avec lui par l'un des *corei* (2. Dig., *De duob. reis.*, XLV, 2, Javol.) (28, pr. Dig., *De jurejur.*, XII, 2, Paul). Pour la novation (31, § 1. Dig., *De novat.*, XLVI, 2, Venul.), bien qu'il y ait eu des hésitations à cet égard, et pour le constitut (40. Dig., *De pec. const.*, XIII, 5, Paul).

Comme il y a pluralité de liens, les codébiteurs sont tenus tous au même titre et le créancier est libre de poursuivre celui qu'il lui plaît, de même que l'un quelconque peut, devant les poursuites, lui offrir son paiement. Mais à raison de l'unité d'objet dû, le paiement fait par l'un des codébiteurs libère tous les autres (2). Aussi retrouve-t-on ici l'effet extinctif absolu produit par la *litis contestatio*. Le créancier qui a poursuivi l'un des codébiteurs et poussé l'instance jusqu'à la *litis contestatio*, a consommé son droit d'action à l'égard des autres qui, de cette façon, se trouvent libérés : *petitione... unius tota solvitur obligatio* (2. Dig., *De duob. reis.*, XLV, 2, Javol.). Cette conséquence de l'unité d'objet, si logique qu'elle fût, était fort désavantageuse pour le créancier. Il devait choisir avec soin le débiteur à qui il voulait s'attaquer, sinon il perdait tout l'avantage qu'il comptait retirer de la pluralité des débiteurs. Dans la pratique, on évitait cet inconvénient par une convention accessoire où les codébiteurs s'engageaient à ne pas se prévaloir de l'effet extinctif résultant d'une action déjà commencée contre l'un d'entre eux. Justinien, qui constate l'emploi fréquent de cette convention, décida qu'elle serait toujours sous-entendue. Désormais, le créancier, bien qu'il ait déjà agi contre l'un des codébiteurs, conserve le droit d'agir contre les autres jusqu'à parfait paiement (28. Cod., *De fidejuss.*, VIII, 41) (V. art. 1204, C. civ.) (3).

II. *Rapports des corréaux entre eux.* — La question du recours que peuvent exercer les *corei* les uns contre les autres se pose dans les termes suivants. L'un de plusieurs créanciers corréaux ayant touché la créance et d'une façon générale ayant disposé du droit qu'il a sur elle, les autres créanciers peuvent-ils agir contre

(2) V. § 1. Inst., *De duob. reis.*, III, 16. L'acceptilation, le serment prêté par l'un des *corei* sur l'offre du créancier, la novation consentie à l'un, produisent le même effet que le paiement (2. Dig., *De duob. reis.*, XLV, 2, Javol.) (28, § 3. Dig., *De jurejur.*, XII, 2, Paul).

(3) La perte par cas fortuit survenue avant qu'aucun des débiteurs ne soit en demeure, les libère tous. C'est encore une conséquence de l'unité d'objet. Si la chose a péri par le fait de l'un d'eux, la dette subsiste au regard de tous : *alterius factum alteri quoque nocet* (18. Dig., *De duob. reis.*, XLV, 2, Pomp.) Au contraire, si la perte par cas fortuit a eu lieu après la mise en demeure adressée à l'un des débiteurs, celui-là reste tenu et les autres sont libérés : *alterius mora alteri non nocet* (32, § 4. Dig., *De usur.*, XXII, 1, Marcian.). Cette décision se concilie difficilement avec la précédente. Les anciens interprètes, désireux d'effacer à tout prix les contradictions que contient nécessairement la compilation justinienne, proposaient un système consistant à dire que la faute et la demeure ne libèrent aucun des *corei* de l'obligation de payer la chose due ou son prix, mais les dispensent de payer des dommages-intérêts. C'est cette interprétation erronée, proposée par Dumoulin et Pothier, qui a passé dans l'art. 1205, C. civ.

lui pour lui demander compte et quelle action leur est donnée à cet effet? De même, l'un des débiteurs ayant acquitté la dette commune ou ayant procuré d'une façon quelconque à ses codébiteurs leur libération, aura-t-il action contre eux à l'effet de leur faire supporter leur part dans la dette et quelle sera cette action?

La question de savoir s'il y a un recours et quelle est sa nature dépend évidemment des rapports qui existaient entre les *corei* et des circonstances à la suite desquelles ils ont été conduits à se porter simultanément créanciers ou débiteurs d'une même dette. Ainsi, il y a des cas où le recours ne peut avoir lieu, parce que les *corei* ne sont pas tous également intéressés dans l'obligation, où ils ont figuré en apparence comme créanciers ou débiteurs principaux (4). Mais il y a lieu au recours si les *corei* ont un intérêt commun et identique à l'obligation. C'est ce qui arrive s'il y a entre les *corei* société ou simple communauté d'intérêts, ou si les parties se sont donné mandat réciproque d'agir les unes pour les autres, hypothèses dans lesquelles le recours s'exercera par les actions *pro socio*, *communi dividundo*, *mandati contraria* (5).

215. — *De la solidarité et des obligations solidaires.* — De la corréalité passive les interprètes modernes distinguent ce qu'ils appellent la solidarité simple ou imparfaite. Les textes en effet s'occupent parfois de codébiteurs tenus *in solidum*, mais à l'égard desquels la *litis contestatio* ne produit pas son effet extinctif absolu. Le créancier peut alors actionner successivement tous ses codébiteurs, sans que celui qui est poursuivi puisse lui opposer l'effet de la *litis contestatio* antérieurement faite avec un autre coobligé. C'est seulement le paiement obtenu de l'un d'eux qui libère les autres : *non enim electione sed solutione liberantur* (1, § 43. Dig., *Depositum*, XVI, 3, Ulp.). Cette différence entre la simple solidarité et la corréalité passive est très favorable au créancier. Elle suffit pour expliquer la création et la persistance de cette variété d'obligation *in solidum* qui n'a cessé d'avoir sa raison d'être que sous Justinien,

(4) C'est ce qui arrive par exemple, si de deux créanciers corréaux, l'un n'est, en réalité, qu'un mandataire auquel l'autre a voulu donner pouvoir de poursuivre le débiteur. Qu'en semblable occurrence, le principal créancier agisse et obtienne paiement, il est bien clair qu'il n'aura aucun compte à rendre à l'autre. De même, si l'un de plusieurs débiteurs corréaux est seul intéressé dans l'obligation, les autres n'étant vis-à-vis de lui que des cautions, il ne pourra être question pour lui de recourir contre ses codébiteurs, au cas où il aurait été obligé de payer (V. art. 1216, C. civ.).

(5) V. de plus amples développements sur cette question dans Ortolan, t. III, *Append. VII*, par Labbé.

quand il eut supprimé l'effet extinctif de la *litis contestatio* à l'égard des *corei* débiteurs (V. n° 214) (1).

Les applications diverses de la simple solidarité qui se trouvent dans les textes ne sont pas, à les bien considérer, des cas de solidarité conventionnelle. La solidarité entre codébiteurs est une faveur pour le créancier, mais qu'il n'a pas besoin de se réserver expressément (2). Ce sont les prudents qui ont imposé la solidarité à certains débiteurs tenus simultanément à la réparation d'un préjudice causé en commun. Les cas les plus anciens d'obligation solidaire simple paraissent en effet être ceux où une action réipersecutoire est donnée contre les coauteurs d'un délit: action *de dolo, quod metus causa, rationibus distrahendis, condictio furtiva*. L'obligation cumulative eût été, en pareil cas, trop sévère. Elle eût dépassé la mesure. Car, si le créancier a droit à l'entière réparation du préjudice, il n'y a droit qu'une fois. On fait donc assez pour lui en lui permettant de poursuivre successivement les codélinquants, jusqu'à parfait paiement. On a étendu ensuite cette notion au cas où plusieurs personnes tenues ensemble d'une obligation née *ex contractu* ou *quasi ex contractu*, ont commis un dol ou une faute dont la responsabilité pèse également sur tous. Tel est le cas de plusieurs tuteurs tenus de l'*actio tutelæ*, de plusieurs dépositaires, commodataires, mandataires (3).

Dans toutes ces hypothèses, il y a une faute qui pèse sur chacun des débiteurs également, par conséquent obligation pour chacun de réparer la totalité du préjudice comme s'il était seul. Mais les fautes étant individuelles, il n'y a pas ici cette identité de cause et d'objet qui caractérise la corréalité. Au lieu de former un faisceau d'obligations identiques, les obligations sont indépendantes et séparées, bien qu'elles tendent à une prestation unique destinée à les éteindre toutes. En agissant contre l'un des codébiteurs, le créancier n'a donc pu déduire en justice son droit contre les autres (4).

215. — (1) Aussi les anciens interprètes, plus particulièrement préoccupés du droit des dernières époques, n'ont pas tenu compte de la distinction si tranchée entre la corréalité et la solidarité. V. par exemple, Pothier, *Traité des obligations*, nos 265 et suiv. On n'en trouve plus aucune trace dans notre droit civil. Mais à sa place a surgi celle de la solidarité parfaite et imparfaite. Aubry et Rau, t. IV, § 298 *ter* et note 6.

(2) On abandonne la doctrine suivie dans les précédentes éditions et qui est celle d'Accarias, t. II, n° 556; Ortolan, t. III, *Append.* VII, par Labbé, pour celle de Gérardin, *Étude sur la solidarité. Revue historique de droit*, 1885, pp. 149, 398 et Girard, *Manuel élément.*, pp. 739-741.

(3) Le texte principal à cet égard est d'Ulpien: 15. Dig., *De tut. et rat.*, XXVII, 3. V. pour les autres, Girard, *Manuel élément.*, *loc. cit.*

(4) V. Sohm, *Institutionen*, § 74, p. 354.

CINQUIÈME PARTIE

GARANTIES DESTINÉES A ASSURER L'EXÉCUTION
DE L'OBLIGATION

216. — *Notion générale et énumération.* — Lorsque par négligence, mauvaise foi, insolvabilité, le débiteur n'exécute pas son obligation, le créancier ne trouve pas toujours dans l'action une sanction suffisamment efficace. De là est venue l'idée de certaines conventions accessoires destinées à lui assurer des garanties. La loi elle-même, dans certains cas exceptionnellement favorables, peut investir le créancier de ces garanties sans qu'aucune convention soit intervenue à cet égard entre lui et le débiteur.

1° Le créancier peut s'adjoindre une personne qui, au cas où lui-même serait empêché d'agir, exercera l'action en son lieu et place. Tel est le but de l'*adstipulatio*. Il n'y a pas là à vrai dire, une garantie en cas d'inexécution. L'*adstipulatio* n'est qu'une facilité donnée au créancier à l'effet de poursuivre, elle ne lui assure en aucune façon l'efficacité de la poursuite.

2° Lorsque le créancier veut se prémunir contre l'inexécution provenant de la négligence ou de la mauvaise volonté du débiteur, il peut imposer à ce dernier une remise d'arrhes ou stipuler de lui une *pœna*.

3° Enfin, pour éviter l'insolvabilité du débiteur, le créancier peut se faire donner des sûretés personnelles ou réelles. Les premières consistent dans l'intervention d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à côté du débiteur principal soit principalement (par voie de corréalité), soit accessoirement (par voie de cautionnement). Quant aux sûretés réelles, elles confèrent au créancier le droit de se faire payer, avant tous autres, sur certains biens soustraits aux créanciers et affectés spécialement au paiement de celui qui les a reçus à titre de sûreté. Tel est l'effet de la constitution d'un gage ou d'une hypothèque.

I. — Convention destinée à faciliter la poursuite.

217. — *De l'adstipulatio.* — L'absence, la maladie, ou toute autre cause, peut empêcher un créancier, l'échéance venue, de poursuivre son débiteur. En pareil cas, le créancier n'a qu'à confier à une autre personne le soin de la poursuite. Mais, tant que

dura le régime des actions de la loi, cela fut impossible, car la représentation en justice n'était pas admise (V. n° 269). Aussi procédait-on de la façon suivante. Le créancier s'adjoignait un mandataire auquel on attribuait en apparence le caractère de créancier principal. Il suffisait pour cela que le créancier adjoint stipulât du débiteur ce que celui-ci avait déjà promis par stipulation au créancier principal. De là le nom d'*adstipulatio* (G. III, 110, 111). Vis-à-vis du débiteur, l'*adstipulator* joue le rôle d'un véritable créancier; il a au même titre que le créancier principal le droit d'agir en justice, de recevoir paiement et de disposer d'une façon quelconque de la créance, par exemple par voie d'acceptilation gratuite. Mais dans ses rapports avec le créancier principal, l'*adstipulator* n'est qu'un simple mandataire, tenu de restituer ce qu'il a pu toucher du débiteur et d'une façon générale de rendre compte de tout acte par lequel il a disposé de la créance dont on lui avait confié la poursuite (G. III, 111, 216)⁽¹⁾. Comme tout mandat, le mandat donné à l'*adstipulator* prenait fin par le décès du mandataire, en sorte que les héritiers de l'*adstipulator*, n'avaient pas le droit d'agir contre le débiteur (G. III, 114). Dès que fut admise la représentation en justice, l'*adstipulatio* perdit toute raison d'être. Ce progrès fut réalisé par la procédure formulaire.

L'*adstipulator* ne doit pas être confondu avec l'*adjectus solutionis gratia*. Ce dernier est également un mandataire adjoint au créancier principal, et ayant qualité pour recevoir paiement en son lieu et place. Mais il se distingue de l'*adstipulator* en ce qu'il ne participe pas à la formation de l'obligation, à côté du créancier principal. Le créancier se contente de l'indiquer au débiteur comme pouvant valablement recevoir paiement et à cet effet il insère son nom dans la stipulation de la façon suivante : *mihi aut Titio dare spondes* (§ 4. Inst., *De inut. stipul.*, III, 19). Mais l'*adjectus* n'est pas créancier; il n'a pas qualité pour agir en justice.

II. — Garanties contre l'inexécution provenant de la négligence ou de la mauvaise foi du débiteur.

218. — Des arrhes et de la clause pénale ou *stipulatio pœnæ*.

— 1° *Des arrhes*. — On appelle arrhes, *arrha* ou *arra*, une chose remise par le débiteur à son créancier dans le double but de lui

217. — (1) L'action de la loi Aquilia (2^{me} chef) était donnée contre l'*adstipulator* qui aurait fait *acceptilatio* en fraude des droits du créancier principal (V. n° 180). L'octroi d'une action ayant en partie le caractère pénal, est la preuve qu'à cette époque le mandat ne donnait pas encore lieu à une action contractuelle.

fournir une preuve de la perfection du contrat et de lui en assurer indirectement l'exécution. Le plus souvent, les arrhes consistent en une somme d'argent, mais rien ne s'oppose à ce qu'elles aient une autre chose pour objet (1). C'est surtout dans le contrat de vente qu'on usait des arrhes, soit que le vendeur les remît à l'acheteur, soit, ce qui arrivait plus fréquemment, qu'il en reçût de lui (2). Raisonnant dans l'hypothèse où la remise d'arrhes émane de l'acheteur, il est facile de se rendre compte de la double fonction de la convention arrhale.

D'une part, la dation d'arrhes est une preuve de la conclusion de la convention, *argumentum emtionis et venditionis contractæ* (G. III, 139). Elle ne peut s'interpréter en effet que comme un commencement d'exécution donné à la convention par l'acheteur, comme un paiement anticipé fait par lui. D'autre part, elle constitue contre l'acheteur un moyen de contrainte indirect, car s'il se refuse à exécuter il est entendu qu'il perdra les arrhes remises (6, pr. Dig., *De leg. comm.*, XVIII, 3, Scæv.) (3). Mais l'acheteur ne pourrait pas, en consentant à perdre les arrhes, imposer au vendeur la résolution. Celui-ci peut toujours poursuivre l'exécution du contrat, et s'il l'obtient, les arrhes seront rendues par lui ou imputées sur le prix. La dation d'arrhes ne doit donc pas être interprétée comme une clause de dédit, c'est-à-dire comme autorisant la partie qui a donné les arrhes à discéder du contrat, sauf à les perdre. Mais rien n'empêcherait les parties de lui attribuer ce caractère par une convention formelle. A tous ces points de vue, Justinien n'a fait que confirmer les principes du droit classique (pr. Inst., *De emt. vend.*, III, 23) (4).

2° *De la clause pénale.* — On appelle ainsi la promesse par laquelle le débiteur s'engage à payer une certaine somme d'argent à titre de peine, pour le cas où il n'accomplirait pas son obligation. Cette promesse, comme tous les pactes, n'est obligatoire que lorsqu'elle est conclue en forme de stipulation. Elle est appelée *stipulatio pœnæ* et chez les modernes clause pénale (V. art. 1226, C. civ.).

218. — (1) C'est ainsi qu'on voit souvent les Romains employer à cet effet un anneau *annulus* (5 § 15. Dig., *De inst. act.*, XIV, 3, Ulp. ; 11, § 6. Dig., *De act. emt.*, XIX, 1, Ulp.).

(2) La remise d'arrhes était encore pratiquée dans les fiançailles, *arrha sponsalitia*, où elle servait de moyen de contrainte indirecte, la *stipulatio pœnæ* y étant interdite (134, pr. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Paul).

(3) Aussi le mot *arrha* est-il employé par les littérateurs comme synonyme de *pignus* (Gell., *Noct. att.*, XVII, 2). Les arrhes font l'office d'un gage remis par l'acheteur au vendeur.

(4) V. les interprétations diverses qu'on a données du texte des Institutes d. Girard, *Manuel élément.*, p. 538.

La *stipulatio pœnæ* était d'un fréquent emploi. Elle sert en effet à contraindre indirectement le débiteur, car si le créancier a pris soin de stipuler une peine assez forte, le débiteur préférera exécuter son obligation plutôt que d'encourir la peine. Elle a aussi l'avantage de fixer par anticipation le chiffre des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution. De cette façon, le créancier n'a à prouver ni l'existence d'un préjudice ni son montant, et il échappe ainsi à l'appréciation arbitraire du juge (§ 7. Inst., *De verb. obligat.*, III, 15).

La *stipulatio pœnæ* n'est qu'une stipulation accessoire rattachée à l'obligation principale dont elle est destinée à assurer l'exécution. Cette subordination peut seule expliquer certaines particularités qui limitent sa portée et ses effets. 1° La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale (69. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Ulp.) (V. art. 1227, C. civ.). 2° L'obligation accessoire est subordonnée à l'inexécution de l'obligation principale. Elle est conditionnelle. Le défaut d'accomplissement de l'obligation suffit donc pour que le débiteur soit tenu de payer la *pœna*, sans qu'il soit nécessaire de lui adresser une interpellation (V. *contra* art. 1230, C. civ.). 3° La *stipulatio pœnæ* n'est qu'une convention fixant à forfait les dommages-intérêts. Et de là deux conséquences. En premier lieu, la *pœna* n'est pas encourue si la chose due principalement périt par cas fortuit. La solution serait différente si l'on ne s'attachait qu'au caractère conditionnel de la *stipulatio pœnæ*. Car à raisonner strictement, le fait qu'il y a eu inexécution suffit pour faire naître l'obligation. Mais un pareil résultat serait contraire à l'intention qu'ont eue les parties, à la portée qu'elles ont voulu donner à la stipulation d'une peine. Dans leur pensée, la peine est l'indemnité de l'inexécution. Pour qu'elle soit due, il faut donc que l'inexécution soit imputable au débiteur. En second lieu, puisque la *pœna* représente l'indemnité pour inexécution, le créancier ne peut réclamer à la fois le paiement de la peine et l'exécution de l'obligation principale. Il doit choisir entre ces deux actions (28. Dig., *De act. emt.*, XIX, 1, Julian.) (V. art. 1228, 1229, C. civ.).

III. — Garanties contre l'insolvabilité du débiteur.

1° Sûretés personnelles.

219. — *Notion générale.* — *Cautionnement de droit strict, de bonne foi et du droit prétorien.* — Pour éviter les risques d'in-

solvabilité du débiteur, le créancier peut demander à d'autres personnes de s'obliger en même temps que le débiteur principal. Celui-ci peut à cet effet s'adjoindre un ou plusieurs coobligés comme débiteurs corréaux (V. n° 212). Mais le débiteur ne trouvera pas toujours des personnes disposées, pour lui rendre service, à entrer dans l'obligation en qualité de débiteurs principaux. Le créancier devra se contenter alors d'un engagement accessoire ou cautionnement (1).

Le cautionnement tend en apparence à ne favoriser que le créancier. Mais il tourne en même temps à l'avantage du débiteur. Tel qui n'offrant pas de garanties de solvabilité suffisantes se verrait refuser tout crédit, trouvera facilement à contracter, en présentant à son créancier une ou plusieurs cautions solvables. Le cautionnement a donc dû faire son apparition dans les institutions juridiques dès le moment où le crédit s'est développé. Le formalisme, encore dominant à cette époque, dut tout naturellement suggérer l'idée d'un cautionnement revêtu de formes solennelles qui se faisait par contrat verbal et qui comprenait trois variétés : la *sponsio*, la *fidepromissio*, la *fidejussio* (G. III; 115). Plus tard, à côté de ce cautionnement solennel et de droit strict, le droit civil admit le simple accord des parties comme suffisant pour faire naître l'obligation de la caution. Ce cautionnement consensuel n'est qu'une application du mandat, *mandatum pecuniæ credendæ*. Enfin, ici encore, le droit prétorien est venu compléter l'œuvre du droit civil. Il sanctionne l'engagement de la caution quand elle s'oblige par pacte de constitut.

Cautionnement de droit strict : Sponsio, Fidepromissio, Fidejussio. — Les diverses variétés du cautionnement de droit strict présentent un caractère commun, c'est que la caution appelée selon les cas *sponsor*, *fidepromissor*, *fidejussor*, s'oblige *verbis* à payer au créancier la même chose que le débiteur principal (2).

1° *Sponsio et fidepromissio.* — Le cautionnement par *sponsio* est le plus ancien en date. Ici, en effet, la caution s'engageait dans

219. — (1) Bien que l'expression *cautionnement* ne soit pas romaine, on l'adoptera comme embrassant dans sa généralité tous les cas particuliers où un tiers s'engage à côté du débiteur principal, comme débiteur accessoire, en vue de garantir la dette de celui-ci.

(2) De là le nom significatif d'*adpromissor* par lequel on désigne la caution, Festus, v° *Adpromissor*; 5, § 2, Dig. *De verb. obligat.*, XLV, 1, Pomp.). La caution, bien qu'elle s'engage à payer *idem*, ne nove pas l'obligation principale. La formule de son engagement était évidemment conçue de façon à ne pouvoir se confondre avec la formule de la stipulation novatoire. Mais il n'en a peut-être pas toujours été ainsi. V. Girard, *Manuel élément.*, p. 744, notes 2, 3.

la forme : *spondes, spondeo*, la seule qu'on pût employer dans les débuts pour s'engager *verbis*, celle qui était exclusivement réservée aux citoyens (G. III, 116) (V. n° 136). De là résulte que les seuls citoyens pouvaient intervenir comme *sponsores*. Plus tard, lorsque le contrat *verbis* devint applicable aux pérégrins dans la forme : *fidepromittis, fidepromitto*, les cautions purent s'engager de cette manière. Cette deuxième variété de cautionnement, *fidepromissio*, était accessible aussi bien aux pérégrins qu'aux citoyens.

La *sponsio* et la *fidepromissio* étaient régies par des règles communes. 1° La caution, *sponsor* ou *fidepromissor*, ne pouvait accéder qu'à des obligations qui s'étaient formées *verbis* (G. III, 119). 2° L'obligation de la caution ne passait pas à ses héritiers (G. III, 120) (3). 3° Enfin une série de dispositions législatives qui datent toutes de l'époque républicaine, vint améliorer la condition jusqu'à assez dure des cautions. Ces lois paraissent avoir été inspirées par des considérations d'ordre politique. On voulait venir au secours des débiteurs obérés qui ne trouvaient plus personne pour répondre de leurs dettes. Pour leur rendre quelque crédit, il fallait encourager les cautions à intervenir et leur assurer, par conséquent, certains avantages dont elles avaient été privées jusqu'alors. Tel fut l'objet des lois *Publilia, Furia, Apuleia* (4).

a) La loi *Publilia*, spéciale au *sponsor* seul, lui donnait, lorsqu'il avait payé la dette, une action au double contre le débiteur principal (G. III, 127) (5). b) La loi *Furia* contenait deux dispositions, applicables aux *sponsores* et *fidepromissores*. Elle décidait qu'ils seraient libérés au bout de deux ans. De plus, elle divisait la dette entre tous ceux qui intervenaient pour un même débiteur comme *cosponsores* ou *cofidepromissores*. De la sorte, le créancier ne pouvait poursuivre chacun que pour sa part virile, et risquait ainsi de ne pas être intégralement payé, si quelques-unes des cautions étaient insolvables (G. III, 121) (6). c) En vertu de la loi *Apuleia*,

(3) Cette règle est sans doute fort ancienne. On ne la rattachait en effet à aucune disposition légale. On la retrouve dans d'autres législations primitives. Elle se justifie aisément. Etant donné que la caution rend un service d'ami au débiteur, son obligation ne peut passer à ses héritiers.

(4) L'ordre dans lequel on les énumère au texte n'est pas celui de leurs dates respectives qui sont inconnues. Ce qu'on sait de certain c'est que la loi *Apuleia* est antérieure à loi *Furia*. Elle date d'un temps où les cautions *in solidum obligabantur*. (G. III, 122).

(5) Cette action qualifiée par Gaius *actio depensi* s'intentait par voie de *manus injectio* (G. IV, 22). La rigueur de cette voie de contrainte était destinée à assurer au *sponsor* son remboursement. L'*actio depensi* est encore mentionnée par Gaius, IV, 102, 171. Elle date d'une époque où l'action *mandati* n'existait pas.

(6) Pour échapper à la division de la dette, les créanciers, en recevant l'engagement de la caution, lui dissimulaient l'existence ou le nombre exact des cautions qu'ils s'étaient

le *sponsor* ou *fidepromissor* qui avait payé soit la totalité de la dette soit une part supérieure à celle qu'il devait supporter en définitive, pouvait de ce chef exercer un recours contre ses *co-sponsores* ou *cofidepromissores*, comme s'il y avait entre eux une convention de société (G. III, 122).

2° *Fidejussio*. — Parmi les règles qui précèdent, il en est qui étaient peu avantageuses pour les créanciers, notamment l'intransmissibilité passive de la dette de la caution, le principe de la libération au bout de deux ans, celui de la division de la dette. Désireux d'éviter ces inconvénients, les praticiens cherchèrent une forme nouvelle de cautionnement qui donnât au créancier une sûreté plus complète. Ils imaginèrent à cet effet la *fidejussio* où, laissant de côté les anciennes formules *spondes*, *fidepromittis*, le créancier interrogeait la caution dans la forme : *idem fide tua esse jubes* (G. III, 116). Ce qu'il y a de particulier dans cette formule c'est l'ordre donné au créancier, *jubere*, *jussio*. Il semble que la caution prenne pour ainsi dire l'initiative et par suite la responsabilité du crédit que le créancier va faire au débiteur, en sorte qu'elle joue dans l'obligation un rôle principal.

Ainsi s'expliquent les différences profondes qui séparent la fidéjussion des deux autres formes de cautionnement du droit civil. 1° La fidéjussion peut précéder la naissance de l'obligation principale, car alors le créancier en contractant avec le débiteur ne fait qu'exécuter l'ordre du fidéjusseur (6, § 2. Dig., *De fidejuss.*, XLVI, 1, Ulp.). 2° Le fidéjusseur peut cautionner non seulement la dette qui s'est formée *verbis*, mais toute espèce de dette quelle qu'en soit la source, même celle qui est née d'un délit ou qui n'est que naturelle (G. III, 118, 119). 3° La dette du fidéjusseur ne s'éteint ni par sa mort, ni par l'expiration d'aucun laps de temps (G. III, 120, 121). 4° La division établie par la loi *Furia* ne s'appliquait pas aux fidéjusseurs, en sorte que chacun était tenu *in solidum* (G. III, 121).

C'étaient là des avantages tellement considérables qu'ils ont dû faire rapidement disparaître de la pratique la *sponsio* et la *fidepromissio*. A l'époque classique et plus tard sous Justinien il n'est plus question que de la fidéjussion. C'est d'elle dont il va être uniquement question.

220. — *Droits du créancier contre le fidéjusseur. — Bénéfices accordés à ce dernier.* — Les droits du créancier contre le fidéjus-

déjà fait donner. En vue de déjouer ce calcul, une loi *Cicercia* forçait le créancier qui recevait une caution à annoncer à haute voix, *prædicere*, et le montant de la créance et le nombre des cautions qu'il entendait avoir (G. III, 123).

seur découlent logiquement de la forme de l'engagement de ce dernier. Trois principes permettront d'apprécier quelle en est l'étendue.

1° Le fidéjusseur est tenu comme le débiteur principal. Il doit donc la totalité de la dette, et il peut être poursuivi le premier (2; 5. Cod., *De fidejuss.*, VIII, 41). Il ne peut donc pas contraindre le créancier à poursuivre au préalable le débiteur. C'est qu'en effet, il s'est engagé non comme débiteur subsidiaire tenu en sous-ordre, mais au même titre et sur le même rang que le débiteur principal. En un mot il n'a pas, en formulant sa promesse verbale, subordonné l'exécution de cette promesse à l'inexécution de l'engagement du débiteur principal (1). 2° Lorsqu'il y a plusieurs fidéjusseurs, le créancier peut réclamer la totalité à l'un quelconque d'entre eux, car chacun d'eux est obligé au tout, *in solidum*, puisqu'il a promis la même chose que le débiteur (G. III, 121). 3° Mais une fois que le créancier avait agi, soit contre le débiteur principal, soit contre l'un des fidéjusseurs et avait poussé l'instance jusqu'à la *litis contestatio*, il avait par là même consommé son droit à l'égard de tous les autres obligés non poursuivis. Ceux-ci ayant promis *idem* étaient libérés par l'effet de la poursuite (16. Cod., *De fidejuss.*, VIII, 41) (2).

De ces trois règles, la dernière a subsisté jusqu'à Justinien qui l'a supprimée à la fois en matière de fidéjussion et de corréalité passive (28. Cod., *De fidejuss.*, VIII, 41) (V. n° 214). Désormais la *litis contestatio* n'a plus d'effet extinctif et le créancier peut poursuivre l'un après l'autre les divers obligés jusqu'à ce qu'il ait obtenu son paiement intégral. Quant aux deux autres règles, leur rigueur fut largement atténuée par l'admission successive des trois bénéfices de cession d'actions, de division et de discussion.

1° *Recours du fidéjusseur et bénéfice de cession d'actions* (3). — Il est juste que le fidéjusseur puisse se faire rembourser ce qu'il a payé au créancier pour le compte du débiteur principal ou de ses

220. — (1) Cela est bien conforme au but du cautionnement. Puisque le créancier a des doutes sur la solvabilité de son débiteur, il est tout naturel qu'il s'adresse tout d'abord à celui qui est intervenu pour qu'on fit crédit au débiteur et a répondu des suites de l'opération.

(2) C'est la même règle que dans le cas de corréalité. La corréalité d'ailleurs, on l'a dit plus haut (V. n° 219), remplit le même office que le cautionnement. Dans le fond des choses, il n'y avait guère de différence entre l'engagement d'un débiteur corréal et celui d'un fidéjusseur. Ce n'est que plus tard, et par suite de l'introduction successive des divers bénéfices accordés au fidéjusseur, que cette analogie a disparu.

(3) C'est sans doute le plus ancien des trois bénéfices. Il fut créé par la pratique à une époque qu'on ne peut préciser. Dans le droit français actuel, ce bénéfice est remplacé par la subrogation légale (V. art. 1251, 1252, C. civ.).

cofidéjusseurs. Contre le débiteur, sauf le cas exceptionnel où il aurait agi *donandi animo*, il a l'action *mandati contraria* ou *negotiorum gestorum contraria*, suivant qu'il est intervenu comme mandataire ou gérant d'affaire (G. III, 127; 6, § 2. Dig., *Mandati*, XVII, 1, Ulp.). Contre ses cofidéjusseurs, pour leur réclamer leur part dans la dette commune, il a l'action *mandati contraria* ou *pro socio*, si du moins il peut prouver qu'ils se sont donné réciproquement mandat de garantir le débiteur principal, ou qu'il y a à cet effet une société entre eux. Mais le débiteur ou les cofidéjusseurs pouvaient être insolvables; le fidéjusseur ne pouvait pas établir vis-à-vis de ses cofidéjusseurs l'existence d'un mandat ou d'une société. L'équité exigeait donc qu'on assurât au fidéjusseur un autre recours.

Dans ce but fut établi le bénéfice de cession d'actions. Le fidéjusseur qui paie le créancier peut exiger de celui-ci la cession de ses actions. Celles-ci, en effet, n'ont désormais aucune utilité pour le créancier qui étant payé n'a plus le droit de les exercer. Cédées au fidéjusseur, elles lui permettront de se prévaloir de toutes les sûretés (gage ou hypothèque) consenties par le débiteur et d'éviter, par conséquent, l'insolvabilité de ce dernier. La cession lui donne également le droit de poursuivre les cofidéjusseurs par l'action que le créancier avait contre eux, et, par suite, sans qu'il ait à prouver l'existence d'un mandat ou d'une société (14. Cod., *De fidejuss.*, VIII, 41; 39. Dig., *De fidejuss.*, XLVI, 1, Modest.). La cession d'action pouvait être exigée en dehors de toute poursuite en justice, car le fidéjusseur a le droit de faire de la cession la condition préalable du paiement. Le fidéjusseur poursuivi pouvait la demander en opposant l'*exceptio doli*. Le créancier commet en effet un dol en refusant la cession d'actions qui lui sont inutiles (4).

2° *Bénéfice de division*. — Introduit par un rescrit d'Hadrien, *epistola Hadriani*, ce bénéfice assurait aux fidéjusseurs un avantage analogue à celui que la loi *Furia* donnait autrefois aux *sponsores* et *fidepromissores*. Il permettait au fidéjusseur poursuivi pour le tout d'exiger que le créancier divisât sa poursuite entre lui et ses autres cofidéjusseurs solvables (G. III, 121, 122). Le fidéjusseur n'était donc plus obligé de faire l'avance de la totalité, et le fardeau de la dette commune se répartissait entre tous ceux qui

(4) Mais le créancier ne devait au fidéjusseur que les actions qu'il avait encore au jour de la cession, et sans être en aucune façon garant de leur efficacité. Il n'est donc point responsable s'il a perdu ses actions ou ses sûretés, parce qu'il y a renoncé. Il ne l'est pas, si faute de poursuites en temps utile il a laissé le débiteur ou les fidéjusseurs devenir insolvables (62. Dig., *De fidejuss.*, XLVI, 1, Scæv.).

sont engagés au même titre. Toutefois, plus équitable en ceci que ne l'avait été la loi *Furia*, le rescrit décidait : 1° Que la division ne s'opérerait pas nécessairement, mais qu'il fallait la demander, en sorte que le fidéjusseur qui se laissait poursuivre sans la réclamer était obligé de payer le tout (5). 2° Que la division n'aurait pas lieu entre tous les cofidéjusseurs, *pro parte virili*, mais entre tous ceux seulement qui étaient solvables au jour de la *litis contestatio*. Les cofidéjusseurs étaient donc garants de leur insolvabilité réciproque jusqu'au jour des poursuites dirigées contre l'un d'eux. L'insolvabilité survenue ultérieurement restait à la charge du créancier (G. III, 121) (V. art. 2025, 2026, C. civ.).

3° *Bénéfice de discussion*. — On a vu que le fidéjusseur, poursuivi le premier, n'avait pas le droit de forcer le créancier à s'attaquer au préalable au débiteur principal. Ce résultat conforme aux principes, n'en était pas moins en opposition avec l'intention probable du fidéjusseur. Celui-ci en effet, n'a voulu s'engager le plus souvent que comme débiteur en sous-ordre et pour le cas où le débiteur principal ne paierait pas. Aussi avait-on cherché et trouvé divers moyens lui permettant d'éviter les premières poursuites du créancier. L'un d'eux consistait à donner à l'engagement du fidéjusseur la forme d'une promesse conditionnelle ne l'obligeant qu'au cas où le débiteur principal n'aurait pas payé. A cet effet, le créancier stipulait ainsi : *quanto minus a Titio consequi possim id fidejubesne?* Grâce à cette formule, le fidéjusseur ne peut être poursuivi que lorsque le créancier a essayé sans succès de se faire payer par le débiteur. Cette espèce de fidéjussion est appelée *fidejussio indemnitalis*, parce que le fidéjusseur ne s'engage qu'à rendre le créancier indemne de tout ce qu'il n'aura pu obtenir du débiteur principal (116. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Papin.; 21. Dig., *De solut.*, XLVI, 3, Paul). Un autre moyen avait été plus récemment imaginé par la pratique, désireuse de reléguer au second plan le fidéjusseur et de ne l'exposer qu'en sous-ordre aux poursuites (6). Dans un pacte adjoint à son engagement le fidéjusseur se faisait promettre par le créancier que celui-ci ne le poursuivrait qu'en second lieu. De son côté le fidéjusseur s'engageait

(5) C'est par voie d'exception qu'était réclamé le bénéfice de division. Cette exception est mentionnée par le frag. 28. Dig., *De fidejuss.*, XLVI, 1, Paul.

(6) Les Institutes signalent encore un autre moyen (§ 2. Inst., *De mandat.*, III, 26). Le fidéjusseur donnait mandat au créancier d'agir contre le débiteur. Il échappait ainsi provisoirement aux poursuites. A défaut de paiement de la part du débiteur, le créancier revenait au fidéjusseur. Celui-ci était libéré il est vrai en tant que fidéjusseur par l'effet de la *litis contestatio*, mais comme mandant, il était tenu par l'*actio mandati contraria* d'indemniser le créancier des suites préjudiciables du mandat donné.

à ne pas se prévaloir en ce cas de l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Justinien décida que ce pacte ne serait plus nécessaire. Sans convention, le fidéjusseur eut désormais le bénéfice d'ordre ou de discussion, c'est-à-dire le droit de repousser le créancier qui s'attaquait à lui en premier et de le renvoyer au débiteur principal dont il devait faire vendre, *discutere*, les biens, afin de constater son insolvabilité (Nov. 4, ch. 1) (V. art. 2021, C. civ.). Le bénéfice de discussion a remis les choses à leur place. Il restitue à la fidéjussion le caractère accessoire qui convient à sa fonction pratique.

Les avantages successivement accordés au fidéjusseur constituent, on le voit, des faveurs auxquelles, si l'on s'en tenait à la rigueur des principes, il n'a aucun droit. Aussi les a-t-on à juste titre nommé des bénéfices. Leur apparition coïncide avec la disparition des anciennes formes de cautionnement. La *fidejussio*, en effet, avait peu à peu supplanté la *sponsio* et la *fidepromissio*. Elle restait le seul mode de cautionnement de droit strict. Sous peine de ne plus trouver de cautions, il fallait donc créer aux fidéjusseurs une situation au moins aussi favorable que celles que les lois *Publilia*, *Furia*, *Apuleia* avaient faite autrefois aux *sponsores* et *fidepromissores*. La force des choses et la logique d'une institution en progrès ont amené le droit impérial à des transformations que la politique démocratique de l'époque républicaine avait déjà estimées nécessaires.

221. — *Cautionnement de bonne foi : mandatum pecuniæ credendæ.* — *Cautionnement prétorien : pacte de constitut.* — **1.** *Mandatum pecuniæ credendæ.* — Ici, comme dans la fidéjussion, la caution prend l'initiative et assume la responsabilité de l'opération. Elle donne au créancier l'ordre de traiter avec le débiteur principal et s'engage sous sa foi à répondre des suites de l'engagement. Mais au lieu de revêtir la forme d'une stipulation, la promesse de la caution est contractée sans aucune solennité. L'ordre qu'elle adresse au débiteur est ici un simple mandat (1). Son engagement est un *mandatum pecuniæ credendæ*. Elle même s'appelle *mandator*. Elle s'oblige donc *solo consensu* par un contrat de bonne foi. De là une série de différences notables avec la fidéjussion.

221. — (1) On avait contesté la validité du *mandatum pecuniæ credendæ*, en prétendant qu'il n'y avait là qu'un simple conseil donné au mandataire (G. III, 156). Mais on faisait observer en sens contraire que le créancier n'a traité avec le débiteur que sur l'assurance donnée par le *mandator* qu'il sera payé. L'équité exige donc que le *mandator* soit tenu car il a été : *velut affirmator* et *suasor* (13, pr. Dig., *De minor.*, IV, 4; Ulp.).

1° Le *mandatum* peut avoir lieu entre absents, tandis que la fidéjussion, faite *verbis*, exige la présence des parties. C'est là un avantage incontestable du *mandatum*.

2° Le créancier a désormais deux débiteurs : le débiteur principal et le *mandator*. Contre le premier, il agira par l'action née du contrat ou de l'opération juridique qui l'a rendu créancier; contre le second, il intentera l'action *mandati contraria*. Le créancier peut commencer ses poursuites par celui des deux débiteurs qu'il lui plaît. Mais la poursuite dirigée contre l'un d'eux n'éteint pas le droit qu'il a d'agir contre l'autre (13. Dig., *De fidejuss.*, XLVI, 1, Julian.). Il n'y a pas lieu d'appliquer ici, comme en cas de fidéjussion, l'effet extinctif de la *litis contestatio*, car l'obligation du *mandator* n'a pas le même objet que celle du débiteur principal. Le *mandator* n'a pas promis *idem*, il n'a fait que promettre d'indemniser le créancier des suites préjudiciables de l'exécution du mandat (2).

3° Comme le fidéjusseur, le *mandator* jouit des trois bénéfices de cession d'actions, de division et de discussion. Les deux derniers sont pour le *mandator*, comme pour le fidéjusseur, de purs bénéfices (3). Il en est autrement de la cession d'actions qui, au lieu d'être pour le *mandator* une faveur dictée par l'équité, est un droit qu'il peut réclamer en vertu du mandat intervenu entre lui et le créancier. Ce contrat oblige à toutes les prestations que commande la bonne foi. Or, il serait contraire à la bonne foi que le créancier refusât de céder des actions pour lui sans utilité, dès l'instant qu'on le désintéresse intégralement (27, § 5; 28. Dig., *Mandati*, XVII, 1, Gaius, Ulp.) (4).

La comparaison qui précède fait ressortir l'incontestable supériorité du *mandatum pecuniæ credendæ* sur la fidéjussion. Celle-ci pourtant n'a pas disparu de la pratique. Cela tient à ce que la sphère

(2) Le *mandator pecuniæ credendæ* est donc dans une situation voisine de celle du *fidejussor indemnitis* (V. n° 220). Comme ce dernier, il doit indemniser le créancier qui n'a pu obtenir paiement. La situation est aussi la même que lorsque le fidéjusseur poursuivi a donné mandat au créancier d'agir contre le débiteur (V. n° 220, note 6).

(3) Le bénéfice de division semble n'avoir été accordé aux *comandatores* qu'après que le rescrit d'Hadrien l'eut octroyé aux fidéjusseurs (7. Dig., *De fidejuss. tut.*, XXVII, 7, Papin.). Quant au bénéfice de discussion, le *mandator* ne l'a obtenu qu'en même temps que le fidéjusseur (56, pr. Dig., *Mandati*, XVII, 1, Papin.; Nov. 4, ch. 1).

(4) Le mandataire devant rendre compte au mandant de tout ce qu'il a acquis à l'occasion de l'exécution du mandat, le créancier doit au *mandator* les actions qu'il a obtenues à la suite du contrat intervenu entre lui et le débiteur. Aussi le *mandator* peut-il repousser le créancier et lui refuser paiement, s'il prouve que celui-ci, par sa négligence, a perdu ses actions et rendu ainsi la cession impossible ou sans effet. Cette solution, opposée à celle admise en matière de fidéjussion (V. n° 220, note 4), a passé dans le Code civil (95, § 11. Dig., *De solut.*, XLVI, 3, Papin.) (V. art. 2037, C. civ.)

d'application du *mandatum* n'était pas aussi large. D'une part, en effet, le *mandatum* doit précéder la naissance de l'obligation principale; la fidéjussion, au contraire, peut garantir une obligation déjà née. D'autre part, à la différence de la fidéjussion qui s'applique à toute espèce d'obligation, quelle qu'en soit la source, le *mandatum pecuniæ credendæ*, comme le prouve son nom, ne peut garantir que les obligations à naître d'un *creditum*. Par là on entend toute convention à la suite de laquelle on devenait créancier d'une personne dont on avait suivi la foi (1, § 1. Dig., *De reb. cred.*, XII, 1, Ulp.). Cela exclut par conséquent toutes les obligations qui proviennent du seul fait du débiteur, comme les obligations *ex delicto* et *quasi ex contractu* (5).

II. *Pacte de constitut*. — Un tiers pouvait s'obliger par constitut à payer la dette d'autrui (V. n° 465). Le *constitutum (debiti alieni)* peut donc servir à cautionner un débiteur. Ce cautionnement prétorien avait sur la fidéjussion deux avantages : 1° Le constitut n'exigeait l'emploi d'aucune forme solennelle et pouvait, par conséquent, avoir lieu entre absents. 2° La poursuite dirigée contre le débiteur principal laissait subsister l'obligation du constituant et réciproquement. Seul le paiement émanant de l'un des deux obligés libérait l'autre (18, § 3. Dig., *De pecun. const.*, XIII, 5, Ulp.). Toutefois, le cautionnement prétorien n'a pas fait disparaître la fidéjussion qui conserva son utilité. Car le constitut est d'une application plus restreinte, puisqu'il n'est possible que pour les dettes de choses qui se comptent, se pèsent ou se mesurent.

2° Sûretés réelles.

222. — *Notion générale. — Utilité des sûretés réelles. — Fiducie, Gage, Hypothèque.* — A défaut de paiement volontaire, le créancier peut, on le verra à propos de la procédure, employer la voie de la *bonorum venditio*, c'est-à-dire se faire envoyer en possession du patrimoine du débiteur, procéder à la vente et se faire payer sur le prix de cette vente (V. n° 290). Ce droit est accordé à tout créancier, mais il est insuffisant à un triple point de vue.

1° Les créanciers, telle est du moins la règle générale encore dominante à l'époque classique, doivent nécessairement faire vendre en bloc tout le patrimoine. Ils ne peuvent procéder à la vente en détail d'un ou plusieurs biens, *distractio*. Or, il est toujours plus

(5) L'application la plus habituelle du *creditum* est le *mutuum*, mais elle n'est pas la seule. V. 2, § 3, 5. Dig., *De reb. cred.*, XII, 1, Paul).

difficile de trouver un acquéreur pour tout un patrimoine que pour un bien isolé. Les créanciers étaient donc nécessairement à la merci des spéculateurs, *bonorum emtores*, qui faisaient profession d'acheter les biens vendus en masse. Ils étaient obligés de passer par leurs exigences et de se contenter du prix que ceux-ci voulaient bien leur offrir. 2° Les créanciers ayant tous un droit égal sur le patrimoine de leur débiteur, il n'y a, en principe du moins, aucune cause de préférence au profit d'un d'entre eux. Aussi, lorsque le débiteur est insolvable, c'est-à-dire lorsque le prix de la vente du patrimoine n'est pas suffisant pour désintéresser tous les créanciers, ce prix est partagé entre eux tous proportionnellement au montant de leurs créances, en sorte que chacun d'eux, réduit à un dividende, subit une perte. 3° Enfin la *bonorum venditio* ne porte que sur les biens qui sont dans le patrimoine au moment où l'envoi en possession est ordonné. Il en résulte que les aliénations ou charges réelles consenties par le débiteur antérieurement à l'envoi en possession sont, sauf le cas anormal de fraude, opposables au créancier et diminuent par conséquent leurs chances d'être intégralement payés.

Étant donné ces principes, on conçoit qu'un créancier cherche à se faire une situation meilleure que celle des autres, à se prémunir contre l'insolvabilité du débiteur. A cet effet, il tâchera d'obtenir des garanties qui lui permettent d'espérer un paiement intégral. Les sûretés personnelles diminuent le risque d'insolvabilité sans le supprimer tout à fait. Les coobligés (codébiteurs corréaux ou cautions) peuvent eux aussi devenir insolubles. Il est naturel qu'un créancier cherche une sécurité de paiement plus complète. C'est dans ce but qu'on établit les sûretés dites réelles, parce qu'elles tendent, quelle que soit la forme qu'elles affectent, à détacher de l'ensemble du patrimoine un bien déterminé pour l'affecter exclusivement au paiement d'un créancier. Dans l'ordre chronologique de leur apparition, ces sûretés ont été la fiducie, le gage et l'hypothèque.

I. *De la fiducie*. — Dans l'ancien droit, le débiteur qui voulait donner une chose en sûreté à son créancier lui en transférait la propriété par *mancipatio* ou *in jure cessio*, et joignait au transfert un *pactum fiduciæ*, par lequel le créancier s'engageait à retransférer la propriété une fois la dette payée ⁽¹⁾ (G. II, 60) (V. n° 130). La

222. — (1) On retrouve ce procédé dans d'autres législations primitives. C'est ainsi qu'on le voit pratiqué en Grèce, avant l'hypothèque, sous le nom de *πράσις ἐπι λύσει*, ou vente avec pacte de rachat, et aussi dans les anciennes lois norvégiennes et islandaises.

sûreté donnée au créancier était d'une efficacité aussi pleine qu'il pouvait le désirer. Devenu propriétaire, il avait le droit de se faire remettre la possession et de la garder jusqu'à parfait paiement. C'était forcer indirectement le débiteur à s'acquitter, puisque, pour avoir droit de reprendre sa chose, il fallait qu'il se fût libéré. Si, à l'échéance, le débiteur ne payait pas, le créancier pouvait garder, plus tard même il put vendre la chose et se payer avant tous autres sur le prix (2). Enfin il était à l'abri des droits consentis par le débiteur qui, ayant abdiqué la propriété, ne pouvait plus aliéner la chose et notamment l'engager fiduciairement à un second créancier. La fiducie permettait donc au créancier d'échapper à l'application du droit commun et lui faisait une situation préférable à celle des autres.

Mais la complète sécurité que l'aliénation fiduciaire donnait au créancier, était pleine de désavantages pour le débiteur. Obligé de remettre la chose au créancier, il était privé de la possession, du droit de percevoir et de garder les fruits dont la valeur eût pu être employée par lui à éteindre au moins en partie la dette (3). Aliénant la chose, il s'enlevait la possibilité de s'en servir ultérieurement comme instrument de crédit, en l'affectant à la sûreté d'autres créanciers, et cela alors même qu'elle avait une valeur suffisante pour les désintéresser tous. Enfin, s'il avait payé, il ne pouvait réclamer la chose à son créancier que par une action personnelle, l'action *fiduciæ directa*, qu'il n'eut pas dans les débuts, et qui, quand elle lui fut accordée, l'exposait à l'insolvabilité du créancier (4). A ces inconvénients déjà fort graves s'en joignait un autre. L'aliénation fiduciaire nécessitait une *mancipatio* ou une *in jure cessio*. Elle était par suite inapplicable aux choses non susceptibles de propriété quiritaire, elle ne pouvait être consentie au profit de créanciers non citoyens. Il fallait donc trouver un moyen de crédit réel qui sacrifiât moins les intérêts du débiteur et qui fût d'une application

(2) Le droit de vendre la chose aliénée *fiduciæ causa* n'est pas douteux pour l'époque classique. Mais il n'a pas toujours été de la nature du contrat de fiducie. Il s'est passé ici ce qui a eu lieu à propos du gage.

(3) A cet inconvénient on remédiait au moyen du précaire, plus tard du louage, le créancier abandonnant la chose en précaire au débiteur ou la lui donnant en location (G. II, 60). Mais le précaire était toujours révocable *ad nutum*, et le louage outre qu'il n'était pas gratuit, pouvait être consenti pour un prix trop élevé et servir trop facilement à déguiser une opération usuraire.

(4) L'*usureceptio* paraît avoir été établie pour éviter ce danger. Le fait par le débiteur d'avoir repris la chose et d'en avoir gardé la possession durant un an suffisait pour qu'il en redevint propriétaire (G. II, 59, 60). S'il avait payé, rien n'était plus équitable. Là où cette usucapion d'un genre particulier cessait d'être juste, c'est quand elle s'appliquait au débiteur qui n'avait pas acquitté sa dette. Gaius l'appelle *lucrativa*.

plus large. La mise en gage, le *pignus*, permit d'atteindre ce double résultat. Pourtant la rigueur extrême de l'engagement fiduciaire, l'énergie de la sûreté ainsi donnée au créancier étaient si avantageuses, que la fiducie subsista longtemps encore à côté du *pignus* (5).

II. *Du gage, pignus.* — Pour donner en gage une chose, le débiteur se borne à en faire tradition au créancier et il convient que celui-ci pourra la garder jusqu'à parfait paiement. Cette tradition n'est qu'une *nuda traditio*. Elle ne confère pas la propriété. La mise en gage pouvait donc s'appliquer à toute chose corporelle et avoir lieu au profit d'un créancier pérégrin. Pour reprendre sa chose, la dette une fois payée, le débiteur avait une action personnelle, l'*actio pignoratitia directa*, sanction du contrat *re* intervenu entre lui et le créancier, imitation incontestable de l'*actio fiduciæ directa*. Mais, comme le débiteur était resté propriétaire, il pouvait revendiquer sa chose et éviter ainsi de concourir avec les créanciers de son créancier. De son côté, le créancier avait contre le débiteur gagiste, l'*actio pignoratitia contraria* pour se faire indemniser de tout préjudice à lui occasionné par la détention de la chose (V. n° 133). Tels étaient les effets du gage en tant que contrat. La nature et l'étendue de la sûreté qu'il confère au créancier doivent être marquées avec plus de détail.

Dans le début, la mise en gage ne conférait au créancier que le droit de retenir la chose jusqu'à parfait paiement. Le créancier faisait valoir ce droit de rétention en opposant l'*exceptio doli* à l'action en revendication du débiteur (6). C'était là évidemment une garantie insuffisante. Car, s'il perdait la détention, le créancier perdait par là même sa sûreté. N'ayant aucun droit réel sur la chose, il ne pouvait agir pour la reprendre, ni contre celui qui l'avait dépossédé, ni contre les tiers détenteurs. La tradition ne lui avait pas même conféré la *justa possessio* et par conséquent le droit d'user des interdits. On les lui donna (V. n° 78). Ainsi devenu *justus possessor*, le créancier gagiste était dans une situation à peu près aussi avantageuse que s'il avait reçu la chose en fiducie. Toutefois, il

(5) Le procédé de l'aliénation fiduciaire, ne paraît pas avoir joui d'une grande faveur dans les pays d'Orient. La compilation justinienne n'en porte plus aucune trace. Les textes des jurisconsultes qui en parlaient ont été remaniés (V. Girard, *Manuel élément.*, p. 521). C'est seulement en Occident que la fiducie continua à être usitée. Il en est encore fait mention au IV^e siècle.

(6) Aussi la théorie du gage ne peut être que postérieure à l'introduction du système formulaire sous l'empire duquel ont apparu pour la première fois les exceptions. V. Girard, *Manuel élément.*, pp. 759, 760.

n'en était pas devenu propriétaire (7). En cas de non paiement, il pouvait la garder indéfiniment, mais sans pouvoir la traiter comme sienne, et notamment sans pouvoir la vendre. Cette indisponibilité était contraire aux intérêts du créancier. Elle empêchait la sûreté réelle de produire la plénitude d'effet utile que le créancier comptait en retirer. Cette situation cessa du jour où on donna au créancier la faculté de vendre. Mais ce progrès fut lent à se produire.

Comme il arrive souvent ce changement dans le droit s'introduisit par l'adjonction à l'acte d'une convention destinée à en amplifier la portée pratique. La volonté des parties va, par la voie d'un accord spécial, rattacher à l'opération juridique l'effet qu'il ne produisait pas jusqu'alors par sa vertu propre. Puis, l'emploi de la convention adjointe venant à se généraliser, on n'exige plus qu'elle soit expresse; on la présume insérée dans l'acte. Elle fait partie de sa nature. Mais une convention contraire peut encore l'exclure, jusqu'au jour où une telle convention est interdite. Le principe nouveau, de volontaire est devenu coutumier, puis légal et forcé. Il fait dès lors partie intégrante de l'institution qui ne se conçoit plus sans lui. Il est de son essence (8). C'est ainsi tout d'abord que la faculté de vendre dut être donnée au créancier par un pacte exprès adjoint à la convention de gage (G. II, 64). Plus tard, seulement à la fin de l'époque classique, comme cette clause était devenue habituelle, on finit par la sous-entendre dans toute constitution de gage. Désormais, le droit de vendre, *jus distrahendi*, était de la nature du gage, une prohibition expresse pouvait encore l'exclure. Enfin, mais à la dernière époque, le droit de vendre est devenu de l'essence du gage. La clause qui interdirait la vente est tenue pour non avenue, elle ne doit pas être respectée à la lettre. Le seul effet qu'elle produit c'est d'obliger le créancier à faire au débiteur trois

(7) Par une convention adjointe à la constitution du gage, le créancier gagiste pouvait obtenir sur la chose des droits au moins aussi forts que ceux du créancier fiduciaire. Cette convention, appelée *lex commissoria*, donne au créancier non payé la propriété de la chose engagée (*Vat. frag.*, § 9). Mais il est à craindre que pour obtenir du crédit, le débiteur ne souscrive trop facilement à un pacte de ce genre qui peut être ruineux pour lui, si la chose engagée a une valeur de beaucoup supérieure au montant de la dette. Aussi la *lex commissoria* a-t-elle été prohibée par Constantin (3. Cod. *De pact. pign.*, VIII, 35) (V. art. 2078, 2088, C. civ.).

(8) Nombreux sont les cas où les choses se sont passées ainsi. Citons : la tutelle où l'obligation de rendre des comptes est issue de la *cautio rem pupilli salvam fore* (V. n° 61); la vente, où les obligations diverses du vendeur faisaient d'abord l'objet des stipulations *venditi* (V. n° 148, notes 5, 6 ; 150, note 6) ; la dot, où l'obligation de restituer a son origine dans les *cautiones rei uxoriae* (V. n° 174). Il est des hypothèses où le développement s'est arrêté en chemin. Ainsi, le droit à la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix est toujours resté conventionnel et exprès. Les Romains n'ont jamais admis la *lex commissoria* tacite (V. n° 151, note 2).

sommations successives avant de procéder à la vente, alors que de droit commun une seule suffit (4. Dig., *De pignorat. act.*, XIII, 7, Ulp.).

Si la mise en gage avait, d'assez bonne heure, assuré au créancier une sûreté suffisante, elle n'avait pas toutefois sauvegardé aussi pleinement les intérêts du débiteur. Sans doute, celui-ci n'était plus obligé, comme au cas de fiducie, de se dépouiller, au profit du créancier, de la propriété de la chose. Mais il perdait la détention, par suite le droit d'user de la chose, et aussi le droit de percevoir les fruits que le créancier gardait, sauf à en imputer la valeur sur le montant de la dette (9). Il fallait donc trouver une combinaison qui, tout en permettant au débiteur de conserver jusqu'à l'échéance l'usage et la jouissance de la chose, donnât cependant au créancier le moyen de se faire mettre en possession et de vendre si, à ce jour il n'était pas payé. Une nouvelle espèce de sûreté réelle, l'hypothèque, devait réaliser ce progrès.

223. — III. *De l'hypothèque.* — *Origines et développements de l'hypothèque.* — Ainsi que l'indique son nom, l'hypothèque, *hypotheca* (de ὑποθημι) existait dans les pays de langue grecque. Mais, aux mains des juristes romains et façonnée par eux, elle est devenue un instrument de crédit bien supérieur à l'institution similaire qu'ils avaient pu observer ailleurs et dont leur esprit pratique ne pouvait manquer de saisir et de développer tous les avantages (1). Ses commencements qui nous sont connus furent fort modestes. Ils nous font voir sûrement en elle une création prétorienne, une protection imaginée par deux préteurs successifs, dans un cas particulier où la nécessité l'imposait, où, sans elle, le créancier eût été dénué de toute garantie. L'institution nouvelle a donc une origine bien romaine.

Il arrivait souvent que le *locator* d'un bien rural voulût se faire donner une sûreté par le fermier, *colonus*, pour la garantie du paiement des fermages. Or, le fermier n'a, en général, d'autre patrimoine que ses bestiaux ou instruments aratoires. Une aliénation fiduciaire ou une constitution de gage, portant sur la tota-

(9) De même que dans la fiducie, on avait essayé de remédier à cet inconvénient au moyen du précaire ou du louage (V. n° 222, note 3). Tel était également le but, de la convention appelée antichrèse (ἀντίχρησις, usage réciproque), par laquelle le créancier obtenait le droit de garder les fruits pour lui tenir lieu d'intérêts (11, § 1. Dig., *De pign.*, XX, 1, Marcian.) (V. art. 2085 et suiv., C. civ.).

223. — (1) V. Labbé, Append. X du t. III d'Ortolan. Dans ces pays, en effet, l'hypothèque ne conférait pas le droit de vendre la chose. Dareste, *Nouv. Rev. hist. de droit*, 1877, pp. 172, 173.

lité ou partie de ce train de culture, aurait donc abouti à rendre la condition du *colonus* tout à fait misérable; elle lui eût enlevé la disposition de ses instruments de travail et eût rendu impraticable l'exploitation du fonds⁽²⁾. On permit alors au *colonus* d'affecter au paiement des fermages, les instruments de culture, bestiaux ou autres choses apportées par lui sur la ferme, *invecta illataque*, sans que néanmoins il fût tenu de s'en dessaisir. Mais, l'échéance venue, le créancier non payé pouvait par l'interdit créé par le préteur Salvius, *interdictum Salvianum*, réclamer la possession de ces choses, soit au *colonus* lui-même soit à tout tiers détenteur (G. IV, 147). L'innovation du préteur Servius fut le développement logique de ce premier progrès. Elle consista à donner au *locator* au lieu d'un interdit, une *actio in rem*, appelée du nom de son créateur, *actio Serviana* (§ 7. Inst., *De act.*, IV, 6). Par l'une ou l'autre de ces voies de droit, le créancier pouvait donc obtenir ou récupérer la possession des *invecta illataque* et se replacer ainsi après coup, dans la situation où il aurait été si, dès le début, il les avait reçues à titre de *pignus*⁽³⁾.

Les mérites incontestables de cette combinaison devaient suggérer l'idée d'un progrès nouveau. C'est ici, sans doute, mais seulement ici, que la pratique romaine s'inspira de l'exemple du droit grec. On admit, en effet, que pour toute obligation, quelle qu'elle fût, le débiteur pourrait, par simple convention, affecter une chose à la sûreté du paiement, sans avoir besoin d'en remettre la possession au créancier. De cette façon, le débiteur conservait l'usage et la jouissance, et pouvait même donner la chose en garantie à d'autres créanciers. Mais le jour de l'échéance arrivé, le créancier était investi d'une action *in rem* qui lui permettait de réclamer la possession de la chose soit au débiteur lui-même, soit à tout tiers détenteur. Calquée, on le voit, sur l'action *serviana*, cette action fut appelée *actio quasi serviana* ou *hypothecaria* (§ 7, Inst., *De act.*, IV, 6). En accordant dans ces circonstances une action *in rem*, le préteur ne faisait en apparence que faciliter la poursuite du créancier. En réalité, sous le couvert d'une innovation procédu-

(2) Le précaire ou la location étaient ici encore des palliatifs insuffisants. Le précaire est toujours révocable; le louage, en obligeant le fermier à payer un prix de location pour avoir le droit de conserver son train de culture, aurait pour effet de consommer sa ruine.

(3) L'antériorité de l'interdit paraît incontestable (V. n° 306 et Girard, *Manuel élément.*, pp. 761-762). L'interdit est *adipiscendæ possessionis*. Il a accoutumé les esprits à voir dans le *locator* un possesseur qui n'a pas pu obtenir la possession. L'action servienne le traite en possesseur dépouillé de la possession et à qui elle doit revenir. On le considère comme étant devenu possesseur du jour de l'apport des choses sur la ferme, et comme les possédant par son fermier.

rale, il introduisait un changement considérable. Il reconnaissait l'existence d'un droit réel nouveau, le droit réel prétorien d'hypothèque (4). Ce droit, contrairement aux principes du droit civil, s'établit par simple pacte, sans qu'aucune tradition soit nécessaire. La sûreté est devenue consensuelle quant à son mode d'établissement (4. Dig., *De pign.*, XX, 1, Gaius) (V. n° 83). Mais, comme les plus profonds changements sont toujours rattachés par le conservatisme romain à des notions antérieures, on n'a pas créé de nom spécial pour ce genre de sûreté. On a continué à l'appeler *pignus*.

Dans ses débuts, en effet, l'hypothèque n'a dû conférer au créancier que le droit de se faire mettre en possession de la chose et de la retenir comme un gage jusqu'à ce qu'il eût été payé. Mais on sentit la nécessité de donner au créancier une sûreté plus efficace que ce simple droit de rétention. La faculté de vendre la chose et de se payer sur le prix lui fut accordée et après avoir été de la nature de l'hypothèque, elle finit par devenir, dans le dernier état du droit, de son essence. Au lieu de rester indéfiniment indisponible aux mains du créancier, la chose remplit désormais la même fonction qu'un débiteur adjoint. Comme lui elle répond du paiement et elle doit le procurer au créancier. Elle est, comme le disent d'une façon significative Gaius et Marcien : *hypothecæ nomine obligata* (4. Dig., *De pign.*, XX, 1; 12, pr. Dig., *Qui pot.*, XX, 4). Ce changement considérable fut-il réalisé d'abord pour l'hypothèque ou bien celle-ci ne fit-elle que suivre à cet égard les transformations du gage, c'est ce qu'il est impossible de dire (5).

Malgré ses avantages, l'hypothèque n'a pas fait disparaître le gage (6). Les deux genres de sûreté ont subsisté côte à côte, s'influçant réciproquement. On vient de le voir pour le droit de vente. Il en a été de même pour l'action *in rem*. Dans le contrat de gage en effet, on trouve toujours une convention par laquelle la chose est affectée au paiement. La mise en gage implique donc un pacte d'hypothèque. On donna en conséquence l'action hypothécaire à tout créancier gagiste. De la sorte, il n'y eut plus aucune différence entre le gage et l'hypothèque, au point de vue de l'action donnée au créancier pour prendre possession de la chose : *inter pignus et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam at-*

(4) Dans deux fragments tirés de Gaius, le droit du créancier hypothécaire est rapproché de celui de l'usufruitier et appelé *jus (in re)* (30. Dig., *De noxal. act.*, IX, 2) (19, pr. Dig., *De damno infecto*, XXXIX, 2).

(5) Le droit de vendre la chose hypothéquée a donc une histoire identique à celle du droit de vendre la chose donnée en gage (V. n° 222).

(6) Elle n'a pas non plus fait disparaître la fiducia (V. n° 222, note 5).

tinēt nihil interest (§ 7, Inst., *De act.*, IV, 6) (7). Mais entre ces deux espèces de sûreté subsistait toujours cette différence essentielle que le gage suppose la mise en possession du créancier (8). Celui-ci a donc, en cas de gage, une sûreté plus intégrale. Il a la possession et le moyen de la défendre par les interdits *retinendæ possessionis*, et la chose ne peut être donnée en sûreté à un second gagiste. Aussi est-il probable que le gage était employé pour les meubles, car à raison de leur facile déplacement il est bon que le créancier ait sur eux un droit plus complet. Si le gage a emprunté l'*actio in rem* à l'hypothèque, tout en gardant sa physionomie propre, à l'inverse celle-ci lui est redevable d'un progrès. Le débiteur en effet, n'avait pas d'action contre le créancier hypothécaire pour lui réclamer indemnité à raison de ses actes de négligence ou pour obtenir la restitution de l'excédent du prix de vente sur la créance. On finit, à l'exemple du gage, par lui donner l'action *pigneratitia directa*.

Après cet exposé historique du développement de l'hypothèque, il reste à étudier l'institution en elle-même et son fonctionnement pratique.

224. — *De l'hypothèque* (Suite). — I. *Conditions de validité*. — II. *Sources de l'hypothèque*.

I. *Conditions de validité*. — L'hypothèque suppose pour sa validité : 1° une dette à garantir, civile, prétorienne ou naturelle, due par celui qui constitue l'hypothèque ou par un tiers ; 2° une chose, immeuble ou meuble, pourvu qu'elle soit susceptible d'être vendue, de façon à ce que la chose puisse remplir sa fonction qui est de procurer au créancier son paiement (1).

II. *Sources*. — L'hypothèque peut provenir de la volonté des parties, de la loi, ou d'une décision du magistrat.

1° Volontaire, l'hypothèque peut être conventionnelle ou testamentaire. Conventionnelle, ce qui est le cas ordinaire, elle résulte d'un pacte entre le créancier et le constituant (débiteur ou tiers). Elle est testamentaire lorsqu'elle est constituée par un testateur sur un des biens de la succession, au profit d'un des légataires

(7) Marcien dit, 5, § 1. Dig., *De pign.*, XX, 1 : *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*. Aussi, très souvent, les expressions *pignus* et *hypotheca* sont-elles prises indifféremment l'une pour l'autre.

(8) La distinction est nettement faite par Ulpien : *proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam quum non transit nec possessio ad creditorem* (9, § 2. Dig., *De pignerat. act.*, XIII, 7).

224. — (1) V. 5, pr. ; 9, § 1. Dig., *De pign.*, XX, 1, Marcian., Gaius. Dans le droit français actuel, l'hypothèque ne peut porter sur les meubles (V. art. 2119, C. civ.).

ou d'un créancier. Pour pouvoir consentir une hypothèque volontaire, il suffit d'avoir la chose *in bonis*; il n'y a pas besoin d'en être propriétaire quiritaire (2). Il faut de plus avoir capacité d'aliéner, puisque l'hypothèque aboutit toujours à une aliénation.

2° L'hypothèque légale est celle que la loi établit elle-même en faveur de certains créanciers. Souvent elle ne fait ainsi que sanctionner la volonté présumée des parties. Aussi, les textes disent-ils qu'il y a alors hypothèque tacite. Mais il est d'autres hypothèques légales qu'il est impossible de rattacher à une convention tacite. L'hypothèque provient alors de la seule autorité de la loi qui a voulu donner à un créancier qu'elle favorise une sûreté qu'il n'avait pas pu réclamer en traitant avec le débiteur. Au nombre des hypothèques légales tacites nous citerons : celle du *locator* d'une maison ou d'un appartement sur le mobilier apporté dans les lieux loués par le *conductor*; celle du *locator* d'un bien rural sur les fruits et récoltes (2; 7, pr. Dig., *In quib. caus.*, XX, 2, Marcian., Pomp.). (V. art. 2102-1°, C. civ.). Parmi les hypothèques légales non tacites signalons celles des pupilles, mineurs de vingt-cinq ans et fous sur les biens de leurs tuteurs et curateurs. (7, § 5, 6. Cod., *De curat. fur.*, V, 70) (V. art. 2121, C. civ.) (3); celle de la femme sur les biens du mari pour la garantie de la restitution de la dot (1, § 1. Cod., *De rei uxor. act.*, V, 13) (V. art. 2121, C. civ.) (4); celle des légataires sur les biens de la succession pour la garantie du paiement de leurs legs (1, § 2. Cod., *Comm. de legat.*, VI, 43).

3° L'hypothèque qui résulte d'une décision du magistrat *pignus ex causa judicati captum*, fut établie par un rescrit d'Antonin le Pieux au profit du créancier dont la créance avait été reconnue en justice (31. Dig., *De re judic.*, XLII, 1, Callistr.). Lorsque le débiteur avait été condamné ou avait reconnu la dette, un délai lui était imparti pour s'exécuter, passé lequel le magistrat pouvait faire saisir

(2) Le créancier poursuivant aura à prouver seulement qu'au jour de la convention d'hypothèque la chose était dans les biens du constituant : *rem in bonis debitoris fuisse* (15, § 1. Dig., *De pignor.*, XX, 1, Gaius). Cette preuve n'a plus à être faite lorsque l'hypothèque au lieu d'être établie sur un bien déterminé (hypothèque spéciale), est consentie sur tous les biens présents et à venir : *quæ nunc habet et quæ postea adquisierit* (hypothèque générale). Cette hypothèque générale paraît avoir été très fréquente (15, § 1, *cit.*).

(3) C'est seulement depuis Constantin qu'existe cette hypothèque et ce fut Justinien qui l'étendit aux fous. Auparavant, ces diverses personnes jouissaient d'un *privilegium inter personales actiones*, c'est-à-dire qu'en cas d'insolvabilité du tuteur ou curateur elles étaient préférées aux autres créanciers chirographaires (V. nos 61, 65).

(4) Cette hypothèque ne date que de l'époque de Justinien. Avant lui, la femme n'avait qu'un *privilegium*. Plus tard, par la constitution *Assiduis* (12, Cod., *Qui pot. in pign.*, VIII, 18), il fit de cette hypothèque une hypothèque privilégiée, c'est-à-dire ayant rang avant les hypothèques constituées antérieurement au mariage.

sur lui tels ou tels biens, *pignora capi*⁽⁵⁾. Après un nouveau délai, les biens saisis étaient vendus et le prix attribué au créancier par préférence à tous autres (V. n° 292).

225. — *De l'hypothèque* (Suite). — III. *Effets de l'hypothèque*. — Comme on l'a dit, l'hypothèque n'enlève à celui qui la constitue ni l'usage de la chose, ni le droit aux fruits, ni la possession (V. n° 223). Il conserve également la faculté d'aliéner ou de grever la chose de droits réels, et notamment de constituer sur elle des hypothèques nouvelles, mais sous réserve, bien entendu, du droit consenti au profit du créancier hypothécaire antérieur. Quant aux droits qui résultent pour le créancier de la constitution d'hypothèque, ils consistent dans ce que les modernes appellent : le droit de suite, de vente, de préférence sur le prix. Ce sont là autant de dérogations au droit commun, et par conséquent autant de faveurs pour le créancier hypothécaire.

1° *Droit de suite*. — Par là on entend que le créancier hypothécaire peut faire valoir son droit contre le débiteur ou tout tiers détenteur. Les actions qu'on lui donne à cet effet, *actio serviana* ou *quasi serviana* sont des actions *in rem* prétoriennes rédigées *in factum*, arbitraires (V. nos 295, 301). Le juge y ordonne au défendeur de délaisser la chose hypothéquée, à moins que celui-ci ne préfère la garder, mais en payant la dette à la sûreté de laquelle elle est hypothéquée. La condamnation n'est encourue, comme dans toutes les actions arbitraires, que faute par le défendeur d'avoir obéi au *jussus* du juge, faute d'avoir délaissé ou payé (16, § 3. Dig., *De pign.*, XX, 1, Marcian.) C'est le délaissement qui est l'objet essentiel de l'action. Ce que réclame le créancier, c'est la chose qui répond de la dette, de façon à se replacer dans la situation où il eût été s'il avait obtenu la chose en gage. L'action est donc bien nommée par Marcien : *vindicatio pignoris* (16, § 3. Dig. *h. t.*). Ce droit d'agir contre toute personne qui détient la chose est l'un des avantages les plus précieux du droit d'hypothèque. C'est là une faculté contraire au droit commun, puisqu'en règle générale, le créancier n'a de droit que sur les biens qui sont encore dans le patrimoine de son débiteur. Il est évident d'ailleurs que le débiteur lui aussi est tenu de l'action *in rem*, s'il détient la chose. Les

(5) A vraiment dire il n'y a pas ici hypothèque, puisque la chose n'est affectée à la garantie de la créance qu'après avoir fait l'objet de la prise de gage. La sûreté donnée au créancier est plutôt ici un *pignus*. Toutefois l'idée moderne de renforcer une décision judiciaire par l'octroi d'une sûreté sur les biens du défendeur est contenue en germe dans le *pignus ex causa judicati captum*.

tiers détenteurs et lui sont tenus au même titre, *propter rem* (1). Mais il est tenu en outre personnellement, c'est-à-dire qu'il peut être poursuivi par l'action personnelle, sanction de la créance qu'on a contre lui, alors même qu'il n'aurait pas la détention.

2° *Droit de vente*. — Le résultat de l'exercice de l'action *in rem*, est de faire obtenir au créancier la possession de la chose hypothéquée. Alors seulement il peut user de son droit de vente. Ce *jus distrahendi* déroge au droit commun. Au lieu d'être obligé de vendre en masse les biens du débiteur, le créancier est autorisé à ne vendre que la chose grevée d'hypothèque (2). On a vu plus haut comment ce droit avait fini par être accordé au créancier (V. n° 223). La vente pouvait avoir lieu à l'amiable. On n'imposait pas au créancier l'obligation de faire procéder à des enchères publiques qui seules cependant sauvegardent pleinement les intérêts du débiteur et des autres créanciers hypothécaires, en faisant atteindre à la chose son plus haut prix. Le droit de vendre est une faveur pour le créancier, ce n'est pas une obligation. Il peut donc conserver la chose s'il estime que le moment est inopportun pour la vendre, s'il craint de ne point en obtenir un bon prix. Mais cette situation ne saurait se prolonger indéfiniment. Car le créancier n'a aucun droit réel sur la chose qui lui permette d'en disposer. Ne pourrait-il pas convenir avec le débiteur qu'à défaut de paiement, la chose lui sera attribuée en propriété? Cette convention, *lex commissoria*, était permise. On l'adjoignait à la convention constitutive d'hypothèque (3). Mais le créancier qui aurait négligé de se faire concéder ce droit, ne peut-il pas l'obtenir après coup? La pratique de la fin de l'époque classique l'y autorise, en organisant la procédure de l'*impetratio dominii* (4). Il est clair d'ailleurs que le créancier ne peut réussir à éviter la vente et à garder la chose, s'il se présente

225. — (1) L'action *in rem* peut échouer devant l'exception de discussion, dans deux cas. Dans le premier, introduit par Septime-Sévère et Caracalla, le détenteur d'un bien affecté à une hypothèque générale, renvoie le créancier à poursuivre au préalable le bien qui lui est spécialement affecté (*excussio realis*) (2, Cod., *De pign.*, VIII, 13). Dans le second cas (*excussio personalis*), le tiers détenteur renvoie le créancier à poursuivre d'abord le débiteur et ses cautions, tenus personnellement. C'est à Justinien qu'est dû ce bénéfice (Nov. IV, ch. 2). (V. art. 2170, 2171, C. civ.).

(2) A noter aussi que le créancier vendeur, qui n'est pas propriétaire de la chose vendue, va transférer à l'acheteur des droits qu'il n'a pas lui-même. On explique ce résultat par l'idée d'un mandat qui aurait été donné au créancier par le débiteur (G. II, 64).

(3) La *lex commissoria* a été prohibée par Constantin (V. n° 222, note 7).

(4) Le créancier doit au préalable obtenir du prince le droit de posséder à titre de maître, *jure domini possidere, impetratio dominii*. Cette décision n'a son effet définitif qu'au bout d'un certain temps dont la durée fut fixée à deux ans par Justinien (1; 3. Cod., *De jur. domin. impet.*, VIII, 33).

un autre créancier hypothécaire, préférable en date, qui lui enlève la détention par l'action *in rem*. C'est ce qu'on va voir à propos du conflit entre créanciers hypothécaires.

3° *Droit de préférence*. — La vente de la chose hypothéquée effectuée par le créancier met fin à l'hypothèque. A dater de ce moment, le droit du créancier hypothécaire se trouve réduit à un droit de préférence sur le prix. Mais ce droit est plus ou moins plein, selon que le créancier se trouve en conflit avec de simples créanciers chirographaires ou avec d'autres créanciers hypothécaires. Dans le premier cas, le créancier hypothécaire passe avant tous les créanciers; il garde alors le prix pour lui seul, si ce prix est inférieur ou égal au montant de sa créance, sinon il se paie d'abord et il restitue le surplus, *superfluum*, au débiteur ou à ses créanciers. Il en est tout autrement au cas où la chose a été hypothéquée par le débiteur à d'autres créanciers.

Il est évident qu'alors les divers créanciers hypothécaires ne peuvent avoir des droits égaux. Il faut établir entre eux un ordre de préférence où l'on tiendra compte des dates différentes auxquelles le droit d'hypothèque leur a été consenti (5). C'est là une conséquence logique de la nature du droit d'hypothèque. Le débiteur, en effet, qui a constitué une première hypothèque, a grevé sa chose d'un droit réel. Lorsqu'il l'affecte à la sûreté d'un second créancier, celui-ci ne la reçoit, que sous la réserve du droit appartenant déjà au premier. De là le principe qu'entre deux créanciers hypothécaires la préférence appartient au premier en date : *prior tempore potior jure* (4. Cod., *Qui pot. in pign.*, VIII, 18). Rien de plus simple dès lors que d'appliquer ce principe à la distribution du prix, puisqu'il n'y a qu'à suivre l'ordre des dates et à payer chacun des créanciers à son rang, jusqu'à épuisement de la somme payée par l'acheteur.

Toutefois, le premier en date de tous les créanciers hypothécaires avait une situation tout à fait privilégiée; à son égard, la règle *prior tempore potior jure* produisait des effets plus pleins qu'à l'égard des autres. Cette faveur faite au premier créancier se manifeste à trois points de vue. 1° C'est à lui qu'appartient, de préférence à tout autre, l'action hypothécaire. Il peut donc l'intenter contre tout créancier hypothécaire postérieur en date qui détient la chose, soit pour l'avoir reçue du débiteur, soit par l'effet de l'action hypothécaire qu'il aurait lui-même antérieurement inten-

(5) La procédure qui est organisée dans notre droit pour la distribution du prix entre les divers créanciers hypothécaires est appelée *procédure d'ordre* (V. art. 749 et suiv., C. pr. civ.).

tée (6). 2° Aussi l'acheteur d'un bien hypothéqué n'était-il à l'abri de toute éviction de la part des créanciers hypothécaires que lorsqu'il tenait ses droits du premier créancier (5, pr. Dig., *De distr. pign.*, XX, 5, Marcian.). Car, lorsqu'un créancier autre que le premier vendait la chose, l'acheteur était encore exposé à l'action hypothécaire de la part du créancier premier en date (7). 3° La vente effectuée par le premier créancier a donc seule pour effet de purger la chose de toutes les hypothèques qui la grèvent. En même temps que l'hypothèque du créancier vendeur, celle des créanciers subséquents se trouve éteinte et leur droit à tous est transformé en un droit de préférence sur le prix. C'est le premier créancier qui, après s'être payé de ses propres mains, distribuera l'excédent aux créanciers suivants, en tenant compte de l'ordre des dates.

Il est clair que ces avantages étaient de nature à sacrifier les droits des créanciers subséquents. Car le premier créancier pouvait tenir en suspens la réalisation de leur droit en se faisant livrer la chose et en ajournant indéfiniment la mise en vente, ou compromettre plus complètement encore leurs intérêts en vendant à un moment inopportun, et à un prix suffisant pour se couvrir, et insuffisant pour les désintéresser tous. Aussi avait-on donné à tout créancier hypothécaire le droit de se substituer au premier et de prendre avec sa place les privilèges attachés à son rang. Il suffisait pour cela de lui offrir le paiement de ce qui lui était dû. Grâce à ce *jus offerendæ pecuniæ*, le créancier pouvait, quel que fût son rang, faire produire à son hypothèque propre des effets plus pleins, et, comme disent les textes, il consolidait ainsi son droit, *jus suum confirmat* (1, 5. Cod., *Qui pot. in pign.*, VIII, 18). Mais ce *jus offerendæ pecuniæ* n'était qu'un palliatif insuffisant puisque, pour obtenir le premier rang, le créancier était obligé de désintéresser le créancier antérieur en date et par suite d'augmenter d'autant le montant de sa créance.

Malgré tous les progrès réalisés peu à peu, le régime hypothé-

(6) A l'action que lui intente le premier créancier le créancier hypothécaire poursuivi peut opposer l'exception dite d'hypothèque, par laquelle il repousserait l'action du propriétaire, s'il s'avisait de revendiquer : *si non convenit ut sibi res sit obligata*. Mais le demandeur la paralysera par la réplique tirée de la priorité du rang : *si non mihi ante pignori hypothecæve nomine sit res obligata*. Le premier créancier peut aussi avoir à faire valoir son rang par voie d'exception. S'il est déjà en possession et si un créancier postérieur agit contre lui, il paralysera l'action hypothécaire par l'exception : *si non mihi ante*, etc. (12, pr. Dig., *Qui pot. in pign.*, XX, 4, Marcian.).

(7) Mais ce serait aller trop loin que de dire que seul le premier créancier a le droit de vendre, car ce droit est l'apanage de tout créancier hypothécaire, quel que soit son rang. Ce qu'on peut dire, c'est que seul le premier créancier peut donner pleine sécurité à l'acheteur.

caire romain était loin de la perfection. Il ne constituait pas un mécanisme agencé de façon à donner pleine satisfaction aux besoins qui l'avaient fait inventer. C'est qu'il demeurait entaché d'un vice radical, la clandestinité (8). L'hypothèque s'établissait par simple pacte. Elle n'exigeait aucune formalité de publicité destinée à prévenir les intéressés de l'existence d'un droit grevant la chose. Or, un créancier, avant d'accorder crédit, a besoin de savoir si les biens du débiteur sont libres d'hypothèque, tout au moins, s'ils sont grevés d'hypothèques antérieures et pour quelles sommes. Le défaut d'information exacte sur ces points, conséquence du défaut de publicité, enlève à la garantie hypothécaire une grande partie de sa valeur.

D'autres défauts, secondaires sans doute, dérivait aussi du vice fondamental du régime. L'acheteur d'un bien vendu par le débiteur lui-même n'était jamais sûrement averti des hypothèques grevant la chose. Le risque d'éviction qu'il courait de la part de créanciers hypothécaires restés inconnus, ne lui permettait pas d'offrir un juste prix. La simple affirmation du vendeur n'était pas suffisante pour le mettre à l'abri de cet aléa (9). La chose ne rendait donc pas aux mains du débiteur son maximum d'effet utile au point de vue du crédit qu'elle est destinée à lui assurer. Et cet inconvénient était encore aggravé par l'absence d'une procédure destinée à associer tous les créanciers hypothécaires à la vente, de façon à ce qu'elle eût lieu à un moment favorable pour tous ; par l'absence d'une vente publique permettant de faire atteindre à la chose son prix maximum ; par le risque que courait l'acheteur quand le créancier vendeur n'était pas le premier.

Une foule d'améliorations restaient donc à accomplir pour transformer l'hypothèque en une institution appropriée à sa fonction. Le droit moderne y a seul réussi.

IV. *Extinction de l'hypothèque.* — Les causes d'extinction de l'hypothèque peuvent se diviser en deux catégories. D'une part, l'hypothèque étant un droit accessoire, s'éteint par voie de conséquence lorsque la dette principale s'éteint *jure civili* ou *prætorio* (6, pr. Dig., *Quib. mod. pign.*, XX, 6) (V. art. 2180, C. civ.).

(8) Avec la fiducia, cette clandestinité n'existait pas. Car la chose ayant été aliénée et remise aux mains du créancier, elle était sortie du patrimoine au vu et au su de tous. Ce caractère clandestin de l'hypothèque prouve qu'on est en face d'un droit de date récente, car ceux de l'époque ancienne sont toujours constitués d'une façon publique.

(9) On avait essayé, sous l'empire, de remédier à cet inconvénient en frappant de peines publiques celui qui avait aliéné ou hypothéqué sa chose en tenant occultes les hypothèques existantes. C'était là le délit de *stellionatus*. V. Girard, *Manuel élément.*, p. 764.

D'autre part, l'hypothèque, envisagée comme droit réel, s'éteint par voie principale, par exemple par la vente de la chose hypothéquée lorsqu'elle émane du premier créancier hypothécaire, ou par la perte totale de la chose.

APPENDICE A LA THÉORIE DES SURETÉS

226. — *Notion de l'intercession. — Personnes à qui l'intercession est prohibée. — Sénatusconsulte Velléien.* — Il y a *intercessio* lorsqu'une personne s'adjoit à un débiteur soit pour partager la charge de sa dette, soit pour se substituer à lui et le libérer. L'*intercessio* peut donc revêtir deux aspects différents : 1° Elle résulte d'un engagement accessoire consenti par un tiers à côté du débiteur principal qui continue à rester tenu (*intercessio cumulative* des interprètes). Tel est le cas où on s'engage comme caution par voie de fidéjussion, de *mandatum pecuniæ credendæ* ou de *constitut*. Tel est aussi celui où une personne constitue un gage ou une hypothèque *pro alio*. 2° Elle résulte aussi d'un engagement par lequel une personne s'oblige aux lieu et place d'un débiteur qui se trouve alors libéré. Ce nouvel obligé s'appelle *expromissor* (10. Dig., *De pignorat. act.*, XIII, 7, Gaius), expression qui marque bien que si l'*intercessio* donne au créancier un débiteur nouveau, elle le prive de l'ancien (*intercessio privative* des interprètes). Ainsi, il y a *intercessio* de ce genre lorsqu'il y a novation par changement de débiteur, ou *transcriptio a persona in personam*.

Cette théorie de l'*intercessio* joue un rôle assez important à raison de l'incapacité d'*intercedere* dont les femmes furent frappées par le sénatusconsulte Velléien (1). Déjà des Édits d'Auguste et de Claude avaient défendu aux femmes mariées d'intercéder *pro viris suis* (2, pr. Dig., *ad Senat. Vell.*, XVI, 1, Ulp.). On craignait, en effet, que cédant à l'influence de son mari, la femme ne consentît trop facilement à s'engager pour lui et ne compromît son patrimoine en participant à des opérations ruineuses (V. n° 173). Mais le sénatusconsulte alla plus loin dans la voie de la protection. Pour venir au secours de l'inexpérience féminine, il étendit à toutes les femmes, mariées ou non, l'impossibilité d'*intercedere* (2).

226. — (1) La date exacte en est inconnue. On l'attribue généralement à l'époque de Claude. Son texte est rapporté par Ulpien, 2, § 1. Dig., *ad Senat. Vell.*, XVI, 1. V. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, édit. Esmein, pp. 153 et suiv.; Accarias, t. II, nos 574 et suiv.; Girard, *Manuel élément.*, p. 779.

(2) Le motif que les jurisconsultes assignent au sénatusconsulte est la faiblesse d'es-

Le Sénat créait ainsi une incapacité d'une portée plus large, puisqu'elle s'appliquait à tout acte constituant, sous n'importe quelle forme, une *intercessio pro alio*. On craignait que trop faible de jugement pour comprendre la portée d'un pareil engagement, la femme ne se fit illusion sur ses dangers et ne se laissât entraîner sans réflexion à sa ruine en voulant rendre service à autrui. Aussi, la décision du Sénat ne s'appliquait-elle pas aux obligations que la femme contractait pour son propre compte, non plus qu'aux aliénations consenties par elle. Le péril ici est moins grand, parce que les conséquences de l'acte sont plus immédiates, plus palpables et de nature à éveiller la défiance de la femme.

L'inefficacité de l'intercession, telle était la sanction qui était visée par le Sénat (3). La pratique prétorienne développant cette idée directrice permettait à la femme poursuivie soit de s'opposer *in jure* à ce qu'une action fût délivrée contre elle, soit de paralyser cette action en faisant insérer dans la formule une exception, appelée par les jurisconsultes : *exceptio senatusconsulti Velleiani* (4). Si la femme réussissait à faire ainsi tomber les effets de son *intercessio*, il était juste que le créancier fût restitué contre les conséquences des agissements de la femme. L'*intercessio* avait pu en effet avoir pour résultat de libérer le débiteur primitif (intercession privative). Il parut équitable de rendre en ce cas au créancier son ancienne action, quoiqu'elle fût éteinte. Le préteur l'autorisait en conséquence à intenter sous forme utile l'action que l'*intercessio* lui avait fait perdre. L'action ainsi rendue au créancier était nommée *actio restitutoria* (13, § 2; 14. Dig., *ad Senat. Vell.*, XVI, 1, Gaius, Julian.).

Sous Justinien, ces règles furent profondément modifiées. L'incapacité dérivant du sénatusconsulte fut transformée en une incapacité d'un caractère plus restreint et d'une toute autre nature. Par un de ces retours en arrière assez fréquents dans la législation du

prit de la femme. C'est le même que celui qui servait déjà à justifier la tutelle perpétuelle des femmes : *Opem tulit mulieribus propter sexus imbecillitatem* (2, § 2. Dig., *ad Senat. Vell.*, XVI, 1, Ulp.) (V. n° 62).

(3) Mais le Sénat se garde de proclamer directement cette inefficacité et de lui donner l'allure d'une prescription théorique dont l'observation est imposée par lui aux particuliers. Ce serait parler en législateur. Le moment n'est pas encore venu où le Sénat peut prendre des décisions ayant la force de la *lex*. Il se contente d'adresser aux magistrats l'invitation de déférer à son vœu, c'est-à-dire d'user de tous les moyens de droit commun dont ils disposent pour refuser tout effet utile à la créance qu'on pourrait avoir contre la femme, à la suite d'une *intercessio* (V. n° 12).

(4) Il est à remarquer que le Sénat ne dit pas un mot de l'*exceptio*. Le pouvoir de l'accorder est implicitement conféré au magistrat comme une conséquence du droit qu'on lui reconnaît de refuser l'action.

Bas-Empire, Justinien revint à l'idée primitive qui avait inspiré les Édits d'Auguste et de Claude. Il distingue en effet suivant que l'*intercessio* a lieu au profit d'un tiers ou au profit du mari. Dans le premier cas, elle est reconnue valable. La femme ne peut plus invoquer le sénatusconsulte, sauf s'il est prouvé qu'elle n'a rien reçu pour prix de son *intercessio* (5). Mais si l'*intercessio* a lieu pour le mari, elle reste inefficace comme jadis. Et allant plus loin que le sénatusconsulte, on annule l'acte par lequel la femme s'oblige seule, alors même qu'il ne constituerait pas une *intercessio* (Nov. 134, ch. 8). La femme n'est privée de ce secours que si l'affaire a tourné à son profit. L'incapacité du droit nouveau ne concerne plus que la femme mariée. Elle est le complément des dispositions législatives qui tendent à assurer à la femme des ressources en cas de désordre des affaires du mari, elle donne à la femme une garantie de plus. D'une façon indirecte elle protège la dot (6).

TRANSMISSION DU PATRIMOINE

DES HÉRÉDITÉS OU SUCCESSIONS

227. — *Notions générales et divisions du sujet.* — On a annoncé plus haut qu'après la composition du patrimoine, on aurait à traiter de sa transmission, c'est-à-dire des modes d'acquisition: *per universitatem* (V. nos 67, 81, 265). Parmi ces modes d'acquisition, les hérédités ou successions méritent à raison de leur importance les plus longues explications. Les autres seront brièvement énumérées en second lieu (V. n° 265).

L'hérédité ou succession est un mode d'acquisition *per universitatem* admis et organisé par le droit comme une suite nécessaire du décès d'un individu. La mort a mis fin à sa personne physique, mais son patrimoine, *familia, familia pecuniaria, bona*, c'est-à-dire sa personnalité juridique, ne disparaît pas avec lui. Sous le nom d'*hereditas*, le patrimoine continue à former une unité juridi-

(5) Rien de plus facile que de lui enlever cette suprême ressource. Le créancier n'a qu'à lui donner quelque chose *ut sese interponat*, ou bien il lui fait signer un acte d'*intercessio* où il est écrit qu'elle en a reçu le prix, et si l'acte est public, passé avec l'assistance de trois témoins, cette déclaration fait pleine foi contre elle (23. Cod., *ad Senat. Vell.*, IV, 29).

(6) Le sénatusconsulte Velléen ainsi transformé a été appliqué dans nos pays de droit écrit, et même dans ceux de coutume. Viollet, *Histoire du droit civil français*, pp. 798-799; Gide, *Étude sur la condition privée de la femme* (édit. Esmein), pp. 384-414.

que, un ensemble de droits, qui passe à un nouveau titulaire (1). Celui-ci, l'héritier, *heres*, remplace le défunt dans sa souveraineté patrimoniale. Il est le continuateur de sa personne juridique, il est investi de ses droits et tenu de ses charges (2). Ce remplacement du titulaire du patrimoine par un autre, cette transmission globale des biens, c'est ce qu'on appelle succession, *successio : bona... accipienda sunt universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque ejus rei commodum et incommodum* (3, pr. Dig., *De bon. poss.*, XXXVII, 1, Ulp.).

Les personnes appelées à recueillir l'hérédité sont désignées par un acte de dernière volonté du défunt ou par la loi. Mais ces héritiers ne sont pas, du moins en principe, investis malgré eux du patrimoine de la personne décédée. La désignation émanée du défunt ou de la loi confère seulement la faculté de devenir héritier. La succession est d'abord simplement offerte, déferée, *delata*, à l'appelé. Celui-ci n'acquiert l'hérédité que s'il accepte cette offre, et cette manifestation de volonté s'appelle adition d'hérédité, *adire hereditatem*. Il faut donc considérer ici deux moments bien distincts, séparés par un intervalle de temps plus ou moins long : la délation et l'acquisition. Mais il n'en est pas toujours ainsi. Certains héritiers acquièrent l'hérédité sans avoir besoin de manifester leur volonté, et même malgré leur volonté. On les appelle héritiers nécessaires. Pour eux, la délation et l'acquisition se confondent et ont lieu au même moment. Mais ce n'est là qu'une exception. La plupart des héritiers sont des héritiers volontaires. Pour eux la délation n'entraîne pas nécessairement acquisition de l'hérédité (V. n° 246).

On est donc amené à étudier cette matière dans l'ordre suivant : 1° Délation de l'hérédité ; 2° Acquisition de l'hérédité ; 3° Défaut d'acquisition de l'hérédité ; 4° Acquisitions à titre particulier se rattachant à l'hérédité.

I. — Délation de l'hérédité.

228. — *Notions historiques.* — Les Romains ont connu deux modes de délation de l'hérédité : le testament et la loi. Par le pre-

227. — (1) Plusieurs textes expriment très nettement l'idée de l'unité juridique du patrimoine : *hereditas juris nomen est* (178, § 1. Dig., *De verb. sign.*, L. 16, Ulp.). *hereditas juris intellectum habet* (50, pr. Dig., *De hered. pet.*, V, 3, Papin.).

(2) *Heres*, identique au vieux terme *herus*, a comme ce dernier, la signification de maître, *dominus*, Festus, v° *Heres*; 11, § 6. Dig., *ad leg. Aquil.*, IX, 2, Ulp.); Bréal et Bailly, *Dictionnaire étymologique latin*, v° *Heres*. Parlant des droits de l'héritier, Ulpien dit : *heredem ejusdem potestatis jurisque esse cujus fuit defunctus constat* (59. Dig., *De reg. jur.*, L, 17).

mier de ces modes, le patrimoine est dévolu en vertu d'un acte juridique, le testament, œuvre de la volonté libre du propriétaire des biens, qui règle ainsi leur sort pour le temps où il ne sera plus. Mais lorsqu'il n'y a pas eu de testament, ou quand le testament ne peut pas produire effet, c'est la loi qui règle la dévolution du patrimoine. Dans le premier cas, la succession est dite testamentaire; elle a lieu *ab intestat* (*ab intestato*) dans le second (1). Toutefois ces deux modes de dévolution n'ont pas toujours coexisté, et quand ils ont été reconnus tous deux, ils n'ont pas eu aux yeux des Romains une importance égale. Entre eux, on a établi une gradation, un ordre de préférence. La dévolution par voie de testament passe avant la dévolution légale; *quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur* (39. Dig., *De adq. hered.*, XXIX, 2, Ulp.). Il y a là une règle que seul le développement historique de l'institution peut expliquer.

Au début, comme chez tous les peuples primitifs, la famille romaine constitue encore une unité puissante, ayant seule des droits sur les biens. Le *pater* n'est que l'administrateur, le représentant des intérêts collectifs du groupe familial. Lui mort, les biens doivent retourner à ceux dont il était le représentant temporaire, aux membres de la famille. Autoriser le *pater* à modifier par un acte de dernière volonté la dévolution normale des biens à la famille, ce serait la négation des droits de celle-ci. Le testament a donc été tout d'abord inconnu et l'hérédité était toujours déférée *ab intestat* (2).

Mais, la loi des XII Tables admet un principe nouveau. Elle autorise le *paterfamilias* à régler lui-même par un acte de souveraineté domestique le sort de son patrimoine, pour le temps où il ne sera plus; elle ordonne que cette volonté, si elle est manifestée dans les formes solennelles, soit respectée à l'égal d'une loi: *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei ita jus esto*. Aussi appelle-t-on cet acte *legare*, plus tard seulement *testamentum*. A défaut de testament ou d'héritier testamentaire acceptant, la loi décemvirale détermine quelles personnes recueilleront les biens de celui qui n'a pas testé, *ab intestato*. Elle décide que ce seront les membres de sa famille civile. Aussi les appelle-t-on héritiers légitimes,

228. — (1) Comme il n'y a pas de testament, on dit que l'hérédité vient de (*a, ab*) quelqu'un qui est mort *intestatus*, sans avoir testé, *ab intestato*, d'où nous avons fait notre expression *ab intestat*.

(2) Viollet, *Histoire du droit civil français*, pp. 701, 741; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, liv. II, ch. 7-5°; Sumner Maine, *L'ancien droit*, pp. 86 et suiv.; et les autres autorités citées par Girard, *Manuel élément.*, pp. 784, 785.

legitimi heredes. Ainsi, la loi des XII Tables proclamait le principe de la liberté testamentaire, elle donnait la préférence au testament, et c'est seulement à défaut de cet acte qu'elle consacrait les droits que la coutume ancienne avait toujours reconnus à la famille civile (3).

Une fois admis dans la pratique, l'emploi du testament se généralisa de plus en plus. Faire son testament devint une coutume nationale, mourir *intestat* fut considéré comme une déchéance, presque un malheur. Et cela se comprend aisément. Le testament répond à un instinct naturel qui pousse l'homme à se survivre, à ne pas mourir tout entier. De plus, le Romain trouvait dans cet acte l'occasion de satisfaire ses tendances dominatrices, en manifestant pour la dernière fois cette autorité sans limite qu'il avait exercée, comme *paterfamilias*, pendant sa vie. Disposer de ses biens au profit de parents qui ne faisaient pas partie de la famille civile, exclure certains membres de celle-ci contre lesquels il avait des motifs de désaffection, confier ses enfants impubères et leurs biens à un tuteur de son choix, donner à sa femme *in manu* un tuteur autre que les agnats, tels étaient les résultats que le testament permettait d'atteindre et qu'on ne pouvait atteindre sans lui. C'était pour le citoyen l'affirmation de son indépendance vis-à-vis du groupe familial, une protestation efficace du droit individuel contre celui de la communauté. La succession *ab intestat* fut donc reléguée au second plan; on chercha à écarter par tous les moyens possibles l'arrivée des successeurs légitimes et à donner à la volonté du défunt le pas sur la désignation de la loi (4).

Le système successoral consacré par les XII Tables devait rester

(3) On peut conjecturer que le testament a été imaginé pour échapper à l'arbitraire de la coutume qui déférait la succession à des agnats ou à la *gens*, et en excluait des parents naturels plus proches. Tel a été également le but de l'adoption (V. n° 47). Grâce au testament, le *pater* peut se choisir l'héritier ou les héritiers qu'il lui plaît, et exclure sa famille civile. Le droit des XII Tables, en reconnaissant le testament, a donc inauguré contre le droit familial ancien un mouvement de réaction que le droit prétorien devait pousser beaucoup plus avant et que le droit impérial conduisit à son terme.

(4) L'ordre qu'adoptent les jurisconsultes dans l'exposé de la théorie des successions est en parfaite harmonie avec ce principe. V. Gaius (G. II, 99, 100); Ulpien (*Reg.*, XX, XXVI); Paul (*Sent.*, III, IV). A l'inverse du droit romain, notre droit moderne réserve toutes ses préférences pour l'ordre de dévolution que la loi a réglé elle-même. Cette différence s'explique. Dans le droit actuel, c'est la famille naturelle qui est appelée à la succession *ab intestat*. Le testament peut donc devenir entre les mains du testateur un moyen de frustrer la famille naturelle. Donc tout en restant permis, il doit céder le pas à la succession organisée par la loi. A Rome, au contraire, le testament était vu avec faveur parce qu'il permettait de modifier dans un sens équitable l'antique dévolution légale des biens, et cela au profit des membres de la famille naturelle. V. ci-dessus, note 3 et Sumner Maine, *L'ancien droit*, p. 206.

en vigueur, au moins dans ses grandes lignes, jusqu'aux derniers moments du droit romain. Il fut l'objet, cependant, de certaines modifications importantes. Les règles de la succession testamentaire très rigoureuses, comme toutes celles du droit primitif, cessèrent d'être en harmonie avec la tendance de plus en plus marquée vers la simplification des formes. Il fallut apporter des tempéraments au formalisme qui les avait dictées (V. n^{os} 230, 233). En outre, la loi des XII Tables en donnant au père de famille l'entière liberté du choix de ses héritiers, lui permettait de frustrer les espérances de ses parents les plus proches. On dut réagir contre les abus de cette liberté (V. n^o 241). Mais c'est surtout dans les successions *ab intestat* que le besoin de réformes se fit sentir. Le droit des décevirs n'avait tenu compte, en effet, que de la parenté civile, il avait exclu systématiquement les cognats. On chercha à admettre ceux-ci au rang des successeurs *ab intestat*, et à restituer à la parenté naturelle ses droits trop longtemps sacrifiés (V. n^{os} 239, 240).

Tous ces changements furent l'œuvre de plusieurs siècles. Commencés, mais timidement, par le droit civil lui-même, ils furent réalisés en grande partie par le droit prétorien. Le droit impérial continua la lutte inaugurée par le préteur contre le vieux droit, et s'écarta de plus en plus du régime successoral primitif. Justinien, enfin, profitant des travaux de ses devanciers, constitua la législation successorale sur des bases entièrement renouvelées qui servent encore d'assise au droit moderne.

SUCCESSION TESTAMENTAIRE

229. — *Notions générales sur le testament.* — Le testament est l'acte en forme solennelle, par lequel une personne, le testateur, désigne celui ou ceux qui seront ses héritiers. Cette désignation d'un héritier est essentielle à la validité et à l'efficacité de tout testament (V. n^o 231). Elle est appelée institution d'héritier. L'héritier institué est le successeur *in universum jus* du défunt. En le nommant son héritier, le testateur a signifié sa préférence pour la succession testamentaire; il a voulu marquer son intention arrêtée d'exclure sa famille civile. On ne fait donc que suivre cette volonté en considérant l'héritier institué comme héritier de la totalité. L'idée de la vocation au tout est inséparable, dans la pensée des Romains, de la nomination d'un héritier par le défunt.

De là on a conclu qu'une personne ne peut pas s'arranger de façon que ses biens soient partagés entre l'héritier institué et les

héritiers *ab intestat* : *jus nostrum non patitur eundem ... et testato et intestato decessisse*. Le concours simultané de ces deux sortes d'héritiers est jugé contraire aux véritables intentions du testateur, par suite à la nature des choses : *earum rerum naturaliter inter se pugna est testatus et intestatus* (7. Dig., *De reg. jur.*, L, 17, Pomp.)⁽¹⁾. En présence d'un héritier institué même avec une vocation strictement limitée, on écarte les héritiers légitimes, et, plutôt que de les admettre en concurrence avec lui, on lui attribue la totalité. C'est ce qui arrive dans les deux cas suivants. 1° Si de deux héritiers institués simultanément, l'un fait défaut, la part de ce dernier sera attribuée à l'autre et non aux héritiers *ab intestat* auxquels elle devrait logiquement revenir puisque, quant à cette part, le testament est dénué d'effet (V. n° 252). 2° Un héritier testamentaire unique a été institué pour une quote-part seulement (un tiers, un quart), *ex certa portione* ; ou pour une chose déterminée, *ex certa re*. On efface cette restriction apportée par le testateur au droit de l'institué et on lui attribue la totalité, au lieu de laisser les héritiers *ab intestat* recueillir, en concours avec lui, les parts ou les choses dont le testateur n'avait pas disposé expressément.

Cette notion sommaire va être complétée par l'examen des questions suivantes, qui comprennent toute la théorie de la succession testamentaire : 1° Formes du testament et capacité de tester. 2° Institution d'héritier, ses modalités et variétés. 3° Causes d'inefficacité des testaments.

1° Formes du testament et capacité de tester.

230. — I. *Formes du testament.* — Les formes auxquelles étaient assujettis les testaments ont varié avec les époques. Au début, le testament est un acte exceptionnel soumis au contrôle du peuple. Bientôt délivré de ce contrôle, il devient un acte libre, mais soumis à des formalités minutieusement réglées par le droit civil, simplifiées plus tard dans une large mesure par le droit prétorien. Le droit de la dernière époque reconnaît encore son caractère solennel et ne le soustrait pas tout à fait à la nécessité des formes. Et cela se conçoit aisément. Le testament n'est appelé à produire son effet qu'après la mort de celui qui l'a fait. Il importe donc de le

229. — (1) Cette règle est ancienne. Cicéron (*De invent.* II, 21) dit déjà : *unius pecuniæ plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est ut ejusdem pecuniæ alius testamento alius lege heres esset.*

mettre à l'abri des falsifications. Ici, la forme n'est pas seulement destinée à confirmer l'expression des dernières volontés, elle est aussi une garantie de leur sincérité (1).

1° *Testaments du droit ancien.* — La forme la plus ancienne du testament est le testament fait dans l'assemblée des comices, convoquée deux fois par an à cet effet, *calatis comitiis*. Le citoyen soumettait la nomination de son héritier à l'approbation du peuple, qui, en sanctionnant la volonté du testateur, ordonnait qu'elle fût respectée à l'égal d'une loi. De là l'expression *legare, legatum*, pour désigner originairement cet acte (2). La nécessité de l'approbation du peuple s'explique par le caractère exorbitant du testament dans le droit primitif. Il servait, en effet, à modifier la dévolution des biens telle que l'avait réglée une coutume immémoriale. Il permettait de porter atteinte aux droits de la famille civile : *agnati* ou *gentiles*. Seule, l'assemblée des *gentes* pouvait autoriser un pareil acte. En temps de guerre, le testament se faisait, en présence et avec l'approbation très sommaire du peuple en armes, prêt à marcher au combat, *in procinctu* (G. II, 101).

Mais ces deux formes de testament n'étaient pas toujours d'un emploi possible. Un citoyen, en prévision d'une mort imminente, pouvait avoir à prendre ses dispositions de dernière volonté, sur-le-champ. Il ne pouvait attendre la réunion spéciale des comices ou l'assemblée du peuple en armes. On eut recours alors à un expédient : la *mancipatio familiæ*. Le citoyen qui voulait disposer de son patrimoine, *familia*, mancipait ses biens à un ami, *familiæ emtor*. Celui-ci ne devait pas les garder pour lui, mais les remettre aux personnes que le disposant lui désignait (G. II, 102, 103). Le *familiæ emtor* n'était donc pas à proprement parler un héritier, il était une sorte de mandataire, d'exécuteur des volontés du disposant (3), et la *mancipatio familiæ* n'était pas non plus un testament véritable. Simple artifice destiné à éviter la comparution devant les comices, elle n'avait pas la portée légale d'une décision de l'assemblée populaire. Ses effets étaient moins

230. — (1) Aussi les législations les moins formalistes, par exemple notre droit français actuel, n'ont-elles pas songé à dispenser le testament des solennités (V. art. 970 et suiv., C. civ.).

(2) V. Bréal et Bailly, *Dictionnaire étymologique latin*, v° *Lego*. L'analogie entre ce testament primitif et l'adrogation nous fait adopter sans hésitation cette opinion. Les pontifes assistaient d'ailleurs à l'assemblée des comices. Comme dans l'adrogation leur présence s'explique par la nécessité d'empêcher la transmission des *sacra privata* à des héritiers indignes de continuer le culte (V. n° 48).

(3) Dans la formule archaïque qu'il prononce, le *familiæ emtor* se désigne lui-même comme un mandataire : *familia pecuniæ tua endo mandatela*.... et comme un administrateur gardien du bien d'autrui, *custodelaque mea esse aio* (G. II, 104).

complets et moins sûrs. D'une part, elle ne réalisait pas la transmission *in universum jus*, car le *familiæ emtor*, simple acquéreur à titre particulier, n'était pas tenu des dettes. D'autre part, l'engagement du *familiæ emtor* d'exécuter les volontés du défunt, ne reposait que sur sa *fides* et par suite ne l'obligeait pas juridiquement (4).

Outre l'inconvénient de ne pouvoir être fait en tout temps, inconvénient auquel remédiait imparfaitement la *mancipatio familiæ*, le testament comitial avait encore celui d'être public et irrévocable. La publicité, considérée au début comme une garantie pour la famille, finit par devenir une entrave excessive à la liberté du choix de l'héritier. L'institué était connu à l'avance, ce qui pouvait susciter contre lui les plus graves animosités. De plus, le testament était irrévocable, confirmé qu'il avait été par une décision de l'assemblée populaire. Mais cette irrévocabilité parut contraire au but même de l'acte. Expression des volontés dernières, il doit pouvoir être révoqué au gré du défunt (5). Or, l'emploi de la *mancipatio familiæ* avait accoutumé lentement les esprits à considérer la manifestation des dernières volontés du citoyen comme un acte privé soustrait à l'approbation du peuple. Utilisant cette idée nouvelle, la pratique fit du testament un acte secret et révocable, ayant tous les effets du testament approuvé dans l'assemblée populaire. C'est ainsi que surgit une nouvelle forme de tester, celle qui est décrite par Gaius comme étant encore en vigueur de son temps : le testament *per æs et libram*.

2° *Testament du droit civil, per æs et libram, écrit ou oral.* — Le testateur écrivait ses dernières volontés sur des tablettes enduites de cire, *tabulæ, ceræ*, et cet écrit destiné à rester secret et à demeurer jusqu'à la fin entre ses mains était solennellement confirmé dans une cérémonie qui comprenait deux parties : la *mancipatio familiæ* et la *nuncupatio*. La *mancipatio* n'était plus qu'une formalité vide de sens, un simulacre maintenu par respect des antiques usages, *dicis gratia, propter veteris juris imitationem* (G. II, 104, 105) (6). Réduit au rôle de simple témoin, le *familiæ emtor*

(4) Sa situation est comparable à celle du fiduciaire, à l'époque où le fidéicommiss n'était pas encore obligatoire (V. n° 255) et Cuq, *Revue historique de droit*, 1886, p. 557; Muirhead, *Introd. au droit privé de Rome* (trad. Bourcart), sect. 14, p. 86.

(5) La *mancipatio familiæ* n'échappait pas non plus à ces inconvénients. Le nom des personnes gratifiées était connu du *familiæ emtor* et des témoins, et l'emploi de la mancipation ne permettait pas au disposant de revenir sur ses volontés puisque l'aliénation du patrimoine était définitive.

(6) Les paroles prononcées par le *familiæ emtor* : *quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam*, signifient, malgré les incertitudes que laisse planer

n'acquerrait pas les biens du disposant ; il n'était même plus l'exécuteur de ses volontés. Venait ensuite la partie la plus importante de l'acte, *nuncupatio*, déclaration orale, faite en termes solennels par le disposant. Tenant à la main les *tabulæ testamenti*, il affirmait en les présentant aux assistants que cet écrit contenait ses dispositions suprêmes et en même temps, il faisait appel à ces sept personnes présentes (les cinq témoins, le *libripens* et le *familiæ emptor*), les invitant à témoigner en cas de besoin de l'accomplissement de toutes ces formalités⁽⁷⁾. Cet appel au témoignage, *testari*, donna son nom à l'acte tout entier. On l'appela *testamentum*⁽⁸⁾. Fait dans ces conditions, le testament, *testamentum per æs et libram*, avait tous les effets du testament comitial. Mais, comme l'écrit demeurait aux mains du testateur, celui-ci était libre de l'anéantir, d'en recommencer un autre à condition d'observer les mêmes formalités, et il était sûr, en tout cas, que le contenu de ses dispositions ne serait pas connu.

Il pouvait arriver que le testateur n'eût pas eu le temps de rédiger les *tabulæ testamenti* pour les présenter aux témoins. Dans ce cas, il se contentait, après la *mancipatio familiæ*, de déclarer ses volontés en présence des sept témoins. Cette déclaration faite en termes solennels, *nuncupatio*, suivie de l'invocation aux témoins, constitue une seconde forme du testament *per æs et libram*, le testament oral ou nuncupatif. Rien n'empêchait, sans doute, de le révoquer, mais il n'avait pas l'avantage de demeurer secret.

3° *Testament du droit prétorien et testament nuncupatif nouveau*. — Le droit prétorien, ennemi des formalités et surtout des formalités inutiles, introduisit ici d'importantes simplifications. Considérant la *mancipatio familiæ* comme vide de sens, et la *nuncupatio* comme superflue, il exige seulement que les *tabulæ testamenti* soient présentées à sept témoins et revêtues à l'extérieur du cachet, *signum*, de ces sept personnes⁽⁹⁾. Mais la validité du testament *septem signis signatum* n'étant pas reconnue en droit civil, le préteur ne donnait à l'institué ni le titre ni les droits d'*heres*. Il

l'incorrection du texte, que l'achat de la *familia* continue à être observé comme étant le seul moyen légal de se dispenser de recourir à l'assemblée populaire.

(7) Voici, d'après Gaius (G. II, 104), les termes de cette *nuncupatio* : *Hæc ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor ; itaque vos, quirites testimonium mihi perhibetote.*

(8) V. Bréal et Bailly, *Dictionnaire étymologique latin*, v° *Testis*.

(9) L'apposition des sceaux des témoins, *signare, obsignare*, auxquels on joignait d'ailleurs, l'inscription du nom en regard, était un usage courant, vraisemblablement d'origine plus ancienne que le testament prétorien. Tout le mérite de l'innovation prétorienne a consisté à éliminer les formes surannées et à se borner en fait de formalités au minimum commandé par la nécessité.

ne lui attribuait que la qualité de *bonorum possessor* et ne lui accordait que la *bonorum possessio secundum tabulas* (G. II, 119) (V. n^{os} 233, 237)⁽¹⁰⁾.

A la fin de l'époque classique, le droit civil lui aussi s'engagea dans la voie de la simplification. Il supprima la *mancipatio familiæ* en cas de testament oral, et se contenta désormais d'une *nuncupatio* devant sept témoins. Tel est le testament oral ou nuncupatif nouveau (21, pr. Dig., *Qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1, Ulp.).

4^o *Formes du testament dans le dernier état du droit.* — Dans le dernier état du droit, on trouve comme testament écrit, le testament prétorien, et comme testament oral, le testament nuncupatif débarrassé de la formalité de la *mancipatio familiæ*⁽¹¹⁾.

II. *Capacité de tester.* — Tester, c'est disposer de son patrimoine. La capacité de tester, *testamenti factio*, est donc refusée à ceux qui, étant *alieni juris*, n'ont pas de patrimoine, c'est-à-dire aux esclaves ou enfants de famille. Sont également incapables certaines personnes *sui juris* : les *furiosi* et les prodiges interdits, parce qu'ils sont incapables de faire un acte quelconque ; les pérégrins, les impubères et les femmes pubères, parce qu'ils sont frappés d'une incapacité spéciale.

Cette incapacité spéciale était dans le début une conséquence des formes du testament. Tant que cet acte se fit dans l'assemblée populaire, les pérégrins, les impubères, les femmes furent incapables de tester, puisque l'accès des comices leur était interdit. Plus tard, quand le testament devint un acte privé, cette incapacité perdit sa raison d'être. Elle ne disparut pas cependant. Elle subsista pour les pérégrins jusque dans le dernier état du droit. A leur égard le testament demeura toujours un acte du domaine du droit public⁽¹²⁾. Les impubères restèrent au rang des incapables, à cause

(10) L'édit prétorien, tel qu'il est déjà rapporté par Cicéron (*in Verr*, 2, act. I, 45), porte : *Si de hereditate ambigetur et tabulæ testamenti obsignatæ non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo*. L'édit de Julien, quelque peu différent, précise le nombre des témoins : *Si tabulæ... non minus quam septem testium signis signatæ...* (V. Lenel, *Ed. perp.*, p. 278).

(11) Sous Théodose le Jeune s'introduisit le testament dit *tripartite*, assemblage composite de formalités provenant du droit civil, du droit prétorien et du droit impérial. Ce testament qui est écrit doit : 1^o être revêtu extérieurement du cachet de sept témoins, exigence d'origine prétorienne ; 2^o il doit avoir été signé à l'intérieur par le testateur et les témoins, *subscriptio*, formalité de création récente ; 3^o ces formes doivent avoir été accomplies *uno contextu*, vieille règle du droit civil, qui exige une continuité absolue dans l'accomplissement de tous les actes solennels (21, pr. Cod., *De test.*, VI, 23) (Comparer avec le testament mystique du droit français V. art. 976, C. civ.).

(12) *Testamenti factio non privati sed publici juris est* (3. Dig., *qui test.*, XXVIII, 1. Papin.).

de l'insuffisance de leur développement intellectuel. Quant aux femmes pubères, on avait continué à leur interdire le testament, afin de sauvegarder les droits de leurs agnats, leurs successeurs *ab intestat*, sous la tutelle perpétuelle desquels elles étaient placées (V. n° 62). Mais, lorsque cette tutelle commença à tomber en désuétude, la faculté de tester leur fut accordée. Un sénatusconsulte de l'époque d'Hadrien semble avoir inauguré cette réforme qui est achevée de bonne heure, à la fin des temps classiques (13).

2° Institution d'héritier et capacité pour être institué.

231. — *Institution d'héritier sous sa forme la plus simple.* — Le but du testament est de désigner l'héritier. Cette désignation appelée institution d'héritier, est essentielle. Elle l'est à ce point, qu'elle manquant, toutes les autres dispositions de dernière volonté telles que : legs, fidéicommiss, exhérédations, nominations de tuteurs sont non avenues. Elle est le *caput et fundamentum totius testamenti*, c'est d'elle seule que le testament tire toute sa force (G. II, 229).

Réduite à son expression la plus simple, l'institution consiste dans la nomination d'un héritier, institué purement et simplement, institué seul, institué pour le tout. En la supposant ainsi faite, on va examiner à quelles conditions de validité elle doit satisfaire, tant en la forme qu'au fond. On aura ensuite à signaler les modalités auxquelles elle peut être subordonnée, et les diverses variétés dont elle est susceptible.

I. *Conditions de validité de l'institution quant à la forme.* — En la forme, l'institution était assujettie à deux règles qui, produit du formalisme primitif, ont disparu avec lui. 1° Elle devait, sous peine de nullité, être conçue en termes solennels dont la forme impérative rappelle le temps où le testament, approuvé par les comices, avait le caractère d'une loi : *Titius heres esto, Titium heredem esse jubeo* (G. II, 117) (1). Mais à l'époque classique, et

(13) On a vu (V. n° 53), que la *manus* fiduciaire était le moyen ordinairement employé par les femmes qui voulaient acquérir la capacité de tester. Le sénatusconsulte d'Hadrien a dispensé les femmes de recourir à ce détour (G. I, 115 a). Restait pourtant la nécessité pour la femme d'obtenir l'*auctoritas* de ses tuteurs (G. I, 192). On finit par supprimer cette dernière entrave. On contraignit le tuteur à donner son *auctoritas*, quand ce tuteur n'était pas un tuteur légitime (G. II, 122). Allant plus loin, on déclara valable *jure prætorio* le testament fait par la femme sans l'*auctoritas tutoris*. Telle fut la décision qu'on induisit d'un rescrit d'Antonin le Pieux relatif à la *Bonorum possessio secundum tabulas* accordée en exécution de tout testament *non jure factum* (G. II, 120).

231. — (1) Dès les débuts il en a dû être ainsi. La *nuncupatio* : *ita do, ita lego*,

surtout au Bas-Empire, on s'est départi de cette rigueur, et le testateur est libre de se servir des termes qu'il lui plaît, pourvu qu'il n'y ait aucun doute sur ses intentions. 2° L'institution d'héritier devait venir en tête du testament. Toutes les autres dispositions de dernière volonté, inscrites avant elle étaient tenues pour non avenues. Cette exigence était la traduction matérialisée de l'idée que l'institution est *caput totius testamenti* (G. II, 229). Elle n'a été abandonnée que sous Justinien.

II. *Conditions de validité de l'institution quant au fond.* — Au fond, la seule condition requise pour la validité de l'institution est la capacité de l'institué, appelée *factio testamenti* (2). La capacité d'être institué héritier est, comme la capacité de tester, un privilège du citoyen. Aussi les pérégrins et les esclaves en sont privés. Toutefois, les esclaves pouvaient être institués par leur propre maître, à condition qu'il leur léguât expressément la liberté. Sous Justinien, ce legs de liberté n'a plus besoin d'être exprès; il s'induit de l'institution de l'esclave comme héritier (3). L'institué devait être une personne parfaitement déterminée, et dont le testateur pouvait, au moment où il disposait, se faire une idée précise. De là l'impossibilité d'instituer des *incertæ personæ*. On rangeait dans cette catégorie les posthumes, *postumi*, c'est-à-dire ceux qui, au moment de la confection du testament, n'étaient pas encore nés, et les personnes morales (4).

232. — *Modalités et variétés de l'institution d'héritier.* —

I. *Modalités.* — Au lieu d'être pure et simple, l'institution d'héritier peut-elle être à terme ou sous condition? On n'admettait ni la validité du terme et de la condition résolutoire, ni celle du terme suspensif. Ces solutions sont la conséquence du principe selon lequel, une fois acquise, la qualité d'héritier ne peut plus se perdre (88. Dig., *De hered. inst.*, XXVIII, 5, Gaius). Or, le terme ou la

ita testor a bien ce caractère. Gaius la rapporte comme s'appliquant au testament *per æs et libram*. Mais elle semble n'être qu'une reproduction un peu modernisée d'une formule plus archaïque prononcée dans l'assemblée des comices.

(2) Pour la distinguer de la capacité de tester qui porte le même nom, les interprètes l'appellent *factio testamenti* passive. Il est à remarquer que, dans un sens plus général, la *factio testamenti* désigne la capacité de figurer à un titre quelconque dans un testament, par exemple comme témoin.

(3) La loi *Voconia* enleva aux femmes la capacité d'être instituées par les citoyens de la première classe du cens (G. II, 274) Mais cette loi tomba rapidement en désuétude. V. May et Becker, *Institutions du droit privé de Rome*, n° 119.

(4) Mais le droit civil permit l'institution de certains posthumes, les *postumi sui*, et sous Justinien, la capacité d'être institué appartient à certaines personnes morales : les établissements religieux et les villes. V. d'ailleurs ce qu'a fait le droit prétorien à l'égard des posthumes considérés comme *personæ incertæ* (V. n° 233).

condition résolutoire auraient pour effet d'anéantir après un temps donné la vocation de l'héritier institué et le terme suspensif mettrait fin également à la vocation de l'héritier *ab intestat* appelé dès le décès, en attendant l'arrivée du terme. Pour éviter ces résultats, les Romains préféraient donner à la volonté du testateur une portée plus large que celle qui résultait des termes exprès dans lesquels il avait disposé. Les modalités en question étaient considérées, par conséquent, comme non écrites et l'institution traitée comme pure et simple.

Seule l'institution sous condition suspensive était possible, car elle ne pouvait porter atteinte au principe de la perpétuité du titre d'héritier. En effet, tant que la condition est encore en suspens, l'hérédité n'est déférée à personne, ni à l'héritier institué dont le droit n'est pas encore né, ni à l'héritier *ab intestat* qui ne peut venir qu'à défaut d'héritier institué. Si la condition fait défaut, l'effet de l'institution ne se produit pas, et l'héritier *ab intestat* est appelé. Si la condition s'accomplit, la vocation de l'institué est maintenue définitivement (1). Les conditions impossibles ou illicites sont considérées comme non écrites, et l'institution vaut en pareil cas comme institution pure et simple (2).

II. *Variétés de l'institution.* — L'institution simultanée de plusieurs héritiers et les diverses sortes de substitutions, sont des variétés de l'institution.

1° *Pluralité d'héritiers institués.* — Au lieu d'un seul héritier, le testateur peut en avoir institué plusieurs (3). Ces institutions simultanées entraînent nécessairement une division du patrimoine entre tous les héritiers institués, et empêchent dès lors chacun d'eux d'acquérir la totalité à laquelle il aurait eu droit, s'il avait été seul. Le testateur est d'ailleurs le maître d'adopter pour la répartition de son hérédité entre ses divers héritiers, les proportions qu'il lui plaît. Ses décisions à cet égard doivent être absolument respectées. S'il s'est contenté d'appeler ensemble plusieurs héritiers sans leur assigner de parts, le principe est que chacun a droit à une

232. — (1) A la condition suspensive, les Romains assimilaient le terme suspensif incertain : *diem incertum conditionem in testamento facit* (75. Dig., *De condit.*, XXXV, 1, Papin.).

(2) On a vu qu'en matière d'obligation on avait admis une autre règle (V. n° 209, note 11). Cette différence s'explique par la préférence qu'avaient les Romains pour la succession testamentaire. On présumait que le testateur avait ignoré la nullité de l'institution, et que s'il l'eût connue, il n'eût pas hésité, pour maintenir l'institution, à effacer la condition.

(3) L'héritier institué seul s'appelle *heres ex asse*, le mot *as* signifiant l'unité par excellence. Bréal et Bailly, *Dictionnaire étymolog. latin*, v° *As*.

part virile, c'est-à-dire égale à celle de son cohéritier (9, § 12. Dig., *De hered. inst.*, XXVIII, 5, Ulp.).

2° *Substitutions*. — A l'institution d'héritier on peut joindre une institution en sous-ordre ou substitution, *substitutio*, qui doit produire son effet au cas où l'institution première ne le produirait pas. A l'époque classique on distinguait deux espèces de substitutions : la substitution *vulgaris* (vulgaire), la substitution *pupillaris* (pupillaire). Justinien y ajouta la substitution *quasi pupillaris* (quasi pupillaire).

a) *Substitution vulgaire*. — Cette forme de substitution nommée vulgaire parce qu'elle est la plus usuelle, avait été imaginée pour écarter autant que possible toute chance de mourir *intestat*. Le testateur, prévoyant le cas où l'institué ne pourrait ou ne voudrait recueillir l'hérédité, désignait une autre personne pour venir à sa place. L'institué est donc institué en première ligne, *primo gradu*; le substitué est institué en seconde ligne, *secundo gradu*. A son tour, le substitué peut recevoir un substitué et ainsi de suite. Au dernier degré, le testateur désignait comme substitué un de ses esclaves, qui venait comme héritier nécessaire, si tous les degrés précédents manquaient (4).

En somme, la substitution vulgaire n'est qu'une institution conditionnelle. Elle est l'institution d'un second héritier, *secundus heres*, pour le cas où le premier ne recueille pas l'hérédité. Et de là on conclut que la substitution est soumise à toutes les règles de formes exigées pour la validité des institutions. Son effet est de permettre au substitué de prendre exactement la part que l'institué aurait recueillie, mais avec l'obligation d'acquitter les charges dont cette part était spécialement grevée (5).

b) *Substitution pupillaire*. — Cette variété de substitution était destinée à remédier à l'incapacité de tester dont étaient frappés les impubères (V. n° 230). Un père de famille qui avait institué son enfant impubère pouvait craindre que cet enfant ne vînt à mourir avant d'avoir atteint l'âge de puberté, et, par conséquent, sans avoir pu tester. La succession de l'enfant allait donc s'ouvrir *ab intestat*. Ce que le père avait évité quelques années avant, se produisait : le patrimoine passait aux agnats ou à la *gens*, c'est-à-dire à ceux-là mêmes que le *pater* avait voulu écarter. Pour

(4) La substitution vulgaire fournissait aussi un moyen de hâter l'adition de l'hérédité par l'héritier institué *primo gradu*. On lui impartissait pour faire adition un délai passé lequel le substitué venait à sa place (G. II, 174).

(5) V. art. 898, C. civ., qui maintient dans notre droit les substitutions vulgaires tout en évitant de les désigner par leur nom traditionnel.

éviter ce résultat, une pratique fort ancienne avait imaginé un expédient original et ingénieux. Le *pater*, en même temps qu'il testait pour lui-même, testait pour son enfant. Il lui désignait un héritier pour le cas où l'enfant viendrait à mourir *ante pubertatem*, et c'est cette institution qui portait le nom de substitution pupillaire (G. II, 179).

Il y avait là une grave dérogation au droit commun, car le droit de tester pour soi exclut celui de tester pour un autre (6). Mais, on était parti de l'idée que le *pater*, ayant fait de l'enfant son héritier, pouvait disposer de l'hérédité que laisserait celui-ci, puisqu'en majeure partie elle se composait des biens recueillis dans la succession paternelle. Le droit de désigner l'héritier de l'impubère apparut donc comme une extension du droit qu'on a de disposer de son propre patrimoine. La substitution pupillaire n'était qu'une variété de la substitution vulgaire, une sous-institution, c'est-à-dire une institution subordonnée à un événement, la mort de l'impubère qui, sans la substitution, aurait pour effet de faire arriver les héritiers *ab intestat*. L'héritier de l'enfant est donc en réalité un héritier du père, un substitué que se désigne le testateur; il vient pour remplacer l'impubère, au cas où celui-ci mourrait *ante pubertatem* (7).

Plus tard, l'idée qui avait inspiré la théorie de la substitution pupillaire fut mise de côté. On permit en effet au père de donner un substitué à l'enfant qu'il aurait exhéredé (G. II, 182). Il disposait ainsi de biens qui ne venaient pas de lui. Dès lors, il fallut expliquer autrement le droit de faire une substitution pupillaire. On considéra qu'il y avait là, comme dans le droit de désigner un tuteur à l'enfant impubère, un attribut de la puissance paternelle prolongée artificiellement après le décès du père (8).

Tel est le droit classique. La substitution a pris sa physionomie définitive. A partir de ce moment, on considéra qu'en désignant un substitué pupillaire, le *pater* réglait le sort de deux hérédités différentes, par deux testaments distincts, le sien et celui de l'impubère (G. II, 180). Toutefois, ces deux testaments ne sont pas sans lien

(6) Cela est tellement vrai, qu'en dehors de la substitution pupillaire, il est interdit à un testateur de régler par avance la succession de celui qu'il institue. Mais si on ne peut le faire par voie d'institution, on le peut par voie de fidéicommiss (G. II, 184) (V. n° 261).

(7) Cicéron n'a connu la substitution que dans cette première phase de son développement. A ses yeux, le testament du père et celui de l'enfant ne font qu'un, le substitué est un *secundus heres* du père : *immo pater sibi scripsit et secundum heredem non filio sed sibi jussit esse* (*De invent.*, II, 25).

(8) Aussi faut-il être investi de la puissance pour avoir le droit de faire une substitution pupillaire (2, pr. Dig., *De vulg. et pupill. subst.*, XXVIII, 6, Ulp.).

entre eux : le testament du *pater* reste l'acte principal et la substitution pupillaire, testament de l'impubère, n'en est que l'accessoire, *pars et sequela paterni testamenti* (§ 5. Inst., *De pupill. subs.*, II, 16). De là les conséquences suivantes : 1° Le *pater* ne peut faire une substitution pupillaire que s'il teste pour lui-même ; 2° Si la substitution pupillaire n'est pas faite par acte séparé et est contenue dans le même écrit que le testament du *pater*, elle doit, sous peine d'être inefficace, être inscrite après l'institution d'héritier ; 3° Toutes les causes qui anéantissent le testament du *pater* anéantissent par voie de conséquence la substitution pupillaire (9).

c) *Substitution quasi pupillaire*. — Cette substitution, ainsi nommée parce qu'elle est une extension par voie d'analogie de la substitution pupillaire, fut introduite par Justinien. Il permit à tout ascendant, ayant ou non la puissance paternelle, de donner un substitué pupillaire à son descendant même pubère, lorsque ce dernier était *furiosus* ou *mente captus* et, par conséquent, incapable de tester (§ 1. Inst., *De pupill. subst.*, II, 16).

Causes d'inefficacité des testaments.

233. — *Causes d'inefficacité d'après le droit civil. — Tempéraments apportés par le droit prétorien. — Bonorum possessio secundum tabulas.* — Diverses causes peuvent rendre inefficace un testament : les unes contemporaines de sa confection, les autres résultant d'événements postérieurs (1). Les règles rigoureuses posées à cet égard par le droit civil furent en partie maintenues, en partie tempérées par le préteur. Ainsi s'est formé un régime successoral testamentaire distinct de celui du droit civil, moins étroitement attaché à la forme, désireux avant tout d'assurer le respect des dernières volontés du testateur (2). C'est celui que l'époque classique a connu, qu'en fait, elle a pratiqué de préférence à celui du droit civil, jusqu'à la fusion des deux systèmes en un seul, sous Justinien.

I. *Droit civil.* — Les causes qui rendent inefficace un testament

(9) Ces solutions de détail sont visiblement inspirées par l'idée ancienne dont on n'avait pas réussi à se dégager tout à fait. Pour plus de détail sur le mouvement de transformation qui altera la physionomie primitive de la substitution pupillaire, V. Girard, *Manuel élément.*, pp. 822-825.

233. — (1) Gaius (II, 146, 147, 148) fait déjà cette distinction entre les testaments qui *ab initio non jure facta sunt* et ceux qui, *jure facta*, sont infirmés par des circonstances postérieures : *postea irrita facta aut rupta sunt*.

(2) On retrouvera le régime prétorien en matière de succession testamentaire, à propos de la théorie générale des *bonorum possessiones* (V. n° 237).

dès le jour de sa confection sont l'inobservation des formalités solennelles prescrites, l'absence ou la nullité de l'institution, le défaut de capacité du testateur ou de l'institué, l'omission d'un *heres suus* (V. n° 242). Dans tous ces cas, le testament contraire au droit, *non jure factum*, est dit *injustum*. Valable *ab initio*, le testament devient inefficace après coup, quand il est *ruptum*, *irritum*, *destitutum*, *inofficiosum* (3).

Le testament est rompu, *ruptum*, par deux causes : la survéance après sa confection d'un héritier sien, *postumus* ; la confection d'un testament postérieur. Dans les deux cas, la rupture du testament est le résultat d'une interprétation de la volonté probable du défunt. Si l'héritier sien eût été vivant au jour de la confection du testament, le testateur n'eût pas manqué de l'instituer. En déclarant le testament rompu, *ruptum adgnatione postumi*, on appelait le *suus* comme héritier *ab intestat*, on réparait l'omission du père (Ulp., *Reg.*, XXII, 18). De même, si le testateur fait un second testament, il est présumé avoir voulu révoquer le premier (G. II, 144) (4). On considérait aussi comme un changement de volonté entraînant rupture du testament le fait de l'avoir détruit volontairement ou d'avoir radié les institutions (5). — Le testament devient *irritum*, lorsqu'après sa confection le testateur subit une *capitis deminutio*. Le testament suppose en effet un vouloir persistant jusqu'au décès. Or, la *capitis deminutio* ayant pour résultat de changer la personnalité du testateur, empêche cette confirmation de tous les instants, en sorte que le testament n'était plus censé l'œuvre du défunt. Il est *irritum*, *irratum* non ratifié et ne peut être maintenu (6). — Le testament cesse également d'être efficace lorsqu'il est *destitutum*, c'est-à-dire quand les héritiers institués ou les substitués ne peuvent ou ne veulent recueillir l'hérédité. — On aura à expliquer plus loin ce qu'il faut entendre par un testament *inofficiosum* (V. n° 243).

(3) V. un essai de classification de ces cas, moins complet et moins précis dans 1. Dig., *De inj. rupto test.*, XXVIII, 3, Papin. et les observations critiques des Inst., § 5, II, 17, proposant une terminologie bien plus nette.

(4) Il faut pour qu'il y ait rupture, que le second testament soit valable *jure civili*. Notre droit a répudié le principe romain. La confection d'un second testament n'entraîne pas nécessairement révocation du premier. Il n'en est ainsi qu'au cas de volonté manifestée formellement ou lorsque le second acte est absolument inconciliable avec le premier (V. art. 1035, 1036, C. civ.).

(5) Une nouvelle lecture du texte de Gaius (G. II, 151) a permis de soutenir que le testament détruit n'en demeurerait pas moins valable *jure civili*. C'était le droit prétorien qui le considérait comme dénué d'effet. Mais, même si l'on admet la restitution conjecturale proposée, d'autres textes prouvent que le droit civil finit par adopter la doctrine prétorienne.

(6) V. Bréal et Bailly, *Dict. étymol. lat.*, v° *Reor*.

II. *Droit prétorien.* — C'est surtout à l'égard du testament *injustum* que le droit prétorien s'est montré plus facile que le droit civil. Si les formes n'ont pas été observées, les dernières volontés ne risquent pas pourtant de demeurer sans effet. Il suffit qu'elles soient exprimées dans un testament valable *jure prætorio* (V. n° 230). Il en est de même du testament *injustum* parce que l'institué est un *postumus* (V. n° 231) (7). Guidé toujours par la pensée de faire prévaloir la volonté du testateur sur la rigueur aveugle du droit, le préteur ne tient pas pour *irritum* le testament de celui qui au jour du décès a recouvré la *factio testamenti* que la *capitis deminutio* lui avait fait perdre. Dans tous les cas, l'institué n'étant appelé qu'à la faveur du droit prétorien n'a droit qu'à la *bonorum possessio secundum tabulas* (V. n° 237).

SUCCESSION AB INTESTAT

234. — *Notion générale de la succession ab intestat.* — La délation de la succession *ab intestat* soulève trois questions.

1° Il y a à rechercher d'abord quand s'ouvre la succession *ab intestat*. Il en est ainsi lorsque le défunt n'a pas laissé de testament ou lorsque son testament est devenu inefficace *jure civili* pour l'une des causes énumérées ci-dessus. On voit par là que le moment de la délation de la succession *ab intestat* ne coïncide pas nécessairement avec le jour du décès, car l'inefficacité du testament peut n'être pas reconnue immédiatement (pr. Inst., *De hered. quæ ab intest. defer.*, III, 1).

2° En second lieu, on doit déterminer la capacité requise pour pouvoir laisser une succession *ab intestat* ou la recueillir. Or, l'organisation des successions *ab intestat* étant l'œuvre du droit civil, on en conclut que cette capacité n'appartient qu'aux seuls citoyens. Ajoutons que ceux-là seulement peuvent laisser une succession *ab intestat* qui ont un patrimoine et, par conséquent, sont *sui juris*.

3° Vient enfin la question de savoir quelles personnes sont appelées par la loi à recueillir l'hérédité *ab intestat*, quels sont les *heredes legitimi*. Cette question, la plus importante, mérite seule d'assez longs développements.

C'est aux membres de la famille du défunt que doivent revenir

(7) On a vu (V. n° 230, note 13) que la femme qui a testé *sine auctore tutore* fait aussi un testament *injustum*, mais que le préteur donne aux héritiers la *bonorum possessio secundum tabulas*.

les biens. Les idées juridiques romaines ont donc subi forcément ici le contre-coup des variations qui se sont produites dans la notion de la famille. Quatre systèmes ont été successivement ou simultanément en vigueur depuis la loi des XII Tables jusqu'à Justinien. 1° C'est d'abord le système du droit civil ancien, consacré expressément par la loi des XII Tables. 2° A côté de lui, a surgi pour le compléter et le corriger le système de l'édit prétorien ou des *bonorum possessiones*. 3° Les sénatusconsultes et les constitutions de l'époque impériale continuent et développent l'œuvre du préteur. 4° Les Nouvelles de Justinien couronnent ce long travail de transformation, elles consacrent les droits si longtemps méconnus de la parenté naturelle.

On se contentera dans cet exposé d'étudier l'hypothèse normale, celle d'une succession *ab intestat* laissée par une personne qui ne doit sa qualité de *sui juris* ni à un affranchissement ni à une émancipation⁽¹⁾.

*Premier système : Système du droit civil ancien
ou des XII Tables.*

235. — *Diverses classes d'héritiers.* — Sur ce point, comme sur tant d'autres, la loi des XII Tables ne fit que consacrer les principes du droit coutumier antérieur. Elle appelait en effet à la succession, les membres de la famille civile, sans tenir aucun compte des liens du sang et de la parenté naturelle. Mais, abandonnant les idées anciennes sur la propriété familiale collective, la loi ne déférait pas les biens à la famille envisagée en bloc, comme formant une unité. Elle appelait successivement plusieurs ordres d'héritiers, formant dans le sein de la famille civile des groupes distincts, de plus en plus éloignés du défunt. En première ligne venaient les *heredes sui*, à leur défaut les *agnati*, à défaut de ceux-ci la *gens* : *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento* (Ulp., *Reg.*, XXVI, 1 ; *Collat. leg. mosaïc.*, XVI, 4, § 4).

1° *Premier ordre d'héritiers : heredes sui.* — Les *heredes sui* sont les personnes qui, placées au jour du décès sous la puissance immédiate du défunt ont été par sa mort rendues *sui juris* : ses enfants *primo gradu*, sa femme *in manu*, ses petits-enfants nés d'un fils prédécédé ou émancipé, pourvu dans ce dernier cas qu'ils fus-

234. — (1) Les règles de la dévolution sont plus compliquées lorsque le défunt est un affranchi ou un émancipé, et elles sont restées sans influence sur le droit successoral moderne. Nous laisserons également de côté les cas de successions dites irrégulières.

sent nés avant l'émancipation (G. III, 2, 3). Sont également *sui heredes*, les personnes qui, au jour du décès, ne se trouvaient pas sous la puissance immédiate du défunt, mais qui y auraient été placées au jour de la délation, si le *pater* avait vécu jusqu'à ce moment (1). La loi ne faisait aucune distinction parmi les *sui* entre les hommes et les femmes. Celles-ci d'ailleurs, placées en tutelle perpétuelle, ne pouvaient dissiper au préjudice de leurs agnats les biens qui leur revenaient de la succession paternelle.

En appelant en première ligne les *sui*, la loi ne faisait que reconnaître un droit antérieur au décès du *pater*. Les *sui* sont avec le *pater*, copropriétaires des biens familiaux. Le *pater* venant à mourir, il n'y a pas en réalité succession, ce qui impliquerait l'idée d'un changement, d'un étranger venant à la place du défunt. Les *sui*, déjà propriétaires, continuent à rester tels (V. n° 35) (2). Ce sont des *domestici heredes* (G. II, 157). Cette notion explique la façon dont l'hérédité légitime est répartie entre les *sui* et acquise par eux.

1° Les *sui* ayant tous été durant la vie du *pater* copropriétaires au même titre, ont après sa mort des droits égaux sur son patrimoine. Si donc il y a plusieurs *sui* au même degré, la succession se partage entre eux par têtes, *per capita*. S'il y a des *sui primo gradu*, venant concurremment avec des *sui secundo gradu*, ces derniers prennent la part de leur père, et la succession se partage alors *per stirpes* (3). 2° Le *suus* appelé ne réalisant pas une acquisition, mais reprenant l'administration de biens qui étaient siens, est héritier nécessaire, c'est-à-dire que l'hérédité lui est acquise sans qu'il ait à manifester sa volonté, à son insu par conséquent et même malgré lui (V. n° 246).

2° *Deuxième ordre d'héritiers : agnats.* — A défaut de *sui*, la succession était déferée aux agnats. Ici non plus on ne faisait aucune distinction entre les hommes et les femmes, mais une coutume postérieure décida que seules, parmi les agnates, les sœurs (sœurs consanguines) pourraient venir à la succession (4) (G. III, 14, 23). Mais les agnats ne sont pas tous appelés simultanément.

235. — (1) Cela tient à ce que la délation de la succession *ab intestat* ne coïncide pas toujours avec le jour du décès (V. n° 234).

(2) La façon dont s'exprimait la loi des XII Tables en est une preuve manifeste. Elle subordonne la transmission du patrimoine à l'absence de *sui* et semble ne faire commencer la succession qu'aux agnats : *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*, etc. (*Adde*, 11. Dig., *De liberis et post.*, XXVIII, 2, Paul).

(3) Il en était de même, lorsque tous les fils *primo gradu* étant prédécédés, il ne restait plus que des *nepotes* issus d'eux (G. III, 8).

(4) Cette exclusion fut inspirée par une raison de défiance semblable à celle qui dicta la loi Voconia (V. n° 231, note 3).

La succession n'est déférée qu'à l'agnat le plus proche en degré, *proximus agnatus*. S'il y a plusieurs agnats de ce degré, la succession se partage entre eux par têtes, *per capita*, par exemple entre plusieurs frères et sœurs, ou entre plusieurs neveux de divers frères prédécédés. L'agnat le plus proche exclut toujours l'agnat le plus éloigné : ainsi le frère qui est au second degré exclut les enfants du frère prédécédé, qui sont au troisième et ne viennent pas prendre la place de leur père.

Bien que rattachés à un même auteur, les agnats forment autant de branches distinctes. Ce sont des parents qui, loin d'avoir toujours vécu en commun, sous la puissance d'un *pater*, ont eu déjà une existence et des patrimoines séparés. Aussi, la succession de l'agnat décédé qui leur est offerte est-elle pour eux une véritable acquisition qu'ils sont libres de refuser. A la différence des *sui heredes*, ils font partie des héritiers volontaires (V. n° 246). Puisque la succession ne leur est pas nécessairement acquise, que deviendra-t-elle s'ils font défaut ? Va-t-elle être offerte à l'agnat ou aux agnats du degré subséquent ? On aurait dû l'admettre. Il n'en fut rien. Cette dévolution de degré à degré, *successio*, était jugée impossible et la succession non recueillie par le *proximus agnatus* était immédiatement déférée à l'ordre des *gentiles* (5).

3° *Troisième ordre d'héritiers : gentiles*. — Ici reparaît, pour être appliqué dans toute sa rigueur, le principe ancien de la copropriété familiale. A défaut du *proximus agnatus*, on appelle, non pas tel ou tel *gentilis*, mais la *gens* tout entière (G. III, 17) (V. n° 44).

Ce règlement de la succession *ab intestat*, encore empreint de l'esprit du droit primitif, est resté à peu près intact jusqu'aux temps de Justinien. Les quelques modifications dont il a été l'objet n'ont porté que sur le détail. Le droit prétorien lui-même n'a pas osé déranger l'économie du plan primitif. Et pourtant les imperfections de ce régime ne tardèrent pas à se révéler. A mesure que se transformait la notion de la famille, le désaccord s'accroissait entre le régime légal de transmission des biens et les mœurs nouvelles. C'est qu'en effet la loi n'avait tenu compte ni de la parenté par le sang, ni des affections naturelles. Ainsi, dans le

(5) C'est la règle : *in hereditate legitima successioni locus non est* (G. III, 12; Paul, *Sent.*, IV, 8, § 23). Elle est postérieure aux XII Tables, et fut l'œuvre de l'*interpretatio* cherchant déjà à battre en brèche les droits des parents civils. En écartant les agnats quelque peu éloignés, on favorisait la prise de possession des biens par des cognats plus proches et on leur assurait ainsi le bénéfice de la *bonorum possessio* (V. n° 236).

premier ordre d'héritiers, on appelait les enfants adoptifs et on excluait les émancipés et les *nepotes ex filia*. Dans l'ordre suivant, les agnats les plus éloignés étaient préférés aux simples cognats, même plus proches. Enfin, l'admission des *gentiles* avait pour résultat d'attribuer les biens à des personnes qui n'étaient unies au défunt que par les liens de la parenté la plus problématique⁽⁶⁾.

De fort bonne heure le droit civil lui-même songea à remédier aux inconvénients qu'on vient de signaler. L'une des plus anciennes et des plus importantes tentatives faites dans ce but date de l'époque où fut reconnue la liberté de tester. En permettant au *pater* de faire un testament et d'y instituer un héritier, on lui donnait le moyen d'écartier les membres de la famille civile, de faire échec aux successeurs *ab intestat* au profit d'une ou plusieurs personnes de son choix (V. n° 228). Mais c'était le préteur qui devait porter des coups plus sensibles au système des successions *ab intestat* du droit civil. Tout en le confirmant sur certains points, il allait tout à la fois agrandir son cercle d'application et tenter de corriger ses plus criantes iniquités (G. III, 18, 25).

*Deuxième système : Système prétorien
ou des Bonorum possessiones.*

236. — *Idée générale du système. — Histoire de son développement.* — Le régime successoral nouveau se dessine déjà dans ses grandes lignes à l'époque de Cicéron. Dès lors, il reste distinct du système du droit civil, avec lequel il finit par se fondre sous Justinien (1). A l'époque de son plein développement, il peut se résumer en quelques règles fort simples.

Lorsqu'un individu vient à mourir, le préteur défère sa succession soit aux personnes que le défunt a instituées dans un testament valable *jure prætorio*, soit, à défaut de testament, à celles que le

(6) La situation de la femme est singulièrement sacrifiée (G. III, 23, 24). Comme elle ne laisse pas d'*heredes sui*, ses enfants sont exclus de sa succession, à moins qu'elle ne soit mariée avec *manus*, eas auquel ils viennent comme agnats les plus proches. D'autre part, la mère ne peut venir à la succession de ses enfants, car elle n'est ni *heres sua*, ni agnate, sauf le cas de *manus* où elle vient en qualité d'agnate. Elle n'est pas non plus appelée à la succession du mari, à l'exception du cas où elle est *in manu*. Enfin, les femmes agnates sont exclues de la succession de leurs agnats, à l'exception des sœurs consanguines (V. n° 235, note 4).

236. — (1) V. May et Becker, *Institutions du droit privé de Rome*, n° 123. Cicéron connaît déjà les *bonorum possessiones* : *secundum tabulas, unde legitimi, unde cognati*, V. Girard, *Manuel élément.*, pp. 802, 837-839.

préteur lui-même désigne suivant un certain ordre de préférence. Le successeur auquel la succession est ainsi offerte n'est pas héritier selon le droit civil, il n'a pas droit au titre d'*heres* : *Prætor heredes facere non potest* (G. III, 32). Aussi n'a-t-il pas le *dominium* des choses corporelles héréditaires et n'est-il pas non plus investi *jure civili* des créances et des dettes du défunt. Il a seulement la possession des biens, *bonorum possessio* (2). A ce titre, il n'a sur les choses corporelles que l'*in bonis habere* (V. n° 111), et il ne peut poursuivre les débiteurs héréditaires ou être poursuivi par les créanciers de la succession que par voie d'actions utiles. Mais le préteur lui assure la sanction du droit dont il l'investit. Il lui donne l'interdit possessoire appelé interdit *quorum bonorum* et une action *in rem*, la *petitio hereditatis possessoria*, voie pétitoire calquée sur la pétition d'hérédité du droit civil (V. nos 306, 297).

Cette théorie, cela est certain, n'a pu se constituer que progressivement. Mais il est impossible, dans l'état actuel des sources, de préciser le point de départ de la réforme prétorienne et de la suivre avec pleine certitude dans ses étapes successives. Une restitution conjecturale de cette évolution n'est point ici hors de propos (3).

Le préteur a dû commencer par donner la *bonorum possessio* à des personnes déjà investies *jure civili* du droit de venir à la succession, par exemple à un institué, aux *sui*, aux agnats. Les héritiers du droit civil y trouvaient l'avantage que tout propriétaire peut avoir à se prévaloir non de son titre, toujours difficile à prouver, mais de sa qualité de possesseur (V. n° 77). Investis en effet d'une voie possessoire, l'interdit *quorum bonorum*, les héritiers commençaient par se faire mettre en possession des biens héréditaires, sans avoir besoin de prouver leur qualité d'héritiers. Une fois en possession, ils avaient le rôle de défendeurs et pouvaient repousser tous ceux qui ne prouvaient pas avoir sur l'hérédité des droits supérieurs aux leurs. En accordant la *bonorum possessio* dans ces hypothèses, le préteur ne faisait donc que reconnaître les droits des héritiers du droit civil, tout en leur facilitant les moyens de les défendre. Aussi, la *bonorum possessio* était-elle donnée ici *confirmandi juris civilis causa* (G. III, 33 b, 34).

(2) L'opposition entre le système du droit civil et le système prétorien s'accuse même dans les mots. L'hérédité du droit civil ancien s'appelle *familia*. L'Édit ne connaît que les biens, *bona*.

(3) Pour les diverses conjectures proposées, V. Sohm, *Institutionen*, § 110; Girard, *Manuel élément.*, pp. 786-789. Celle qui est admise au texte paraît bien en harmonie avec la marche suivie par le préteur chaque fois qu'il a eu à mettre le droit civil en accord avec les besoins nouveaux (V. n° 10). Elle est admise par la généralité des interprètes actuels.

Le préteur fut amené à conférer le même avantage à des personnes que le droit civil n'avait pas admises dans ses cadres d'héritiers, mais qui, à défaut d'héritiers civils, paraissaient dignes de recueillir les biens, à raison des liens de parenté qui les unissaient au défunt. Ici le préteur, bien qu'il ne confirmât pas le droit civil, ne se mettait pas en opposition avec lui; il ne faisait que le compléter, étendre le cercle trop étroit de ses prévisions; la *bonorum possessio* était donnée, *supplendi juris civilis causa* (§ 2. Inst., *De bon. poss.*, III, 9) (4).

Plus tard seulement le préteur devint plus hardi. Il appela à la *bonorum possessio* des personnes que le droit civil excluait formellement de la succession. Il se posait alors en réformateur du droit civil, il cherchait à corriger ses iniquités. La *bonorum possessio* était accordée dans ces hypothèses, *corrigendi juris civilis causa* (pr. Inst., *De bon. poss.*, III, 9).

Ainsi s'établit progressivement un régime successoral nouveau, complet dans toutes ses parties, symétrique à la législation du droit civil. Mais, gardien vigilant des principes, le préteur hésita longtemps à sacrifier les héritiers, appelés par l'antique loi civile, aux successeurs qu'il avait entrepris de protéger. En présence d'un *heres*, le *bonorum possessor* ne peut garder les biens. L'attribution qui lui en a été faite n'est que provisoire. Sa possession n'a que la valeur d'une mesure procédurale destinée à régler intérimairement une situation qui doit se dénouer tôt ou tard en faveur du véritable titulaire. Que celui-ci se présente et intente la *petitio hereditatis*, il devra l'emporter; la possession des biens devra être restituée à celui qui a seul le titre vrai l'autorisant à la garder. Dans les débuts du système, le conflit entre l'*heres* et le *bonorum possessor* devait donc toujours tourner à l'avantage du premier. L'*heres* pourra sûrement évincer le *possessor* et réduire à néant sa vocation. Aussi disait-on que la *bonorum possessio* était *sine re* (G. II, 148, 149; Ulp., *Reg.*, XXVIII, 13). Peu à peu cependant le préteur s'enhardit. Il donna au *bonorum possessor* une possession plus stable en le mettant à l'abri de la réclamation de l'héritier. Il lui permit de repousser la *petitio hereditatis* par l'*exceptio doli*. La *bonorum*

(4) Outre les avantages de la possession, la *bonorum possessio* assurait ici à ceux qui l'avaient obtenue le bénéfice de l'usucapion, quand ils avaient possédé les biens pendant le laps de temps requis. Mais on réservait les droits des héritiers civils qui se présenteraient avant l'accomplissement de l'usucapion. Il y avait donc ici une sorte d'*usucapio pro herede* (V. n° 92, note 10) mais plus savamment et surtout plus équitablement organisée. Au lieu de laisser le premier venu s'emparer des choses de la succession, le préteur accordait la *bonorum possessio* en connaissance de cause, à ceux qui lui paraissaient en être dignes.

possessio devenue ainsi pleinement efficace, assurait au successeur prétorien toutes les réalités du droit héréditaire, sauf le titre. Elle était donnée *cum re* (G. II, 120).

Il est vraisemblable que dans le principe, la *bonorum possessio* n'a dû être *cum re* que lorsqu'elle était obtenue par l'*heres* lui-même, par conséquent quand elle était donnée *confirmandi juris civilis causa*. Les ménagements qui s'imposaient au préteur dans son œuvre d'amélioration réformatrice durent s'opposer longtemps à l'extension de la *bonorum possessio cum re*. Puis ces cas devinrent plus fréquents. C'est sur ce terrain surtout qu'il serait intéressant de suivre pas à pas la lutte engagée par le droit prétorien contre le droit civil. Elle n'était pas encore terminée sous les Antonins (5). Elle s'acheva lentement après eux. Ainsi, sur ce point comme sur d'autres, s'acheva la fusion de la succession prétorienne avec l'hérédité (V. n° 249).

237. — *Division des bonorum possessiones.* — De même que l'hérédité, la *bonorum possessio* est déférée en vertu du testament du défunt ou *ab intestat*. A l'exemple de la loi des XII Tables, le préteur réserve ses préférences à la succession testamentaire. Les *bonorum possessiones ex testamento* viennent dans son édit avant les *bonorum possessiones intestati* (1, pr. Dig., *Si tabulæ test.*, XXXVIII, 6, Ulp.).

I. *Bonorum possessiones testamentaires.* — Elles sont au nombre de deux. 1° C'est d'abord la *bonorum possessio secundum tabulas*. Le plus souvent, on l'a vu, elle a pour effet de rendre efficace *jure prætorio* un testament *injustum* par suite de l'inobservation des formes, de l'incapacité du testateur ou de l'institué (V. n° 233). Elle est donnée alors *corrigendi juris civilis causa* (1). Mais rien n'empêchait un héritier institué dans un testament valable *jure civili* de la demander à raison des avantages qu'elle conférait. Seulement, il fallait pour cela que le testament où il était institué fût également valable *jure prætorio*. Dans ce cas, elle était donnée *confirmandi juris civilis causa*. 2° La deuxième *bonorum possessio* testamentaire est appelée *bonorum possessio contra tabulas*. Il en sera question plus loin (V. n° 242).

II. *Bonorum possessiones ab intestat.* — En l'absence de tes-

(5) Les Institutes de Gaius sont précisément de cette époque de transition (G. II, 119, 120, 121, 148, 149; III, 36, 37). *Adde*, Accarias, t. I, nos 461, 462; Girard, *Manuel élément.*, pp. 879, 880.

237. — (1) Cette *bonorum possessio* est demeurée *sine re* jusqu'au règne d'Antonin le Pieux (G. II, 120).

tament, ou lorsque le testament était dépourvu d'effet, le préteur appelait diverses classes de successeurs *ab intestat*, en suivant un ordre réglé à l'avance par l'Édit : 1° Les *liberi*, auxquels le préteur donnait la *bonorum possessio unde liberi*. 2° Les *legitimi* ayant droit à la *bonorum possessio unde legitimi*. 3° Les cognats, auxquels était déférée la *bonorum possessio unde cognati*. 4° L'époux survivant qui avait droit à la *bonorum possessio unde vir et uxor* (1, pr. Dig., *Quis ordo*, XXXVIII, 15, Modest.).

Entre ces divers ordres de successeurs, l'Édit admettait la dévolution d'ordre à ordre (2). S'il ne se présentait personne de la première classe pour demander la *bonorum possessio*, le droit de la réclamer passait aux successeurs de la seconde, et ainsi de suite. Une même personne pouvait d'ailleurs y être appelée à divers titres. Si donc elle avait négligé de la demander dans une classe de successeurs, elle était admise encore à la réclamer comme faisant partie de la classe suivante.

238. — *Des divers ordres de bonorum possessores ab intestat.*

— 1° *Premier ordre : Liberi, et bonorum possessio unde liberi.*

— L'ordre des *liberi* comprend un certain nombre de descendants du défunt que le préteur appelle en première ligne pour se conformer à l'ordre des affections naturelles. Dans cette classe, figurent d'abord les *sui*, et en leur déférant la *bonorum possessio unde liberi*, le préteur ne fait que confirmer le droit civil (G. III, 34). Mais il va plus loin, il le corrige, en octroyant cette même *bonorum possessio* aux enfants émancipés que le droit civil excluait de l'hérédité puisqu'ils avaient cessé d'être *sui*.

Cette admission de l'émancipé au rang des successeurs *ab intestat*, à côté des *sui*, était la conséquence des changements qui s'étaient accomplis dans les mœurs. L'émancipation n'emportait plus comme autrefois une pensée de déchéance, elle était regardée comme une faveur. Interprète des idées nouvelles, le préteur pouvait présumer que l'émancipation avait eu lieu, non pour nuire à l'enfant, mais dans son intérêt. Il pouvait le considérer comme étant resté dans la famille (V. n° 52). Aussi, l'émancipation était-elle rescindée et tenue comme non avenue (G. III, 26). L'émancipé n'était plus il est vrai un *suius*, mais il avait la qualité et les droits d'enfants, *liber*. L'émancipation n'avait pu les lui enle-

(2) La partie de l'Édit qui consacrait la dévolution d'ordre à ordre s'appelait *successorium edictum*. En reconnaissant la dévolution d'un ordre à l'autre, le préteur avait donc simplement suivi l'exemple du droit civil.

ver. Il était appelé, *corrigendi juris civilis causa*. Le partage entre les *sui* et les émancipés se faisait soit par têtes, soit par souches, suivant les règles admises en droit civil pour les *sui* (V. n° 235) (1).

Ainsi le préteur élargissait le cercle des personnes appelées en première ligne à recueillir les biens. Aux *sui* véritables il assimilait certains descendants; il en faisait des *sui* fictifs. Il ne tenait donc plus compte de la *patria potestas* et du rapport de parenté civile qu'elle engendre (2). Mais il n'osa pas déduire toutes les conséquences de cette idée nouvelle. Les enfants ne sont pas admis comme *liberi* à la succession de leur mère, ni les *nepotes ex filia* à la succession de leur aïeul maternel.

2° *Deuxième ordre : Legitimi, et bonorum possessio unde legitimi.* — Le préteur appelait en second lieu, tous ceux auxquels la loi des XII Tables et le droit civil postérieur déféraient l'hérédité légitime (2, § 4. Dig., *Unde legitimi*, XXXVIII, 7, Ulp.). C'étaient les *legitimi* et il leur offrait la *bonorum possessio unde legitimi*. Elle pouvait être demandée par les *sui* qui avaient laissé passer les délais sans réclamer la *bonorum possessio unde liberi*, puis par les agnats, enfin par les *gentiles* (G. III, 34). Le préteur ne faisait donc que confirmer le droit civil; cette *bonorum possessio* était toujours *confirmandi juris civilis causa* (3).

3° *Troisième ordre : Cognati, et bonorum possessio unde cognati.* — Après les *legitimi*, le préteur offre la *bonorum possessio* aux cognats, c'est-à-dire aux parents naturels, *quos sanguinis ratio vocat ad hæreditatem* (2. Dig., *Unde cognati*, XXXVIII, 8, Gaius). Ici le préteur ne confirme pas le droit civil, puisque les cognats ne sont pas héritiers légitimes. D'autre part, il ne le contredit pas non plus, puisqu'il n'appelle les cognats qu'à défaut de *liberi* et de *legitimi*. La *bonorum possessio unde cognati* est donc donnée *supplendi juris civilis causa* (4). Mais ce sont seulement les plus

238. — (1) A partir de quel moment la *B. P. unde liberi* devint-elle *cum re* au profit des émancipés? Les textes sont muets sur ce point. Le préteur a dû songer de bonne heure à leur assurer cette protection sans laquelle sa réforme risquait de rester incomplète.

(2) Le préteur donne également la *B. P. unde liberi* à l'enfant qui était sorti de la famille à la suite d'une adoption et qui avait été émancipé par son père adoptant avant le décès du père naturel. On le considérait fictivement comme ayant été émancipé par ce dernier.

(3) Elle est toujours *cum re*, puisqu'elle est donnée aux héritiers du droit civil. L'Edit n'a d'ailleurs introduit ici aucun héritier nouveau; il ne rescinde pas l'émancipation et n'admet pas les frères et sœurs émancipés au rang des *legitimi*.

(4) Il est possible qu'au début cette *B. P.* ait été *sine re*, le préteur voulant toujours réserver les droits d'un héritier civil, s'il s'en présentait un. Puis, l'institution s'étant régularisée et les cognats n'étant appelés qu'à défaut de *sui* et de *legitimi*,

proches parmi les cognats qui y sont appelés. Elle était déférée d'abord aux plus proches en degré, puis, à défaut de ceux-ci, aux cognats du degré suivant, jusqu'au sixième degré inclusivement, et au septième aux enfants de cousins et cousines issus de cousins germains, *sobrino, sobrinave nati*. Au delà, les cognats sont trop éloignés pour qu'on puisse présumer que le défunt a pu songer à eux. Quand il y avait concours entre cognats du même degré, ils partageaient par tête.

Il est des cognats pour qui la *bonorum possessio* n'est guère qu'une ressource suprême à laquelle ils ont recours lorsqu'ils n'ont pas pu profiter des *bonorum possessiones* précédentes. Tels sont les *sui*, les personnes assimilées aux *sui* par le préteur, et les *legitimi*. Mais pour d'autres elle est plus qu'un secours subsidiaire, elle est l'unique moyen d'arriver à la succession. Aussi est-ce évidemment à ces derniers qu'a songé le préteur lorsqu'il introduisit cette application de la *bonorum possessio* (5). Parmi eux citons : les enfants venant à la succession de leur mère, la mère venant à celle de ses enfants, les enfants des filles venant à la succession de l'aïeul maternel, et d'une façon générale tous les parents par les femmes, comme les frères et sœurs utérins.

4° *Quatrième ordre : Époux survivant; bonorum possessio unde vir et uxor.* — A défaut de cognats, le préteur appelait en dernière ligne l'époux survivant, à condition qu'il fût uni par les *justæ nuptiæ* à l'époux décédé, et que cette union n'eût pas été rompue par le divorce. Tant que la *manus* exista, cette *bonorum possessio* n'eut aucune raison d'être. La femme veuve venait en effet comme *sua* à la succession du mari, et, si elle mourait la première, elle ne laissait pas de patrimoine. Dans les unions sans *manus*, l'époux survivant n'avait aucun titre à recueillir la succession de son conjoint. Lorsque ces unions devinrent les seules pratiquées, le conjoint survivant n'eut plus aucun droit de succession. Par faveur, le préteur l'admit au rang des successeurs, mais après tous les cognats. La *bonorum possessio unde vir et uxor* elle aussi est donc *supplendi juris civilis causa* (6).

la *B. P.* fut sans doute donnée *cum re*, aucun conflit n'étant possible entre les successeurs prétoriens et les héritiers.

(5) L'idée d'appeler les cognats avait été suggérée au préteur par le droit civil lui-même. Déjà, en effet, aux époques les plus anciennes, l'usage et les mœurs reconnaissaient quelque effet à la parenté naturelle. Sous le nom de *propinqui*, les cognats font partie du tribunal domestique, et certaines lois, la *lex Furia*, la *lex Cincia*, tout en proscrivant les libéralités excessives, exceptent de leurs prohibitions les *proximi cognati* (V. nos 168, 258). Nous verrons les lois caducaires traiter les cognats avec la même faveur (V. n° 251).

(6) La législation impériale n'assigna pas un meilleur rang à l'époux survivant, et il

Troisième système : Système de l'époque impériale. Sénatusconsultes et constitutions impériales.

239. — Le droit prétorien n'avait pas osé attaquer de front la prééminence de la famille civile, base du système successoral ancien. Les agnats les plus éloignés étaient toujours préférés aux simples cognats, même plus proches. Mais ce que le préteur ne pouvait faire, le droit impérial l'accomplit. Deux sénatusconsultes de la seconde moitié du II^e siècle, à leur suite plusieurs constitutions, admirent certains cognats privilégiés, tant de la ligne directe que de la ligne collatérale, au rang des agnats et même des *sui* (1). Les empereurs ne créèrent donc pas, en réalité, un régime successoral nouveau. Ils respectèrent l'ancienne classification des héritiers, mais ils y firent figurer des personnes que le droit civil avait exclues jusque-là. Ils continuaient ainsi le travail de destruction lente qui devait aboutir à la ruine de la famille agnatique.

1^o *Sénatusconsultes.* — Les sénatusconsultes dont on vient de parler règlent les rapports respectifs de la mère et des enfants au point de vue de la succession *ab intestat*.

a) *Sénatusconsulte Tertullien.* — Ce sénatusconsulte de l'époque d'Hadrien, admettait la mère en qualité d'agnate à la succession de ses enfants, alors qu'auparavant elle n'y pouvait venir que comme cognate. Mais il lui préférait les frères venant seuls ou en concours avec des sœurs. Lorsqu'il n'y avait que des sœurs, la mère concourait avec ces dernières. Elle excluait d'ailleurs tous les autres agnats (Ulp., *Reg.*, XXVI, 8; Dig., *Ad Sct. Tertull.*, XXXVIII, 17) (2). Toutefois, désireux de favoriser la repopulation de l'empire, le sénatusconsulte n'admettait la mère à succéder à ses enfants que si elle avait le *jus liberorum*, c'est-à-dire trois ou quatre enfants, suivant qu'elle était ingénue ou affranchie. Aussi ne se préoccupait-on pas s'ils étaient légitimes. C'était là une im-

est probable que si notre loi moderne lui a conservé cette place peu privilégiée parmi les successeurs *ab intestat*, cela tient en grande partie à l'influence persistante de la tradition romaine (V. C. civ., art. 767). Mais une loi du 9 mars 1891 est venue modifier l'art. 767, C. civ., dans un sens plus favorable à l'époux survivant.

239. — (1) Ces deux sénatusconsultes et les constitutions qui les ont suivis font partie du *jus civile* nouveau, ou *jus novum* dont le caractère a été indiqué plus haut (V. n^o 12). On a signalé (note 10, *ibid.*), le changement de style que constatent les fragments conservés de ces deux documents. Le sénat parle le langage des lois, il crée des *heredes legitimi*, il fait directement du *jus civile*.

(2) Ainsi, dès le second siècle, on songe à admettre les ascendants au même rang que les collatéraux privilégiés. Cette idée sera reprise plus tard par Justinien dans sa législation des Nouvelles (V. n^o 240).

portante réforme. A raison du lien naturel qui unit la mère à l'enfant, on faisait d'elle une *heres legitima*, préférée à tous les cognats avec lesquels jusqu'alors elle était restée confondue (3).

b) *Sénatusconsulte Orphitien*. — Ce sénatusconsulte est de Marc-Aurèle et Commode. Il appelle les enfants à la succession de leur mère, à titre d'agnats et au premier rang dans cet ordre. Il les considère donc comme des *sui*, alors qu'autrefois ils ne pouvaient succéder que *jure prætorio*, en qualité de cognats. Mais comme leur vocation est fondée sur les liens du sang, on n'exige pas qu'ils soient nés *ex justis nuptiis* (Ulp., *Reg.*, XXVI, 7; Dig., *Ad sct. Tertull.*, XXXVIII, 17).

2° *Constitutions impériales*. — Entre ces deux sénatusconsultes et les Nouvelles de Justinien qui ont transformé complètement la législation successorale *ab intestat*, près de quatre siècles s'écoulèrent. Durant ce temps, diverses constitutions impériales continuèrent l'œuvre inaugurée par les Antonins, admettant certains cognats au nombre des héritiers civils, soit au rang des agnats, soit même parmi les *sui*. Il semble inutile de donner ici une énumération complète de ces dispositions. Citons, parmi les plus importantes, celle qui donna aux *nepotes ex filia* le droit de venir comme *sui* à la succession de leur aïeul maternel, aux lieu et place de leur mère prédécédée (Valentinien II, Théodose et Arcadius), et les constitutions admettant au nombre des *legitimi* les frères et sœurs émancipés, les frères et sœurs utérins (Anastase, Justinien).

Quatrième système : Système des Nouvelles 118 et 127 de Justinien.

240. — Ces réformes n'avaient fait qu'entamer à peine l'organisation ancienne. Un changement plus complet du régime légal des successions devenait nécessaire. Il avait été de longue date préparé par les mœurs. Ce fut l'œuvre des Nouvelles 118 et 127 de Justinien (Ann. 543, 547). Des principes nouveaux furent posés, les droits de la parenté naturelle furent définitivement reconnus, et un régime successoral simple, bien coordonné, succéda à la législation complexe que l'effort des siècles avait édifiée.

On peut résumer, ainsi qu'il suit, les principes de ce nouveau droit. 1° Pour régler le sort des biens, la loi se substitue au défunt. Elle tient compte de ses affections présumées. Les biens revien-

(3) *Heres* du droit civil elle a droit également à la *bonorum possessio unde legitimi*.

ment à la famille, non pas en vertu d'un droit de copropriété préexistant, mais parce que la loi présume que le défunt en aurait disposé de la façon dont elle en dispose elle-même (1). 2° Toute distinction entre l'agnation et la cognation est supprimée. La succession n'est plus réglée sur la parenté civile, mais sur la parenté naturelle. A cet égard, Justinien ne fait que consacrer un résultat depuis longtemps préparé par les progrès du droit (2). 3° Aucune différence n'est faite entre les héritiers, à raison du sexe. L'exclusion des agnates disparaît. 4° Toute différence est supprimée au point de vue des effets, entre l'hérédité et la *bonorum possessio*. Les successeurs viennent tous au même titre, en qualité d'*heredes* du droit civil. Ici encore, Justinien ne fait que sanctionner une pratique antérieure (V. n° 249).

Voici maintenant les diverses classes d'héritiers appelés par les Nouvelles et l'ordre de préférence qu'elles consacrent : 1° les descendants, *descendentes* ; 2° les ascendants, *ascendentes* ; 3° les collatéraux, *ex latere venientes* (V. C. civ., art. 731). Cette division en trois ordres et ces dénominations nouvelles sont la preuve irrécusable du changement profond qui s'était opéré dans les idées juridiques relatives à la dévolution de la succession *ab intestat*.

1° *Descendants*. — En première ligne viennent les descendants, c'est-à-dire tous ceux qui, à quelque degré que ce soit, descendent du défunt. L'expression *descendens* indique que désormais on ne tient plus compte de la *patria potestas*, mais uniquement des liens du sang. De là résulte que les descendants sont appelés non seulement à la succession du père, mais aussi à celle de la mère, ainsi qu'à celle de tous les ascendants de la ligne paternelle ou maternelle. De même, le descendant succède, quel que soit son sexe et son degré, qu'il soit descendant *per masculos* ou *per feminas*. La succession se partage par têtes ou par souches, suivant les distinctions admises autrefois pour les *sui* (V. n° 235) (V. art. 745, C. civ.).

2° *Ascendants*. — C'est dans cet ordre que Justinien consacre les plus grandes nouveautés. Les principes admis par la Nouvelle 118 peuvent se ramener aux trois propositions suivantes : 1° Les ascendants ne sont appelés qu'à défaut de descendants, mais sans

240. — (1) On voit qu'en définitive la nouvelle notion de la succession *ab intestat*, est le contrepied de celle qui avait prévalu dans le principe. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 817.

(2) La rubrique de la Nouvelle 118, montre bien que tel est le résultat principal que consacre la législation nouvelle : *De heredibus ab intestato venientibus et de agnatorum jure sublato*.

distinction de sexe ou de degré. 2° Les plus proches dans une même ligne excluent toujours les plus éloignés. Ainsi la mère exclura son propre père. 3° Les ascendants sont obligés de subir le concours des frères et sœurs germains, avec lesquels ils partagent *per capita*. Mais lorsqu'il n'y a pas de frères et sœurs germains, le partage a lieu par lignes. La succession se divise alors en deux parts égales, moitié pour les ascendants de la ligne paternelle, moitié pour ceux de la ligne maternelle. Dans chaque ligne, le partage se fait par têtes entre les ascendants de même degré, le plus proche en degré excluant toujours le plus éloigné. Dans le cas où tous les ascendants appartiennent à la même ligne, le partage a lieu par têtes entre ceux qui sont du même degré (V. art. 733, C. civ.).

3° *Collatéraux*. — Justinien distingue deux classes de collatéraux : les collatéraux privilégiés et les collatéraux ordinaires. 1° Les collatéraux privilégiés sont les frères et sœurs germains et leurs descendants. Seuls ils concourent avec les ascendants. Cette faveur, d'abord limitée aux frères et sœurs germains fut étendue à leurs descendants par la Nouvelle 127. Lorsqu'il n'y a pas d'ascendants, les collatéraux privilégiés ont encore un autre avantage : ils excluent les frères et sœurs consanguins et utérins, et tous autres collatéraux. Cette condition exceptionnelle constitue le *privilège du double lien* (3). 2° Les collatéraux ordinaires sont les frères et sœurs *ex uno latere*, consanguins ou utérins, et les collatéraux plus éloignés. Ici, les successibles les plus éloignés peuvent être appelés, sans aucune limitation de degrés, le plus proche excluant toujours le plus éloigné (4).

Par une série de lentes transitions, on avait donc abouti à un système bien différent du régime primitif. Ce système des Novelles est vraiment une création originale. Appliqué dans l'empire d'Orient, il a été bien vite connu en Occident. Il est devenu le droit commun des pays de la France méridionale. Ses principes simples, égalitaires, bien coordonnés conviennent parfaitement à la notion moderne de la famille. Les rédacteurs de notre loi civile n'avaient qu'à s'en inspirer pour bien faire.

(3) Notre droit moderne (art. 750, C. civ.) accorde aussi aux frères et sœurs une situation privilégiée, car ils priment les ascendants autres que les père et mère et les collatéraux ordinaires. Mais cet avantage appartient à tous les frères et sœurs, sans distinction, et par suite le privilège du double lien n'existe plus (V. art. 733, C. civ.).

(4) Après les collatéraux, Justinien appelle le conjoint survivant qui occupe, à titre de successeur irrégulier, le rang que lui assignait le droit prétorien, et forme à lui seul une quatrième classe d'héritiers (V. n° 238).

**Restrictions à la liberté de tester établies en faveur
de certains successibles ab intestat.**

Théorie de la succession contraire au testament.

241. — *Notions générales.* — La loi des XII Tables n'avait apporté aucune restriction à la faculté de tester. Pourvu que le testateur eût observé les règles de forme, ses dernières volontés devaient être respectées à l'égal d'une loi : *uti legassit... ita jus esto*. Cette liberté absolue aurait pu dégénérer en abus, puisqu'elle permettait d'instituer des étrangers au détriment de la famille légitime. Mais cet inconvénient ne pouvait guère se produire, du moins au début, tant que le peuple intervint dans la confection des testaments. L'assemblée populaire n'eût pas en effet ratifié des dispositions trop manifestement contraires aux droits des parents du testateur. Lorsque le testament devint un acte privé et secret, la dernière volonté du père de famille fut affranchie de tout contrôle légal ; mais, elle trouvait un utile contrepoids dans les mœurs. Juge domestique, le *paterfamilias* n'usait de ses pouvoirs que dans l'intérêt de la famille. S'il déshéritait ses enfants ou ses agnats, c'est qu'il les considérait comme indignes de continuer sa religion domestique, de conserver intact le patrimoine, de perpétuer les traditions des ancêtres. Ayant agi en véritable juge, il n'avait à répondre que devant sa conscience de ses décisions souveraines⁽¹⁾. Mais les mœurs anciennes s'altérèrent. Le secret dont étaient entourées les dispositions testamentaires favorisa les abus. Une réaction se dessina contre le testament. Il y eut une sorte de retour en arrière vers la coutume primitive qui admettait exclusivement la famille. Il fallut mettre des entraves à la liberté de tester. Mais ce n'est que fort lentement que l'idée de ces restrictions fit son chemin, jusqu'au moment où elle prit corps dans une théorie définitive⁽²⁾.

Tout d'abord, on se contenta d'imposer au testateur l'observation de formes spéciales, lorsqu'il voulait exclure certains de ses héritiers. Ce n'était pas là, du moins dans le principe, une gêne véritable pour les testateurs, déjà obligés de se plier à d'autres exi-

241. — (1) Dans les textes, le testament est souvent appelé *judicium* : *ne judicio quidem parentis... summoveri ab ea successione possint* (7, pr. Dig., *De bon. dam.*, XLVIII, 20, Paul).

(2) Cette réaction contre le testament est une manifestation du phénomène de régression, que la science sociologique désigne sous le nom de *loi de l'alternance*. V. des exemples : nos 226 ; 83, note 1.

gences du même genre. Toutefois, le formalisme tombant de plus en plus dans le discrédit, ces formes devaient passer pour de véritables obstacles à la liberté de tester, à raison surtout des sanctions rigoureuses attachées à leur inaccomplissement. C'est de ces restrictions de forme qu'il sera question en premier lieu (V. n° 242).

Plus tard, le mouvement de réaction s'accrut. On admit la rescision des testaments qui ne tenaient pas compte des droits des parents les plus proches, et qui par suite violaient les sentiments d'affection que l'on doit avoir à leur égard. Ces restrictions, beaucoup plus sérieuses, puisqu'elles portent sur le fond même des dispositions, seront étudiées en second lieu (V. nos 243 et suiv.) (3).

Toutes ces transformations furent, pour la plus grande partie, l'œuvre de la coutume, c'est-à-dire du droit civil. Le droit prétorien se les approprias et n'y apporta que peu de modifications. Elles sont consacrées encore mais avec de notables simplifications par le droit de Justinien.

1. — Restrictions ayant trait à la forme des dispositions.

242. — *De l'exhérédation et de l'omission des heredes sui, en droit civil et en droit prétorien.* — I. *Droit civil.* — Dès une époque certainement fort ancienne, le *pater* eut la faculté d'exhéréder dans son testament ses *sui heredes* (11. Dig., *De lib. et post.*, XXVIII, 2, Paul). Il pouvait sans les exhéréder, les omettre, c'est-à-dire ne pas les faire figurer au nombre des héritiers qu'il instituait, et cette omission avait le même effet que l'exhérédation. La coutume chercha à réagir contre cette excessive liberté. Elle conserva intacte la faculté d'exhéréder les *sui*, mais en subordonna l'exercice à certaines prescriptions de forme. L'exclusion par voie de simple omission fut interdite.

1° *Formes exigées pour la validité de l'exhérédation.* — Les formes requises pour la validité de l'exhérédation étaient destinées

(3) Selon certains auteurs récents (Sohm, *Insist.*, § 113; Salkowsky, § 187), les choses se seraient passées un peu différemment. Au début, en présence des *sui*, il n'y avait pas de testament possible. Cela eût été contraire à la notion primitive de cet acte, destiné à donner au *pater* un successeur, un continuateur du patrimoine, des *sacra*. Le *sui* est ce continuateur tout désigné. L'institution d'un autre que le *sui* est donc impossible, elle est un non-sens. Peu à peu cependant, la faculté de disposer librement de ses biens, même quand on laissait des *sui*, fut reconnue comme conséquence du principe des XII Tables : *uti legassit...* La nécessité d'exhéréder formellement les *sui* était le seul correctif apporté à cette liberté, l'unique vestige qui subsistât de leur droit de copropriété. Plus tard seulement, avec la théorie de l'inofficio, on en est revenu partiellement du moins, au principe de l'indisponibilité du patrimoine. Mais la raison qui justifie cette indisponibilité n'est plus comme jadis la copropriété de famille. Aussi les successibles qui en profitent ne sont plus exclusivement les *sui* (V. n° 243).

à s'assurer que le testateur avait l'intention arrêtée de priver les *sui* de l'hérédité paternelle. Aussi, l'exhérédation doit-elle être faite en termes impératifs : *Titius exheres esto*. Lorsqu'il s'agit d'un *filius primo gradu*, elle doit avoir lieu *nominatim*, c'est-à-dire en le désignant par son nom ou dans des termes prouvant que c'était bien lui qu'on avait visé. Pour les autres *sui* (filles et *nepotes*) on se contente d'une exhérédation *inter cæteros*, sans désignation individuelle précise, en écrivant simplement, après l'institution d'héritier : *cæteri exheredes sunt* (G. II, 127, 128)⁽¹⁾. Irrégulièrement faite, l'exhérédation équivalait à une omission. Mais, conforme aux prescriptions ci-dessus, elle était valable quels que fussent les motifs qui l'avaient dictée, et sans même que le *pater* eût besoin de les exprimer.

2° *Interdiction de l'exclusion par omission*. — L'exclusion par omission était interdite. L'omission, en effet, n'implique pas nécessairement exhérédation, car elle peut n'avoir pas été volontaire. Or, on tenait à ce qu'aucun doute ne pût s'élever sur les intentions du testateur. Plus tard d'ailleurs, lorsque les exhérédations furent devenues fréquentes, la nécessité d'une exhérédation expresse fut envisagée comme un moyen de contraindre le *pater* à réfléchir mûrement à l'acte grave qu'il allait accomplir. On comptait en effet, qu'il reculerait souvent devant une exhérédation expresse, par crainte d'avouer hautement une injustice qu'il n'eût pas hésité à commettre par voie de simple prétérition. Ajoutons qu'en leur qualité de copropriétaires du patrimoine familial, les *sui* ont des droits antérieurs à ceux de n'importe quel héritier institué (V. n° 35). Il ne suffit donc pas, pour les exclure, d'avoir désigné un héritier; il faut que par une déclaration expresse de volonté, le *pater* les ait expropriés de l'hérédité, ait déclaré leur place vacante et leurs droits abolis.

Les conséquences de l'omission (ou de l'exhérédation irrégulière), étaient différentes suivant que le *sui* omis était un *filius primo gradu* ou tout autre *sui* (fille ou *nepos*)⁽²⁾. L'omission du

242. — (1) Cette différence entre le *filius primo gradu* et les autres *sui* ne peut s'expliquer que d'une façon conjecturale. Il aurait été impossible tout d'abord d'exhérer le *filius*, car lui seul ayant mission de continuer la personne et le culte familial, doit recueillir les biens. Puis, quand on eut permis de l'exhérer, on exigea une volonté bien caractérisée, jugée inutile pour la *filia* et les *nepotes*. Cette explication cadre assez bien avec les idées exposées sous le n° 241, note 2.

(2) L'omission d'un *postumus sui* est interdite aussi bien que celle d'un *sui* ordinaire, et cela pour une raison identique. Mais elle ne produit pas le même effet. Le testament n'est pas *injustum*, il est *ruptum*, et la succession s'ouvre *ab intestat*, sans distinguer si le *postumus* omis est un *filius* ou tout autre descendant (V. nos 231, 233).

filius faisait considérer le testament, comme *injustum*, et elle donnait ouverture à la succession *ab intestat* à laquelle l'enfant omis venait en qualité de *suus* prendre la part à laquelle il avait droit (3). Tout différent était l'effet de l'omission d'un *suus* autre que le *filius*. Le testament n'est pas totalement anéanti, mais maintenu dans une certaine mesure. Le *suus* omis avait le droit de venir concurremment avec les héritiers institués, prendre une part virile s'il concourt avec des *sui*, une moitié s'il concourt avec des étrangers. Le *suus* venait donc contrairement à la volonté du testateur, et c'est pour cela que les interprètes parlent ici d'une *succession contraire au testament* (4).

II. *Droit prétorien*. — Le préteur ne fit que suivre ici le droit civil; il permit aux *sui* de réclamer contre une exhérédation irrégulière ou une omission. Mais il se montra plus large que lui en étendant sa protection à tous les *liberi*. Pour que l'exhérédation soit régulière, *jure prætorio*, elle doit être faite *nominatim* lorsqu'il s'agit de descendants mâles, quel que soit leur degré; il suffit qu'elle soit faite *inter cæteros* pour les femmes. En cas d'exhérédation irrégulière ou d'omission, le préteur donne au descendant exhérédé ou omis le droit de demander la *bonorum possessio contra tabulas* (5).

L'effet de cette *bonorum possessio* était de faire tomber les institutions d'héritier dans la mesure où elles pouvaient nuire aux droits des *bonorum possessores*. Ceux-ci avaient droit à leur part *ab intestat*, calculée d'après le nombre des descendants qui venaient au partage, et sans distinguer, comme le faisait le droit civil, entre le *filius* et les autres descendants (G. II, 125). Les descendants irrégulièrement exhérédés ou omis étaient donc appelés *jure prætorio* à la succession, contrairement à la volonté du testateur, *contra tabulas*. L'expression de *succession contraire au testament* est donc, ici aussi, parfaitement justifiée.

(3) En effet le testament est nul pour inobservation des formes (V. n° 233).

(4) Le *suus* étant appelé avec les héritiers testamentaires, les textes donnent à sa vocation le nom de *jus accrescendi ad certam portionem* (G. II, 124; Ulp. *Reg.*, XXII, 17).

(5) Accarias, t. I, nos 328, 445-449; Girard, *Manuel élément.*, p. 849. Cette *bonorum possessio* est testamentaire (V. n° 237). Elle suppose en effet un testament valable *jure civili* ou *jure prætorio*, et elle le maintient dans toutes celles de ses dispositions qui ne sont pas inconciliables avec les droits accordés aux descendants irrégulièrement exhérédés ou omis.

2. — Restrictions ayant trait au fond des dispositions de dernière volonté.

243. — *Idée générale de ces restrictions. Notion de la querela inofficiosi testamenti.* — Les restrictions à la liberté de tester, dont il vient d'être parlé, consistaient en des prescriptions qu'il était facile d'observer. Une fois en règle avec ces exigences de pure forme, le testateur avait le droit de disposer de son patrimoine comme il l'entendait. Il pouvait n'instituer ses enfants ou ses parents les plus proches que pour des parts minimes, les exhérer même tout à fait, en faveur d'étrangers. Pour agir de la sorte il était possible que le testateur eût de justes motifs. Mais on pouvait craindre que de pareilles dispositions, loin de lui être inspirées par des sentiments de justice, ne lui fussent dictées par des pensées de haine ou suggérées par des personnes hostiles à la famille et désireuses de la frustrer de ses droits (1).

On finit par admettre que le testateur était tenu d'instituer certains proches parents. Non pas qu'on reconnût à ceux-ci un droit de propriété préexistant. Cette idée ancienne paraît avoir été laissée de côté. Mais on considéra que le testateur en n'instituant pas ses proches, avait manqué à ses devoirs de famille, *pietas erga suos*. Son testament était dit *inofficiosum*, comme étant fait *contra officium pietatis* (Paul, *Sent.*, IV, 5, § 1). La coutume investit le tribunal des centumvirs du droit de reviser cette décision autrefois souveraine, de la rescinder. L'action donnée à cet effet aux parents lésés portait le nom de *querela inofficiosi testamenti* (2). Comme le testament *inofficiosum* était valable d'après les principes du droit civil ancien, il fallut avoir recours à un détour pour justifier la rescision du testament, conséquence de la *querela*. Les prudents admirèrent que le testateur qui avait manqué à l'*officium pietatis* avait agi sous l'influence d'un accès de folie passagère, car s'il avait joui de la plénitude de ses facultés il n'eût pas manqué d'appeler ses parents à sa succession et de leur attribuer une part convenable (2; 5. Dig., *De inoff. testam.*, V, 2, Marcian., Marcell.) (3).

243. — (1) *Quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti* (4. Dig., *De inoff. test.*, V, 2, Gaius).

(2) Cicéron mentionne déjà un testament *inofficiosum* (*In Verr.*, II, I, 42), et il est certain, malgré l'*inscriptio* du fragment 4. Dig., *De inoff. test.*, V, 2, que l'introduction de cette action est due à la coutume, et non à une loi.

(3) Cette explication, qui fait honneur à l'ingéniosité des juristes, est plus subtile qu'exacte, puisque le testament fait par une personne atteinte de folie est absolument nul, tandis que celui qui est *inofficiosum* n'est pas nul, mais seulement susceptible d'être rescindé (2. Dig., *De inoff. testam.*, V, 2, Marcian.).

Personnes ayant droit à la querela. — Le droit de faire tomber le testament par la *querela* n'était pas accordé, on le comprend, à tous les successeurs *ab intestat*; il n'appartenait qu'à ceux des parents qui, étant les plus proches du défunt, pouvaient lui reprocher d'avoir méconnu à leur égard l'*officium pietatis*. Ces parents sont : 1° Les descendants. Tous ont droit à la *querela* sans distinguer s'ils sont ou non *sui*, s'ils sont descendants *per masculos* ou *per feminas*. 2° Les ascendants. Entre eux et les descendants la réciprocité des affections entraîne la réciprocité des devoirs. Les descendants manquent, eux aussi, à l'*officium pietatis*, lorsque dans leur testament ils n'instituent pas leurs ascendants. Ces derniers ont donc droit à la *querela* (4). 3° Les collatéraux. Ici la coutume, plus exigeante, n'admet à la *querela* que les frères et sœurs, agnats du défunt, c'est-à-dire les germains et les consanguins. Les frères et sœurs utérins et les autres collatéraux n'y ont pas droit (5).

Toutes ces personnes ont droit à la *querela*, non collectivement, mais les unes à défaut des autres, et dans l'ordre où on vient de les énumérer. Ainsi apparaît, bien avant le Bas-Empire, la division des héritiers *ab intestat* en trois classes, que le droit des Nouvelles devait consacrer, et dont il devait faire la base du régime nouveau des successions *ab intestat*. De plus, en donnant à certains successibles *ab intestat* le droit d'attaquer le testament inofficieux, la coutume pour la première fois tenait compte des affections présumées du défunt. C'est l'idée qui plus tard, inspira les réformes de Justinien (V. n° 240).

244. — *Conditions requises pour le succès de la querela.* — *Effets de cette action.* — Les conditions requises pour le succès de la *querela* furent peu à peu fixées par la jurisprudence du tribunal centumviral, complétée et précisée sur certains points par le droit impérial antérieur aux Nouvelles de Justinien. Elles sont au nombre de quatre.

1° Il fallait que le successible eût à se plaindre d'avoir été injustement dépouillé par le testateur, ce qui arrivait s'il était exhéredé expressément, simplement omis, ou gratifié d'une part insuffisante. Pour fermer à ses successibles la voie de la *querela*, le défunt n'avait donc qu'à leur laisser en mourant une part convenable. La

(4) Il ne s'agit évidemment ici que de descendants soustraits à la puissance paternelle, par exemple les enfants par rapport à leur mère.

(5) Au Bas-Empire on n'autorisa plus la *querela* contre le testament des frères et sœurs que lorsque l'institué était une *persona turpis*.

jurisprudence centumvirale en fixa la quotité au quart de la part *ab intestat* du successible, *quarta legitimæ partis* (quarte légitime)⁽¹⁾. Cette quarte s'évaluait en tenant compte de la valeur des biens au jour du décès et d'après le nombre des héritiers *ab intestat* à cette même date. Le cacul du testateur pouvait donc se trouver erroné, les biens ayant augmenté de valeur ou le nombre des héritiers appelés étant devenu moins grand. En somme, le testateur n'avait nullement méconnu l'*officium pietatis*, et des circonstances indépendantes de sa volonté venaient déjouer ses combinaisons, donner ouverture à la *querela* et entraîner la rescision de son testament. On avait tenté d'éviter ce résultat en donnant au successible une action en complément de la quarte (Paul, *Sent.*, IV, 5, §. 7). Mais il n'était pas obligé d'y recourir, et il pouvait opter pour la *querela* qui, en cas de succès lui assurait sa part *ab intestat* tout entière⁽²⁾. Cette option lui fut retirée par Justinien. Il suffisait qu'il eût reçu quelque chose *mortis causa* (par voie d'institution, legs, fidéicommiss ou donation *mortis causa*), pour que son droit à la *querela* s'évanouît et qu'il fût réduit à l'action en complément de la quarte. Désormais, par conséquent la *querela* n'est plus admise qu'au cas d'exhérédation ou d'omission (§ 3, 6. *Inst.*, *De inoff. test.*, II, 18).

2° Pour que la *querela* réussît, il fallait que le testateur n'eût pas eu de justes causes l'autorisant à agir comme il l'avait fait. Les héritiers institués, défendeurs à la *querela* avaient à prouver l'existence de ces causes de désaffection. Mais elles n'avaient pas été spécifiées. On s'en rapportait à cet égard à la libre appréciation des juges.

3° La *querela* n'était qu'un recours subsidiaire ouvert à défaut de toute autre voie de droit. Aussi était-elle refusée à ceux qui pouvaient invoquer contre le testament les règles du droit civil ou du droit prétorien sur l'exhérédation ou l'omission (V. n° 242).

4° La *querela* devait être intentée dans un délai de deux ans porté ensuite à cinq ans, décision qui tient à son caractère d'action injurieuse pour la mémoire du défunt accusé d'avoir manqué à l'*officium pietatis* ⁽³⁾.

Effets de la querela. — Lorsque la *querela* échouait, le testament attaqué conservait toute sa force. Si elle réussissait, le testa-

244. — (1) Ce chiffre fut emprunté sans doute à la loi Falcidie (V. n° 258). Aussi à l'époque barbare et au moyen âge, la quarte légitime est souvent appelée quarte Falcidie. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 868, 2^e éd.

(2) Mais échouant dans sa *querela*, il n'obtenait rien et perdait de plus, à titre de peine, le bénéfice de toutes les dispositions faites à son profit par le testateur.

(3) D'autre part, elle rentre dans la catégorie des actions *quæ vindictam spirant*, et à ce titre, elle s'éteint par la mort du successible qui avait droit de l'intenter.

ment était rescindé, et le défunt étant réputé mort *ab intestat*, le successible qui l'avait intentée venait prendre sa part *ab intestat* (4).

3. — Dernier état de la législation relative à la liberté de tester.

245. — *Réformes de Justinien.* — Ici, comme dans les successions *ab intestat*, Justinien devait refondre et simplifier l'œuvre complexe des siècles antérieurs. Jusqu'alors la théorie de la *querela* et celle de l'exhérédation s'étaient développées parallèlement. Bien que tendant en fait au même but, en droit elles restaient isolées l'une de l'autre, Justinien comprit qu'elles étaient dans un lien étroit de dépendance. Les nouvelles 18 et 115 en firent un ensemble coordonné. Rien ne fut changé au droit antérieur pour les frères et sœurs. Les nouveaux principes ne concernent que les descendants et ascendants. On peut les résumer ainsi.

1° Les ascendants, s'ils font un testament, sont tenus légalement de laisser à leurs descendants, par voie d'institution d'héritier, une certaine part de leur succession. La même obligation existe pour les descendants vis-à-vis de leurs ascendants. Le *quantum* de cette part n'est plus invariablement fixé au quart de la part *ab intestat* du successible (Nov. 18) (V. art. 913-915, C. civ.). Aussi, la part dont le défunt ne peut disposer au préjudice de ses successibles ne porte-t-elle plus le nom de *quarta*, on l'appelle *legibus debita portio*, *legitima pars*, d'où est venue l'expression *légitime* (1).

2° L'obligation de laisser la légitime implique interdiction d'exhérer ou d'omettre le successible. Il en est autrement si le testateur a de justes causes d'exhérédation. Justinien les a limitativement déterminées, et il exige que la cause invoquée soit exprimée dans le testament.

3° Si le légitimaire a été exhéréde ou omis sans juste cause, il peut attaquer le testament et s'il triomphe, il obtiendra sa part *ab intestat* tout entière (2). Mais s'il a été institué pour une part quel-

(4) Lorsque plusieurs successibles attaquaient le testament, l'un pouvait réussir et l'autre échouer, et quand un successible agissait contre plusieurs institués, il pouvait réussir contre l'un et échouer contre l'autre. Dans ces hypothèses, la rescision n'était que partielle, et le *querelans* venait à titre d'héritier *ab intestat*, en concours avec les héritiers institués, contrairement à la règle *nemo partim testatus* (15, § 2, Papin.; 24, Ulp. Dig., *De inoff. test.*, V, 2).

245. — (1) Voir pour la *légitime* des pays de droit écrit, Viollot, *Hist. du droit civil français*, pp. 867-870; 873-875.

(2) Cette action en rescision ne porte plus le nom de *querela*. Elle laisse subsister

conque, si minime soit-elle, il en est réduit à l'action en supplément de la légitime.

II. — Acquisition de l'hérédité.

246. — I. *Acquisition de l'hérédité déferée selon le droit civil.* — *Des diverses classes d'héritiers.* — Ainsi qu'on l'a déjà dit, l'acquisition de l'hérédité n'a pas lieu de la même manière pour tous les héritiers. Pour les uns, *heredes necessarii*, elle est forcée, pour les autres, *heredes voluntarii*, elle est volontaire (V. n° 227). Les *necessarii* se subdivisent d'ailleurs en deux classes : les *sui et necessarii* et les *necessarii* (G. II, 152).

1° *Sui et necessarii.* — Ce sont les héritiers qui, au jour où la succession leur est offerte, soit par testament, soit par la loi, sont placés sous la puissance immédiate du défunt ou y seraient placés, si le défunt avait vécu jusqu'à cette époque (G. II, 156). Ces héritiers sont des *domestici heredes*. Car, ayant vécu avec le défunt dans la communauté d'une même existence familiale, ils font partie de sa maison, *domus* (G. II, 157). Le chef de famille disparu, ils reprennent forcément les biens, qu'ils le veulent ou non. L'acquisition forcée est une conséquence du régime communautaire (V. nos 35, 235). Elle avait d'ailleurs d'incontestables avantages. Les biens du défunt ne restaient pas un seul instant sans maître, le culte des ancêtres ne subissait aucune interruption, les créanciers trouvaient immédiatement quelqu'un contre qui agir (1). Et ces résultats se produisaient quand même le *suus* était en bas âge, fou, absent, hors d'état par conséquent de manifester sa volonté.

2° *Necessarii.* — Cette seconde classe d'héritiers nécessaires ne se rencontre que dans les successions testamentaires. L'*heres necessarius* est en effet l'esclave que son maître institue son héritier en même temps qu'il l'affranchit. C'était là un usage très suivi par ceux qui craignaient de laisser une succession insolvable dont aucun autre n'aurait voulu. Le maître qui donne la liberté peut en subordonner l'octroi à toutes les conditions qu'il lui plaît, notamment à l'obligation d'acquérir les biens. L'esclave sera donc héritier et c'est lui et non le défunt qui endossera l'infamie de la *venditio bonorum* (G. II, 153, 154) (V. nos 231, 232).

toutes les dispositions du testament (nominations de tuteurs, substitutions pupillaires, legs) qui ne sont pas inconciliables avec la vocation du légitimaire.

246. — (1) La possession, elle aussi, est acquise au *necessarius*, sans qu'il ait besoin de faire acte d'appréhension matérielle, c'est pourquoi l'*usucapio pro herede* est impossible, en présence d'un héritier nécessaire (G. II, 58).

3° *Voluntarii*. — Tous les autres héritiers, étrangers à la communauté de famille, ont vécu en dehors de la *domus*. Ils peuvent donc rester étrangers, *extranei*, aux biens qui leur sont offerts. Ils ont le choix entre deux partis : accepter l'hérédité, faire adition, *adire hereditatem*, ou la répudier. Ce sont des héritiers volontaires (G. II, 161, 162).

Qu'allait devenir l'hérédité en attendant la décision de l'héritier? Elle était assimilée à une chose gisant par terre et que personne n'a encore ramassée. Elle est jacente, *hereditas jacet*, sans maître, *nullius in bonis est* (2). Il en résultait que l'hérédité ne pouvait acquérir la possession, puisqu'il lui manque l'*animus*, que les esclaves héréditaires ne pouvaient ni acquérir, ni stipuler pour elle. Ces résultats étaient fâcheux pour l'héritier dont les droits pouvaient se trouver compromis par une adition tardive. On les évita en traitant l'hérédité comme une personne morale : *hereditas personæ vice fungitur*, et poussant encore plus loin la fiction, on finit par admettre qu'elle tenait la place du défunt qui est censé se survivre en elle; *defuncti personam sustinet* (34. Dig., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1, Ulp.).

Dans le principe aucun délai n'était imposé aux héritiers volontaires pour prendre une décision, en sorte qu'ils pouvaient attendre indéfiniment avant d'opter entre l'adition ou la répudiation. Mais cette faculté avait l'inconvénient de perpétuer un état d'incertitude préjudiciable aux intérêts d'un grand nombre de personnes : les substitués vulgaires, les créanciers, les légataires. Le droit civil avait tenté de réagir contre ces inconvénients. Il n'y avait réussi que d'une façon imparfaite. On permettait au testateur d'instituer l'héritier *cum cretione*, c'est-à-dire de lui impartir un délai, en général cent jours, pour avoir à prendre parti. La *cretio* était accompagnée d'une exhérédation contre l'héritier qui avait laissé passer le délai sans faire adition (*cretio perfecta*) (G. II, 164, 165) (3). Mais ce remède n'était applicable ni aux héritiers légitimes, ni aux héritiers institués *sine cretione*. Le préteur vint combler cette lacune. A la demande des créanciers héréditaires, il impartissait à l'héritier un délai de cent jours, pendant lesquels celui-ci jouissait de la *potestas deliberandi* (G. II, 162, 167). Durant ce temps, l'héritier n'était pas tenu de se prononcer, et ce qui est corrélatif, ne pouvait être poursuivi par les créanciers. S'il laissait s'écouler

(2) Aussi, y eût-il une époque où toute personne pouvait en prendre possession et devenir héritier par l'*usucapio pro herede* (V. n° 92, note 10).

(3) L'*usucapio pro herede* a servi également à stimuler les résolutions de l'héritier (V. n° 92, note 10).

le délai sans prendre parti, il était exclu de l'hérédité. Le fait par lui de n'avoir pas accepté, prouvait qu'il avait voulu rester dans la situation qu'il avait auparavant, et continuer par conséquent à être traité en *extraneus*. Justinien a conservé le droit de délibérer, mais en donnant à l'héritier un délai de neuf mois, passés lesquels il le considère comme acceptant. Cette solution est moins logique que celle du droit prétorien, car on ne conçoit pas que l'abstention de l'héritier puisse changer le caractère de sa vocation et faire d'un *extraneus* un *necessarius* (22, § 13, 14, Cod., *De jure delib.*, VI, 30) (4).

Comme tous les actes juridiques, l'adition a commencé par être orale et solennelle. On l'appelait aussi *cretio* (5). Plus tard, on se contenta ici, comme dans d'autres matières, de la simple expression de la volonté, *nuda voluntas*. On admit aussi l'adition tacite, *pro herede gestio*, résultant de tout acte de l'héritier impliquant de sa part l'intention de se comporter en maître, par exemple, du fait d'aliéner une chose héréditaire (G. II, 167) (Ulp., *Reg.*, XXII, 25, 26) (V. art. 778, 779, C. civ.). La faculté laissée à l'héritier de faire adition implique que l'héritier externe n'a rien acquis tant que cette adition n'est pas faite. S'il meurt avant de s'être prononcé, sa vocation ne passe pas à ses héritiers. Il en est tout autrement pour les héritiers nécessaires qui, s'ils meurent après la délation, transmettent leur droit à leurs propres héritiers.

La répudiation, tel est l'autre parti que pouvait prendre l'héritier volontaire. L'ancien droit ne connaissait pas la répudiation expresse. L'hérédité avait été offerte à l'héritier. S'il n'en voulait pas, il n'avait qu'à laisser passer le délai de la *cretio*, ou celui que le préteur lui avait imposé pour délibérer (6). Du jour où l'adition put se faire *nuda voluntate*, la répudiation put être expresse et résulter d'une simple déclaration de volonté (G. II, 169) (7).

247. — Effets de l'acquisition de l'hérédité. — Que l'acquisition ait lieu au profit d'un héritier testamentaire ou *ab intestat*,

(4) L'expression délibérer et l'institution ont été empruntées par le Code civil au droit romain (V. art. 795, C. civ.).

(5) La formule de la *cretio* prononcée par l'héritier testamentaire est rapportée par G. II, 166. Elle contient les deux expressions *adeo, cerno*. *Adire, aditio* marque que l'héritier va vers l'hérédité pour en prendre possession, *cernere, cretio*, signifie se décider. Ce que dit Gaius au § 167 laisse bien voir que l'héritier *ab intestat* était obligé également de faire *cretio*.

(6) La façon dont s'exprime Gaius (II, 162, 164) prouve bien que le droit ancien n'a connu que le *non adire* et non le *repudiare*.

(7) Mais sous Justinien, l'héritier qui a laissé s'écouler le délai imposé par le préteur est considéré comme acceptant.

nécessaire ou volontaire, son unique effet est la *successio in universum jus defuncti* (V. n° 227). Tous les biens corporels et incorporels du défunt sont transmis à l'héritier qui succède également aux charges : entretien des *sacra*, acquittement des dettes, accomplissement des libéralités faites dans le testament⁽¹⁾. En somme, le patrimoine du défunt ne fait plus qu'un avec celui de l'héritier. Le patrimoine de l'héritier répond donc des dettes héréditaires, comme le patrimoine du défunt répond des dettes personnelles de l'héritier. Cette confusion des patrimoines pouvait porter préjudice à trois catégories de personnes : 1° A l'héritier lui-même, lorsque les biens héréditaires étaient insuffisants pour acquitter les dettes de la succession, ce qui obligeait l'héritier à les payer de ses deniers personnels. 2° Aux créanciers personnels de l'héritier, lorsque l'hérédité était insolvable, car alors ils étaient obligés de subir le concours des créanciers héréditaires. 3° Aux créanciers héréditaires, lorsque l'hérédité solvable était acquise par un héritier insolvable, ce qui les obligeait à concourir avec les créanciers personnels de l'héritier. Le droit civil et le droit prétorien essayèrent de remédier à ces inconvénients en accordant aux héritiers et aux créanciers héréditaires différents bénéfices : le *jus abstinendi*, la *bonorum separatio*, le bénéfice d'inventaire, et la séparation des patrimoines. Plusieurs d'entre eux ont passé du droit romain dans le droit moderne.

248. — 1° *Bénéfices accordés aux héritiers : Jus abstinendi, Bonorum separatio, Bénéfice d'inventaire.*

1° *Jus abstinendi.* — C'était aux *sui* qu'il était naturel de songer tout d'abord, puisqu'ils n'avaient pas la faculté de répudier l'hérédité, même lorsqu'ils la savaient mauvaise. Le préteur leur accorda le bénéfice d'abstention, *jus abstinendi*. On l'obtenait rien qu'en déclarant devant témoins son intention de s'abstenir, mais à condition de ne point s'immiscer dans la succession et de n'en divertir aucun objet (G. II, 158; Ulp., *Reg.*, XXII, 24). L'héritier qui usait du bénéfice d'abstention échappait à l'obligation de payer les dettes héréditaires, et si les créanciers faisaient vendre les biens en masse, l'infamie attachée à la *bonorum venditio* lui était épargnée et retombait sur la mémoire du défunt. Toutefois, la qualité d'héritier étant indélébile, celui qui usait du *jus abstinendi*

247. — (1) Pour la transmission de la charge des *sacra*, V. Girard, *Manuel élément.*, pp. 880, 881. Pour l'intransmissibilité primitive des créances et des dettes, V. ci-dessus (n° 193).

demeurait héritier. Il pouvait donc revenir sur son abstention, tant que les biens n'avaient pas été vendus, et prendre ce qui restait de la succession, les créanciers héréditaires une fois désintéressés.

2° *Bonorum separatio*. — Quant aux esclaves, *heredes necessarii*, le préteur les autorise à lui demander la *bonorum separatio*. Par là, la confusion des patrimoines est évitée. L'héritier n'est pas tenu sur son propre patrimoine de l'acquittement des dettes héréditaires, et les créanciers de la succession ne peuvent se faire payer que sur la masse des biens laissés par le défunt, tenus séparés de ceux de l'héritier (1, § 18. Dig., *De sep.*, XLII, 6, Ulp.).

3° *Bénéfice d'inventaire*. — Durant fort longtemps, les héritiers externes ne furent point protégés contre les résultats fâcheux qu'entraînait pour eux l'acquisition de l'hérédité. Libres de la répudier si elle leur paraissait grevée de trop de dettes, ils n'avaient plus le droit de se plaindre lorsqu'ils l'avaient acceptée (1). Toutefois cette conséquence de l'adition finit par paraître excessive. S'il est juste en effet que les *necessarii* soient tenus, même si les dettes dépassent l'actif, c'est parce qu'ils ont vécu en communauté familiale avec le défunt. Il n'en est plus de même pour les héritiers externes, qui ne sont pas des *domestici*. Du jour d'ailleurs où on eût admis le *jus abstinendi* et la *bonorum separatio*, il était naturel de ne pas traiter les héritiers externes moins favorablement que les héritiers nécessaires. Tout ce qu'on peut raisonnablement exiger d'eux, c'est de payer les dettes jusqu'à concurrence de l'actif recueilli. Mais ce qui faisait sans doute hésiter à leur accorder cette faveur, c'était la crainte qu'ils ne dissimulassent une partie de l'actif héréditaire pour la soustraire aux poursuites des créanciers.

Justinien, en établissant le bénéfice d'inventaire, trouva le moyen de concilier les intérêts légitimes des créanciers et la faveur due à l'héritier externe (22. Cod., *De jure delib.*, VI, 30) (2). Un délai de trois mois est accordé à l'héritier, du jour où il a eu connaissance de la délation, pour procéder à l'inventaire. Cet acte destiné à établir la consistance de l'actif héréditaire et à empêcher tout divertissement des biens devait être dressé en présence d'un fonctionnaire public, appelé *tabularius*. L'effet de la confection de l'inventaire était de maintenir séparés le patrimoine du défunt et ce-

248. — (1) Les mineurs de vingt-cinq ans pouvaient se faire restituer *in integrum* au cas où l'adition leur avait occasionné une lésion.

(2) Du droit de Justinien, le bénéfice d'inventaire a passé dans notre ancien droit coutumier et de là dans le Code civil (V. art. 793, 795, 802, 803). Viollet, *Hist. du droit civil français*, p. 829).

lui de l'héritier et de faire obstacle à la confusion des deux masses de biens. Dès lors l'héritier n'est tenu de payer les dettes que jusqu'à concurrence de l'actif constaté et ne peut être poursuivi sur ses biens personnels. Si les dettes une fois acquittées, il reste quelque chose, cet excédent appartient à l'héritier qui n'a pas perdu, malgré le bénéfice dont il a usé, les droits attachés à son titre.

2° *Bénéfice accordé aux créanciers héréditaires. — Séparation des patrimoines.* — Un débiteur est toujours libre d'aggraver son insolvabilité en contractant de nouvelles dettes. Les créanciers personnels de l'héritier ne peuvent donc éviter le préjudice qu'il leur fait subir en acceptant une hérédité grevée de dettes supérieures à l'actif. La seule ressource qui leur reste en pareil cas c'est l'exercice de l'action paulienne, lorsqu'il y a eu fraude de l'héritier (V. n° 291).

Plus favorable est la situation des créanciers héréditaires dont les droits se trouvent compromis par l'adition d'un héritier insolvable. Sur leur demande, le préteur leur accordait la séparation des patrimoines, *separatio bonorum* (3). L'effet de ce bénéfice était de leur donner le droit d'être payés sur l'actif héréditaire avant les créanciers personnels de l'héritier (1, § 1. Dig., *De separat.*, XLII, 6, Ulp.). En revanche, les créanciers personnels de l'héritier passaient avant les créanciers du défunt sur les biens de l'héritier. Ainsi les biens du défunt et ceux de l'héritier continuaient à former deux masses distinctes, deux patrimoines séparés sur lesquels chaque classe de créanciers se payait à part et par préférence à l'autre.

249. — II. *Acquisition de la bonorum possessio. — Ses effets. — Fusion de la bonorum possessio et de l'hereditas. — 1° Acquisition de la bonorum possessio.* — Le préteur n'imposait à personne la qualité de *bonorum possessor*. La *bonorum possessio* ne s'acquiert qu'autant qu'elle est demandée. A cet effet on devait s'adresser au préteur, qui statuait par voie de décret, après examen des faits, *cognitio causæ*. Aussi toutes les *bonorum possessiones* ont-elles débuté par être *decretales*. L'enquête du magistrat portait sur les relations de parenté qui unissaient le successible au défunt, ou sur la validité *jure prætorio* du testament qui le désignait comme héritier, d'une façon générale sur toutes les circonstances qui pouvaient légitimer l'octroi de la *bonorum possessio*. Avec le temps, le préteur renonça dans un certain nombre de cas à cette *cognitio causæ*. Il

(3) Telle est l'origine de la séparation des patrimoines du droit français (V. art. 878, 2111, C. civ.).

inscrivit à l'avance dans son Édît les hypothèses où la *bonorum possessio* serait donnée, et il suffisait qu'on la lui demandât en invoquant l'Édît, pour qu'il l'accordât. La *bonorum possessio* devint dès lors *edictalis*. Désormais, le rôle du magistrat ne consistait plus à examiner la réalité de la parenté et des autres circonstances invoquées par le postulant, mais à voir seulement si cette parenté et ces circonstances étant supposées vraies, la demande était conforme aux dispositions générales et permanentes de l'Édît (1). Toutes les *bonorum possessiones* testamentaires ou *ab intestat* dont il a été parlé ont suivi cette évolution. De *decretales*, elles sont devenues *edictales*; de simples décisions d'espèce, elles se sont changées en mesures permanentes et générales. Cette transformation a contribué puissamment à faire de la *bonorum possessio* un régime successoral rival, distinct de celui du droit civil.

Le préteur exigeait que celui à qui la *bonorum possessio* était offerte prît parti dans un certain délai et ne laissât pas en suspens les droits de ceux à qui elle revenait à sa place, ni ceux des créanciers ou légataires. Ce délai, à l'exemple de la *cretio*, était de cent jours (V. n° 246). Le délai écoulé sans que les successibles appelés eussent pris parti, leur vocation s'évanouissait et le droit à la *bonorum possessio* passait soit aux successibles de même ordre et de degré subséquent, soit aux successibles de l'ordre suivant, conformément au *successorium edictum* (2).

2° *Effets de la bonorum possessio*. — On a décrit par avance les effets de l'acquisition de la *bonorum possessio*. On a vu que le *bonorum possessor*, sans avoir le titre d'*heres*, est en tout assimilé à un héritier (2, Dig., *De bon. poss.*, XXXVII, 1, Ulp.). Il a tous les avantages effectifs qui dérivent de la *successio in universum jus*. Mais ils peuvent lui être ravés quand il n'a que la *bonorum possessio sine re*. Il était sûr de les conserver, quand elle était *cum re*, quand il ne pouvait pas être évincé par l'héritier du droit civil. C'est ce qui fait l'importance de la transformation de toutes les *bonorum possessiones* en *b. p. cum re* (V. n° 236).

Fusion de la bonorum possessio et de l'hereditas. — A l'époque de Justinien, on peut constater que ni pour l'acquisition, ni pour les effets, il n'y a plus trace de différence entre la *bonorum pos-*

249. — (1) L'octroi de la *B. P.* dans ces conditions n'empêchait pas un débat ultérieur où on pouvait contester au *bonorum possessor* ses droits à l'obtention de la *bonorum possessio*.

(2) On a déjà indiqué (V. n° 237) qu'une même personne peut demander la *bonorum possessio* dans un ordre, après avoir omis de la demander dans l'ordre précédent. La dévolution d'ordre à ordre profite donc quelquefois au défaillant. Aussi les textes disent-ils de lui : *ipse sibi succedit*.

sessio et l'*hereditas*. Les deux systèmes successoraux qui, durant plusieurs siècles, avaient eu une existence indépendante et une organisation séparée ont fini par se fondre en un seul. Cette unification ne fut pas, à proprement parler, l'œuvre de Justinien, elle avait été préparée de longue date par les faits (V. n° 240). Déjà auparavant des constitutions impériales avaient décidé que la *bonorum possessio* n'avait plus besoin d'être demandée au magistrat et qu'elle s'acquerrait, comme l'hérédité, par une simple manifestation de volonté (§ 10. Inst., *De bonor. poss.*, III, 9). Au point de vue des effets, l'identification des deux législations déjà inaugurée par la généralisation de la *bonorum possessio cum re*, fut singulièrement hâtée par la disparition de la procédure formulaire, puisque toute différence disparaissait entre les actions données au *bonorum possessor* et celles données à l'*heres*. Ajoutons que l'*in bonis habere* tendait à ne plus faire qu'un avec le *dominium*, en sorte que le *bonorum possessor* n'avait plus besoin d'usucaper ; il devenait propriétaire dès le jour même de l'acquisition (V. n° 144). La distinction entre ces deux aspects de la propriété ayant disparu sous Justinien, on peut dire que l'assimilation des deux systèmes successoraux est désormais consommée.

250. — *Théorie de la collatio.* — La théorie de la *collatio* se rattache par un lien tout naturel à l'exposé des effets de la *bonorum possessio*. Dans le principe, le préteur imposait la *collatio* à certains successibles comme une conséquence de l'acquisition de la *bonorum possessio*. Cette *collatio* est nommée habituellement par les interprètes *collatio emancipati*. Plus tard s'introduisit la *collatio dotis*, et celle-ci, réagissant sur la *collatio emancipati*, détermina une transformation radicale de l'institution. Sous la forme nouvelle qu'elle revêt dans le droit de la dernière époque, la *collatio* est l'origine directe de la théorie moderne du rapport à succession.

1° Collatio emancipati. — La *collatio emancipati* fut imposée aux émancipés, par le préteur comme conséquence de leur admission à la *bonorum possessio unde liberi* en concours avec les *sui* (1). Depuis leur émancipation, les émancipés avaient pu acquérir des biens, tandis que les acquisitions réalisées par les *sui*, au lieu de leur rester propres, étaient venues accroître d'autant le patrimoine du *pater*. L'admission des émancipés à la *bonorum possessio* leur

250. — (1) Il en est de même lorsque les émancipés concourent avec les *sui*, par l'effet de l'octroi de la *bonorum possessio contra tabulas* (V. n° 242).

était donc une source de profit au détriment des *sui*. Ils conservaient, en effet, leur fortune personnelle et venaient prendre leur part de la fortune paternelle augmentée des acquisitions dues aux enfants restés en puissance. L'égalité qu'on avait voulu établir entre les descendants du défunt aboutissait donc à une flagrante injustice. Le préteur le comprit. Puisque pour faire arriver les émancipés, il rescindait l'émancipation, il était à la fois juste et logique qu'il la considérât comme non avenue en ce qui concerne les biens acquis par eux. Aussi étaient-ils tenus de remettre ces biens dans la masse, *bona in medium conferre*, de façon à ce que les *sui* pussent en prendre leur part (1, pr. Dig., *De collat.*, XXXVII, 6, Ulp.; *Coll. leg. Mosaic.*, t. XVI, ch. 7, § 2) (2).

Cette notion montre que la *collatio* n'était due que par les émancipés, qu'elle n'était due qu'aux *sui* et à la condition que le concours des émancipés leur portât préjudice, qu'enfin elle ne pouvait être réclamée par les autres émancipés venant en concours avec l'émancipé à qui elle était imposée. Elle ne pouvait être demandée par les *sui* que s'ils avaient obtenu la *bonorum possessio unde liberi* (3). Quant aux biens qui en devaient faire l'objet, c'étaient tous ceux qui, sans l'émancipation, auraient été acquis au *pater*, c'est-à-dire, en définitive, tout le patrimoine de l'émancipé (4).

2° *Collatio dotis*. — Par application de ces principes, la fille émancipée était obligée de faire *collatio* de la dot qu'elle avait reçue soit de son père, soit d'un tiers, puisque cette dot est une acquisition réalisée par elle après son émancipation. Mais devait-il en être de même pour la dot constituée à la fille restée en puissance? Les mêmes principes s'y opposaient, car c'est comme *sua* que la fille succède à son père, et les *sui* ne doivent jamais *conferre*. Toutefois, lorsque la dot était fournie par le père (dot profectice), ce résultat était peu équitable. Les biens composant la dot avaient été distraits du patrimoine paternel, dans lequel ils

(2) La *collatio* ne se faisait dans le principe ni en nature, ni en moins prenant, mais par voie de promesse verbale, *cautio*. Le préteur imposait cette promesse comme condition préalable de l'octroi de la *B. P.* (Ulp. *Reg.*, XXVIII, 4) (1. § 9, Dig., *De collat.*, XXXVII, 6, Ulp.). Ce n'est que plus tard qu'on a admis la *collatio* en nature ou en moins prenant.

(3) C'est encore là une raison de plus pour les *sui* de laisser de côté leur titre d'*heredes* et de se présenter comme *bonorum possessores* (V. n° 236). Mais les *sui* n'ont pas droit à la *collatio* si l'émancipé vient par la *bonorum possessio unde cognati*, ou comme successeur testamentaire en vertu de la *bonorum possessio secundum tabulas*, car alors la présence de l'émancipé ne leur nuit pas.

(4) Il n'y avait d'exceptés que les biens qui, s'il s'était agi d'un *suus*, auraient constitué un *peculium castrense* et ceux que le fils avait reçus en dot, et qui devaient rester entre ses mains pour subvenir aux charges du mariage.

ne devaient plus rentrer, puisque la dot était restituable à la femme elle-même au jour de la dissolution du mariage (V. nos 174, 175). Il se trouvait donc que la fille avait été dotée au détriment des autres héritiers. Aussi l'Édit décida-t-il que, désormais, la fille ne pourrait venir prendre sa part de la succession paternelle qu'à charge de *conferre dotem*.

La *collatio dotis* s'écartait donc de la *collatio emancipati*. D'abord, elle était due par un héritier sien. En second lieu, elle faisait entrer dans la masse successorale des biens qui y figuraient autrefois et qui en avaient été distraits au profit de la fille dotée et par là elle constituait un véritable rapport. Enfin, mais plus tard, elle s'éloigna encore davantage de la *collatio emancipati*, lorsqu'on admit qu'elle profiterait non seulement aux *sui* mais aussi aux émancipés (5).

3° *Réaction de la collatio dotis sur la collatio emancipati.* — *État dernier du droit.* — Ces innovations devaient à la longue réagir sur la *collatio* ordinaire et contribuer à en modifier les principes essentiels. D'une part, en effet, on inclinait à restreindre la *collatio* aux biens provenant du père, et d'autre part, on était conduit à l'imposer à tous les descendants, sans distinction entre les émancipés et les *sui*. Ainsi se dessinait une théorie nouvelle qui ne trouva son expression définitive que sous Justinien (6).

Les règles de la *collatio* dans la législation de ce prince peuvent se résumer ainsi : 1° Sont obligés à la *collatio* tous les descendants émancipés ou non, venant *ab intestat* ou en vertu d'un testament à la succession d'un ascendant. 2° La *collatio* est due à tous les héritiers sans distinction. 3° Elle doit avoir pour objet tous les biens que le successible a reçus à titre gratuit du défunt, de façon à rétablir ainsi entre les héritiers l'égalité que le défunt n'est pas présumé avoir voulu rompre (7).

Ainsi, tout en s'inspirant de la même pensée d'équité que la *collatio emancipati*, la *collatio* du droit nouveau la généralise et l'applique à tous les enfants venant à n'importe quel titre à la succession de leurs ascendants. Mais sa portée se restreint aux seuls biens

(5) Un rescrit d'Antonin impose la *collatio dotis* à la fille qui n'avait pas demandé la *bonorum possessio* et s'était présentée uniquement en qualité d'*heres sua* (1, pr. Dig., *De dot. coll.*, XXXVII, 7, Ulp.). Il y eut donc une nouvelle différence : la *collatio* était due par quelqu'un qui n'était pas *bonorum possessor*. La *collatio* cesse d'être une conséquence de l'acquisition de la *bonorum possessio*.

(6) *Sic*, Accarias, t. I, n° 455.

(7) Ainsi, elle a pour objet la dot profectice, la donation *ante nuptias* et la donation entre-vifs, lorsque du moins le donateur a exigé qu'elle soit rapportée à la masse (19, 20, 21. Cod., *De collat.*, VI, 20; Nov. XVIII, ch. 6).

sortis à titre gratuit du patrimoine, en sorte qu'elle est toujours un rapport, imposé au successible gratifié, en vue de maintenir entre lui et les autres successibles la plus entière égalité. C'est avec ces caractères que le principe du rapport a été consacré par la loi française moderne (V. art. 843 et suiv., C. civ.) (8).

III. — Défaut d'acquisition de l'hérédité.

251. — *Causes du défaut d'acquisition de l'hereditas et de la bonorum possessio.* — I. *Défaut d'acquisition de l'hereditas.* — A vraiment parler, on ne saurait considérer comme causes faisant obstacle à l'acquisition celles qui font obstacle à la validité de la délation (nullité du testament, incapacité de l'héritier). Il ne peut s'agir ici que des causes empêchant l'acquisition d'une hérédité valablement déférée. Parmi elles, il en est qui concernent toute succession, testamentaire ou *ab intestat*. Ce sont : 1° la mort du successible avant l'adition, lorsqu'il s'agit d'héritiers externes (V. n° 246), 2° la répudiation expresse ou tacite de la part de l'héritier externe et pour les *sui* le fait d'avoir usé du *jus abstinendi* (V. nos 246, 248). D'autres sont spéciales aux successions testamentaires. Parmi elles on doit citer avant tout la privation du *jus capiendi ex testamento* (1).

Cette incapacité d'introduction relativement récente, s'applique aussi à l'acquisition des legs (V. n° 258). Elle ne doit pas être confondue avec le défaut de *factio testamenti*. Elle consiste dans la privation du droit de recueillir le bénéfice d'une institution ou d'un legs, *capere ex testamento*, quand bien même la personne gratifiée aurait la *factio testamenti*. Cette théorie nouvelle est l'œuvre de la loi *Junia (Norbana)*, et des célèbres lois *Julia* et *Papia Poppæa*. La première, qui cherchait à rendre la condition des affranchis latins moins favorable que celle des affranchis citoyens, les privait du *jus capiendi ex testamento* (V. n° 27). Les deux autres lois, qui datent de l'époque d'Auguste, furent inspirées par le désir de remédier à la diminution croissante de la population ingé-

La décadence des mœurs éloignait de plus en plus les Romains des *justæ nuptiæ*, le nombre des naissances légitimes allait s'affai-

(8) Toutefois, le rapport n'a lieu dans notre droit qu'au cas de succession *ab intestat*, mais il est imposé sans distinction à tout successible en ligne directe ou collatérale. V. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. VI, § 62 bis et suiv.).

251. — (1) Ajoutons la défaillance de la condition sous laquelle avait eu lieu l'institution.

blissant, la cité risquait de ne plus être peuplée que d'affranchis et d'étrangers. Auguste, qui se posait volontiers en restaurateur des antiques traditions nationales voulut remettre en honneur le mariage légitime et encourager les citoyens à donner des enfants à l'État. Dans ce but, furent rendues les lois *Julia* et *Papia*. Pour punir le célibat et la stérilité, elles déclarèrent seuls capables de *capere ex testamento* ceux qui avaient contracté un mariage légitime, et avaient de ce mariage un enfant légitime vivant ou conçu. Les *cælibes*, c'est-à-dire les personnes non mariées en justes noces, étaient privées de la totalité des institutions ou legs à eux adressés; les *orbi*, c'est-à-dire ceux qui, mariés, n'avaient pas au moins un enfant vivant ou conçu, perdaient la moitié du bénéfice de la disposition faite à leur profit (G. II, 111, 286, 286_a) (2). On verra plus loin que pour récompenser la paternité légitime, on attribuait aux personnes gratifiées dans le testament et qui avaient des enfants, le bénéfice des dispositions qui échappaient aux personnes déclarées incapables par les lois (V. n° 252).

II. *Défaut d'acquisition de la bonorum possessio*. — Les causes qui empêchaient l'acquisition de la *bonorum possessio* étaient la mort du *bonorum possessor* avant d'avoir demandé et obtenu la *bonorum possessio*, la perte par lui de la liberté ou de la cité survenant avant l'acquisition, la répudiation expresse ou tacite de la *bonorum possessio*; enfin, en cas de *bonorum possessio secundum tabulas*, le défaut de *jus capiendi* chez l'institué, les lois caducaires étant aussi applicables aux *bonorum possessiones*.

252. — *Effets du défaut d'acquisition*. — Au point de vue des effets, il n'y a aucun intérêt à faire la distinction purement théorique indiquée plus haut entre les causes qui empêchent la succession d'être déférée et celles qui l'empêchent d'être acquise, quand elle est déférée valablement (V. n° 251). Quelle que soit la cause, on peut toujours dire qu'en définitive il y a défaut d'acquisition. Or, ce défaut d'acquisition produit son effet dans deux cas bien distincts.

Le premier cas est celui où la succession était déférée à une seule personne. Si la délation a lieu en vertu d'un testament, le défaut d'acquisition par l'institué donne ouverture à la substitution vul-

(2) Certaines personnes, *personæ exceptæ*, étaient, soit à raison de leur jeunesse ou de leur grand âge, soit à cause de leur proche parenté avec le défunt, dispensées des incapacités et jouissaient de ce qu'on appelait la *solidi capacitas*. Les proches parents ainsi exceptés étaient tous ceux précisément que le préteur appelait à la *bonorum possessio unde cognati* (*Vat. frag.*, §§ 216, 217) (V. nos 238, 168).

gaire ou à la succession *ab intestat*. S'il s'agit d'une succession déferée *ab intestat*, à défaut de l'héritier appelé, la succession est déferée aux héritiers qui devaient venir dans l'ordre suivant (1).

Plus complexe est la question dans le cas où plusieurs personnes sont appelées simultanément à recueillir une même succession testamentaire ou *ab intestat* (2). Que va devenir alors la part de l'héritier qui fait défaut? C'est à cette question que répond la théorie de l'accroissement. Le droit a passé ici par une série de transformations qu'il suffira d'esquisser à grands traits. Les lois *Julia* et *Papia Poppæa* sont venues, en effet, modifier les principes anciens du droit civil. Mais la perturbation qu'elles ont exercée n'a pas duré. Elles n'ont été qu'une sorte de hors-d'œuvre, curieux à étudier en soi, mais qui n'a laissé aucune trace profonde dans le droit de la dernière époque. La législation justinienne reproduit donc ici le droit ancien (3).

1° *De l'accroissement dans le droit civil ancien.* — L'héritier étant successeur *in universum jus defuncti*, a droit virtuellement à la totalité de l'hérédité (V. n° 229). Mais la présence d'autres héritiers ayant des droits égaux aux siens restreint nécessairement sa part, de même que sa présence restreint dans les mêmes proportions celle des autres : *partes concursu fiunt* (80. Dig., *De legat.*, 3°, XXXII, Cels.). Si donc l'un des cohéritiers fait défaut, la part des autres s'accroît de ce que le défaillant n'a pas recueilli. Mais qu'on ne s'y trompe pas. Ils ne réalisent pas à proprement parler une acquisition, ils ne sont pas des ayants cause du défaillant. En réalité, ils ne font que recouvrer ce qui leur appartient en vertu de leur vocation éventuelle au tout; c'est leur droit, jusqu'alors limité par celui du cohéritier, qui tend à reprendre son amplitude normale, de telle façon qu'il y a plutôt pour eux *jus non decrescendi* que *jus accrescendi*.

La vocation de l'héritier appelé à une part défaillante n'est donc qu'une extension de sa vocation primitive. Cette idée donne l'explication des règles de l'accroissement dans le droit civil ancien. 1° L'accroissement était forcé, c'est-à-dire qu'il avait lieu sans que

252. — (1) Ces principes sont exactement les mêmes, qu'il s'agisse d'une hérédité ou d'une *bonorum possessio*, avec cette différence qu'en cas de défaillance du *bonorum possessor* appelé *ab intestat*, il y a lieu d'abord à la *successio graduum* ou dévolution de degré à degré, et seulement ensuite à la *successio ordinum*. Entre les *heredes legitimi* il n'est pas question de la *successio graduum* (V. n° 235).

(2) Ce sont, par exemple, plusieurs *sui* d'un même *pater*, plusieurs frères, plusieurs institués pour le tout, sans indication de part.

(3) Aussi, peut-on être très bref sur la législation intermédiaire, produit des *leges Julia* et *Papia*. Adde, Accarias, t. I, nos 374, 375; Ortolan, t. I, nos 369 et suiv.; Montesquieu, *Esprit des lois*, XXIII, ch. 21.

l'héritier pût l'accepter et même malgré sa volonté, *etiam invito*. 2° Le bénéfice que les héritiers retirent de l'accroissement est proportionnel aux parts qu'ils recueillent *jure proprio*. 3° L'accroissement a lieu *sine onere*, c'est-à-dire que les charges imposées personnellement, *nominatim*, au défailant ne grèvent pas l'héritier recueillant par accroissement la part de ce dernier.

2° *De l'accroissement sous les lois Julia et Papia Poppæa*. — Ces lois réglaient d'une façon spéciale le sort des institutions valables selon les principes du droit civil ancien, mais qui manquent leur effet, *cadunt*, par suite des exigences qu'elles avaient édictées notamment au sujet du *jus capiendi* (4). Les parts d'hérédité devenues ainsi vacantes recevaient le nom de *caduca* (de *cadere*) (5). Aussi appelle-t-on *leges caducaræ*, lois caducaires, les lois *Julia* et *Papia*. Le règlement du sort des parts caduques est la contrepartie des dispositions de déchéance indiquées plus haut (V. n° 251). Afin d'encourager la paternité légitime, les *caduca* sont attribués à ceux des héritiers ou légataires désignés dans le testament qui ont la qualité de *patres*, c'est-à-dire qui, étant mariés ou dispensés de l'être par leur âge, ont au moins un enfant légitime vivant ou conçu (G. II, 206, 286^a). Mais ici l'accroissement n'était plus forcé et il avait lieu *cum onere*. Ainsi, les parts caduques devenaient une prime offerte à la paternité légitime, *præmia patrum*. A défaut d'héritiers ou de légataires *patres*, le droit de réclamer les *caduca*, *jus caduca vindicandi*, était dévolu au trésor public, c'est-à-dire à l'État considéré comme le père de tout le monde (6).

3° *De l'accroissement dans le dernier état du droit*. — Les lois n'ont d'autorité durable que lorsqu'elles sont l'expression des mœurs ; elles les constatent, elles sont impuissantes à les réformer. Les lois caducaires en sont un exemple. Elles n'apportèrent aucun remède au mal qu'elles étaient destinées à prévenir (7). Vues avec

(4) Il résulte de là que ces lois n'ont pas modifié les règles de l'accroissement à l'égard des successeurs *ab intestat*. Elles n'y ont pas non plus touché pour les institutions dont la nullité ou l'inefficacité est indépendante de leurs prescriptions, et qui dès le jour même de la confection du testament sont sans effet. Ce sont les dispositions *pro non scriptis*.

(5) Aux *caduca* on assimila les dispositions *in causa caduci*, valables dans le principe, mais dont la nullité était survenue du vivant du testateur. Mais le droit d'accroissement ancien, *jus antiquum*, peut s'exercer sur les parts *caduca* ou *in causa caduci*, lorsqu'elles reviennent à des ascendants ou descendants jusqu'au troisième degré. Les lois caducaires n'ont voulu atteindre que les dispositions de dernière volonté adressées à des parents éloignés ou à des étrangers.

(6) *Ut velut parens omnium populus vacantia teneret* (Tacite, *Annal.*, III, 28).

(7) Horace, qui n'est pas suspect d'hostilité à l'égard des mesures prises par Auguste, constate le peu d'efficacité de ces lois (Od., III; 24, 35, 36). *Adde* : Juvénal, *Sat.*, IX, May et Becker, *Précis des institutions du droit privé de Rome*, n° 125).

défaveur par l'opinion parce qu'elles entravaient la liberté de tester, odieuses à raison de leur tendance fiscale, tournées par toutes sortes de subterfuges, affaiblies par les dispenses que la force des choses arrachait aux princes, elles restèrent en vigueur jusqu'à l'avènement officiel du christianisme. Elles parurent alors en opposition avec les préférences marquées de la religion nouvelle pour l'état de célibat et furent désormais battues en brèche. Constantin abroge les déchéances qui frappent les *cælibes* et les *orbi*, et Justinien supprime les autres causes d'incapacité de *capere ex testamento* et les *præmia patrum* (1. Cod., *De cad. toll.*, VI, 51). Justinien anéantissait ainsi tout ce qui subsistait encore de la législation caducaire. Après plus de quatre siècles, il revenait au droit civil antérieur aux lois d'Auguste (8).

IV. — Acquisitions à titre particulier se rattachant à l'hérédité.

253. — *Notion générale.* — Certains modes d'acquisition à cause de mort doivent être étudiés en même temps que l'hérédité dont ils sont un corollaire. Ils se rattachent à elle, puisqu'ils sont destinés à n'avoir effet qu'au décès, puisqu'ils sont l'œuvre des volontés dernières du défunt et enfin sont contenus dans les actes destinés à les exprimer. Mais ce ne sont que des modes d'acquisition à titre particulier. Les personnes qui en bénéficient n'ont en principe ni la charge des *sacra*, ni celle des dettes. Le legs est le plus ancien de ces modes d'acquisition et longtemps il a été le seul. Le fidéicommiss est venu ensuite, à l'époque de l'Empire. Le droit impérial en a fait une institution rivale du legs (1). Il a créé entre ces deux modes de disposition un antagonisme analogue à celui qui existe entre l'*hereditas* et la *bonorum possessio*. Puis est arrivé un temps, où par suite d'emprunts réciproques, ces deux institutions se sont fondues en une seule (V. n° 263). Toutefois le fidéicommiss d'hérédité plus voisin de l'hérédité ne s'est jamais confondu avec le legs (V. n° 262) (2).

(8) Toutefois Justinien décide que désormais l'accroissement aura lieu *cum onere*, règle empruntée à la législation caducaire.

253. — (1) La théorie du fidéicommiss est une des plus anciennes et des plus notables créations du *jus novum* (V. n° 12).

(2) Le legs et le fidéicommiss rentrent tous deux dans la classe générale des *mortis causa capiones*, c'est-à-dire des acquisitions réalisées à la suite de la mort de quelqu'un et comme conséquence de cette mort. Les autres *mortis causa capiones* sont : l'hérédité et la donation *mortis causa* (8, pr. Dig., *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6, Ulp.).

I. — DES LEGS

254. — *Notion générale. Divisions.* — Le legs est une disposition à titre gratuit par laquelle un testateur distrait une valeur de l'ensemble des biens devant revenir à l'héritier, pour l'attribuer à une autre personne qu'à celui-ci : *delibatio hereditatis, qua testator ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit* (116, pr. Dig., *De legat.*, 1^o, XXX, Florent.) (1). Le bénéficiaire de cette libéralité est le légataire, *legatarius*. Il est clair qu'il doit avoir la *factio testamenti*. Le legs peut lui être directement adressé sous forme de droit réel, propriété ou autre, créé à son profit, ou indirectement, sous forme d'une charge dont l'accomplissement est imposé en sa faveur à l'héritier. Dans les deux cas, il enlève à l'héritier une partie du bénéfice de sa vocation (2). Il n'entraîne d'ailleurs aucune obligation de payer les dettes du disposant, sauf le cas de legs partiaire (V. n^o 256).

Trois questions doivent être examinées au sujet du legs : 1^o Les éléments du legs. 2^o L'acquisition du legs. 3^o Le défaut d'acquisition du legs.

I. — Éléments du legs.

255. — 1^o *Formes des legs.* — Longtemps le legs fut subordonné à l'observation de formalités multiples. Leur nombre et leur rigueur allèrent ensuite en diminuant. Ce formalisme était de règle pour le testament lui-même. Le legs, disposition accessoire du testament, ne pouvait logiquement y échapper. Il se manifestait à un triple point de vue. 1^o Un legs ne pouvait être fait que par testament, plus tard seulement il put être inséré dans un codicille confirmé (V. n^o 264). 2^o Aucun legs ne pouvait être écrit avant l'institution d'héritier. Cette règle ne fut abrogée que sous Justinien (V. n^o 231) (§ 34. Inst., *De legat.*, II, 20). 3^o Le disposant devait se servir de formules rédigées en termes impératifs, semblables à ceux dont se sert le législateur pour faire la loi (1). Les quatre formules admises par la pratique correspondaient chacune à une

254. — (1) Quand le legs est fait à l'un de plusieurs héritiers, *prælegatum*, il grève d'autant la part revenant aux autres. Il est d'ailleurs indépendant de l'institution, l'héritier pouvant accepter le bénéfice de celle-ci et refuser le legs, ou réciproquement.

(2) Le legs étant une *delibatio hereditatis*, ne peut être mis qu'à la charge d'un successeur universel et par suite ne peut être imposé à un légataire : *a legatario legari non potest* (Ulp., *Reg.*, XXIV, 20).

255. — (1) Aussi le mot *legare, legatum*, vient-il de *lex* (V. n^o 230, note 2).

variété différente du legs. On pouvait léguer *per vindicationem*, *per damnationem*, *per præceptionem*, *sinendi modo*. Mais ces quatre variétés se réduisent en réalité à deux; le legs *per præceptionem* n'est qu'une application du legs *per vindicationem*, et le legs *sinendi modo* une application du legs *per damnationem*. Ici d'ailleurs le formalisme ne devait pas non plus continuer à se maintenir. On aura à retracer brièvement les causes de sa disparition.

1° *Du legs per vindicationem*. — Cette formule paraît être la plus ancienne de toutes. Elle était destinée à donner directement et immédiatement au légataire un droit de propriété sur une chose appartenant *ex jure quiritium* au défunt (2). Pour atteindre ce but il fallait s'exprimer ainsi : *Titio hominem do lego; Titius hominem sibi habeto, capito, sumito* (G. II, 193) (3). En pareil cas, la propriété de la chose léguée passait directement du patrimoine du testateur dans celui du légataire, sans appartenir un seul instant à l'héritier (4). Elle était d'ailleurs acquise au légataire sans qu'aucune tradition ou autre acte de transfert fût nécessaire. Aussi ce genre de legs est-il rangé parmi les modes d'acquisition *lege* (V. n° 97). En somme, le légataire était immédiatement investi de l'action en revendication qui lui permettait de réclamer la chose soit à l'héritier, soit à tout tiers détenteur. De là le nom de legs *per vindicationem* (G. II, 194). Ce legs ayant pour effet de transférer la propriété quiritaire, ne pouvait porter que sur les choses dont le testateur était propriétaire *ex jure quiritium* au jour où il disposait, et à la condition qu'il en eût encore la propriété au jour du décès (G. II, 196) (5).

2° *Du legs per damnationem*. — Le nom de ce legs lui vient de sa formule : *Heres meus damnas esto dare facere Titio* (6). A la

(2) On pouvait également l'employer pour constituer une servitude, par exemple un usufruit (V. n° 104).

(3) On retrouve déjà la formule *do lego* dans les paroles solennelles de la *nuncupatio testamenti* (V. n° 230).

(4) C'est le legs *per vindicationem* qui s'accorde le mieux avec l'idée d'une *delibatio hereditatis*.

(5) La formule du legs *per præceptionem* était : *Titius hominem præcipito*. Il était employé dans les débuts par le testateur pour léguer à un héritier une chose à prendre avant tout partage (*præ capere*) en dehors de sa part héréditaire (G. II, 216, 219, 220). Plus tard, il servit à faire des legs à d'autres qu'aux héritiers. Une controverse sur la validité du legs fait dans ces conditions, fut tranchée par Hadrien qui l'assimila pleinement au legs *per vindicationem* (G. II, 221). Cette solution fut étendue au legs fait à un héritier, en sorte que, sans tenir compte désormais du terme *præcipito*, on permit au légataire *per præceptionem* de se considérer comme légataire *per vindicationem* (G. II, 222).

(6) Gaius (G. II, 201) et Ulpien (Ulp. Reg., XXIV, 4) nous donnent d'autres formules équivalentes, d'introduction évidemment plus récente : *heres meus dato, facito, heredem meum dare jubeo*.

lire, on voit quelle différence le sépare du legs *per vindicationem*. Le testateur en effet, s'adresse à l'héritier, il lui impose, sous la forme d'une condamnation prononcée contre lui, l'obligation d'accomplir une prestation au profit du légataire (7). L'exécution du legs implique donc nécessairement le fait de l'héritier. Dans le legs *per vindicationem* au contraire, c'est au légataire que le testateur s'adresse, dans la forme *do, capito, sumito*, parce qu'il s'agit alors d'une acquisition directement réalisée par le légataire, sans passer par l'intermédiaire de l'héritier. Aussi, tout l'effet du legs *per damnationem* est-il de créer à la charge de l'héritier une obligation. Cette obligation est sanctionnée par une action personnelle : l'*actio ex testamento* que le légataire intentera contre l'héritier à l'effet d'obtenir l'exécution du legs (G. II, 204) (V. n° 187). Tout ce qui peut faire l'objet d'une obligation pouvait donc être légué *per damnationem* : la chose appartenant au testateur *ex jure quiritium*, celle sur laquelle il n'a que l'*in bonis*, la chose de l'héritier, la chose d'autrui, un fait à accomplir par l'héritier. Le domaine d'application de ce legs est donc fort large, on l'appelait à raison de ce fait : *optimum jus legati* (G. II, 197) (8).

Disparition du formalisme. — a) Sénatusconsulte Néronien. — Les diverses formules de legs ne pouvaient être indifféremment prises l'une pour l'autre. Suivant les droits que le testateur avait sur la chose léguée et ceux qu'il voulait conférer au légataire, il devait choisir l'une d'elles à l'exclusion de toute autre. Faute d'avoir employé la formule appropriée, le legs était inefficace. C'est ce qui arrivait, par exemple, si on léguait *per vindicationem* une chose dont on n'avait pas la propriété quiritaire, soit qu'on l'eût seulement *in bonis*, soit qu'il s'agît de la chose d'autrui. Aussi, les testateurs prirent-ils l'habitude de faire le même legs sous plusieurs formes, de façon que s'il était nul comme legs *per vindicationem*, il valût au moins comme legs *per damnationem*. Il y avait, en effet, toute probabilité pour que ce but fût atteint, le legs *per damnationem*

(7) Sous l'empire des *legis actiones*, le légataire avait sans doute à sa disposition la *manus injectio* contre l'héritier qui refusait d'exécuter le legs *per damnationem*. C'est ce qu'on peut conclure avec vraisemblance de la formule : *damnas esto* qui assimilait l'héritier au défendeur condamné en justice, *damnatus* (G. IV, 21).

(8) Le legs *sinendi modo* n'était tout d'abord qu'une variété du legs *per damnationem*. Sa formule le prouve : *Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem sumere sibi que habere*. Mais l'héritier était réduit ici à un rôle purement passif, il n'avait qu'à laisser le légataire se mettre en possession de la chose léguée, sans être tenu de la transférer en propriété. Si telle fut la portée originaire de ce legs, il est certain qu'on finit par l'assimiler complètement au legs *per damnationem*, et par donner au légataire l'*actio ex testamento* pour contraindre l'héritier à lui transférer la propriété (G. II, 213, 214).

étant, au point de vue des choses qui peuvent en être l'objet, le plus large de tous, *optimum jus legati*.

Un sénatusconsulte rendu sous Néron, *senatusconsultum Neronianum*, consacra officiellement cet usage. Il décidait que le legs de la chose d'autrui, vaudrait comme legs *per damnationem* (G. II, 197). Généralisant cette solution, la pratique admit que tous les legs nuls pour avoir été faits en termes inappropriés, *verbis minus aptis*, vaudraient néanmoins comme legs *per damnationem* (Ulp., *Reg.*, XXIV, 11^a; G. II, 218). Plus tard, allant encore plus loin, on admit que tout légataire serait autorisé à considérer comme legs *per damnationem* le legs même valable, qui lui était adressé sous une autre forme. Dès lors, on donna au légataire *per vindicationem* le choix entre l'*actio ex testamento* et l'action en revendication. La forme dans laquelle le testateur s'était exprimé devenait donc indifférente. De là à la suppression des formules solennelles de legs il n'y avait qu'un pas. Une constitution des fils de Constantin accomplit cette réforme (21. Cod., *De legat.*, VI, 37).

b) *Droit de Justinien*. — Justinien consacra tous ces résultats dans une constitution (1. Cod., *Comm. de legat.*, VI, 43) dont voici les principales dispositions : 1° Il supprime l'antique classification des legs fondée sur les formules dont s'était servi le testateur. Il n'y eut donc plus qu'une seule espèce de legs dont la validité fut indépendante des termes employés par le testateur (9). 2° Le légataire est propriétaire de la chose léguée, comme autrefois dans le legs *per vindicationem*. Il peut donc réclamer la chose à tout tiers détenteur, ce qui lui permet d'échapper au concours des créanciers de l'héritier, sans pour cela avoir besoin de demander contre eux la *bonorum separatio*. 3°. En même temps, le légataire est créancier, comme lorsque le legs était fait *per damnationem*. Justinien ne fait donc que sanctionner ici les conséquences que la pratique avait dégagées du sénatusconsulte Néronien. Mais, voulant donner pleine garantie au légataire, il munit sa créance d'une hypothèque générale portant sur tous les biens de la succession (V. art. 1017, C. civ.) (10).

(9) Comme le dit très nettement Justinien : *non verbis sed ipsis rebus leges imponimus* (2. Cod., *Comm. de legat.*, VI, 43). La loi ne doit pas tenir compte des mots mais des choses. C'est la condamnation du formalisme.

(10) Le légataire avait donc trois actions pour réclamer l'exécution du legs : l'action en revendication, l'*actio ex testamento* et l'action hypothécaire. Il est évident d'ailleurs qu'il y a des cas où l'objet du legs s'oppose à ce que le légataire ait la revendication et où il est simplement créancier avec la garantie de l'hypothèque. C'est ce qui arrive lorsqu'on a légué la chose d'autrui, ou des choses *quæ pondere mensura numero constant*, ou encore une créance ou un fait à accomplir par l'héritier.

256. — 2° *Contenu des legs.* — En principe, toute chose corporelle ou incorporelle peut faire l'objet d'un legs. Le legs d'une chose corporelle peut porter sur un corps certain ou une chose de genre⁽¹⁾. Comme legs de choses incorporelles citons : le legs d'un fait à accomplir par l'héritier ; le legs d'une créance, qui donne au légataire le droit de contraindre l'héritier à lui céder les actions nées de la créance ; le legs de libération, c'est-à-dire le legs par lequel un créancier remet gratuitement sa dette à un de ses débiteurs⁽²⁾ ; le legs d'une servitude prédiale ou personnelle (V. n^{os} 104, 109) ; le legs d'une *universitas juris* et notamment celui d'une quote-part de la succession, *legatum partitionis*, appelé par les modernes legs partiaire. Il est utile de donner quelques détails sur cette dernière espèce de legs.

Le légataire partiaire venait concurremment avec les héritiers institués recueillir la part ($1/3$, $1/4$) qui lui était attribuée, mais il n'était pas considéré comme héritier. Seul, par conséquent, l'héritier était investi des actions héréditaires contre les débiteurs et seul il était exposé aux poursuites des créanciers héréditaires. Mais, comme il fallait qu'en définitive le légataire recueillît en partie le bénéfice des créances et supportât dans la même mesure la charge des dettes, il intervenait entre lui et l'héritier des stipulations réciproques, *stipulationes partis et pro parte*. L'héritier promettait de restituer tout ce qu'il toucherait au delà de sa part sur les créances héréditaires, le légataire s'engageait à rembourser à l'héritier tout ce que ce dernier aurait payé aux créanciers au delà de sa part (G. II, 254, 257) (Ulp. *Reg.*, XXIV, 25)⁽³⁾.

II. — De l'acquisition du legs.

257. — *Comment et à quel moment se produit l'acquisition du legs.* — *Théorie du dies cedens.* — La manière dont s'acquiert

256. — (1) Même le legs de la chose d'autrui est valable. Le légataire a alors l'*actio ex testamento* contre l'héritier pour le forcer à lui procurer la chose ou à son défaut l'estimation de celle-ci. Toutefois ce legs n'était valable que s'il était prouvé que le testateur avait su qu'il léguait la chose d'autrui, ayant voulu mettre cette obligation onéreuse à la charge de son héritier (§ 4. *Inst.*, *De legat.*, II, 20). Le Code civil proclame sans aucune distinction la nullité du legs de la chose d'autrui (V. art. 1021, C. civ.).

(2) Le droit civil n'ayant pas admis le legs au nombre des modes d'extinction des créances, la créance subsistait *jure civili* et le débiteur pouvait être poursuivi malgré le legs fait à son profit. Mais le préteur lui permettait de paralyser la poursuite en opposant l'*exceptio doli*.

(3) Le legs partiaire aurait été imaginé à l'époque où le culte des ancêtres était de plus en plus abandonné. On aurait cherché à faire retomber la charge des *sacra* sur le légataire qui, grâce au legs partiaire, recueillait la majeure partie des biens. A l'époque classique le legs partiaire a dû finir par se confondre avec le fidéicommiss d'hérédité avec lequel il présente de grandes ressemblances (V. n^o 262).

le legs est différente selon qu'il est fait *per vindicationem* ou *per damnationem*. Dans le premier cas, le légataire devient propriétaire par la seule force de la loi, *lege*, sans avoir à manifester sa volonté, même à son insu, sous réserve de renoncer, *omittere legatum*, s'il le veut (1). Le légataire *per damnationem* n'a qu'un droit de créance contre l'héritier. Dans ce second cas, la chose léguée ne lui est donc pas acquise directement et immédiatement. Il faut qu'il passe par l'intermédiaire de l'héritier et lui demande l'accomplissement de la prestation mise à sa charge.

Mais à quel moment est acquis le droit que le legs confère au légataire? Lorsque l'héritier est un *necessarius*, le droit du légataire naît en même temps que celui de l'héritier. Si l'héritier est un *voluntarius*, le sort du legs dépend évidemment du parti qu'il va prendre. Le droit du légataire reste donc en suspens jusqu'au jour de l'adition. A cette date le légataire devra être encore vivant et capable. L'héritier avait donc intérêt à reculer le moment de l'adition, afin de multiplier les chances de disparition du legs. D'assez bonne heure, les juristes cherchèrent à déjouer ce calcul. Dans ce but, on donnait au légataire, dès avant l'adition, un droit éventuel au legs, une sorte de *demi-droit* qui devait se transformer en droit complet et définitif au jour de l'adition seulement. L'acquisition du legs s'accomplit donc en deux fois et comme en deux étapes successives. Le jour où le droit se fixe éventuellement sur la tête du légataire, on dit que *dies legati cedit*, il y a un pas de fait en avant vers l'acquisition définitive. C'est seulement plus tard, en général au jour de l'adition, que le droit est assuré, et l'on dit alors que *dies legati venit* (2).

Lorsque le legs était pur et simple ou à terme, le *dies cedens* avait lieu dès le jour du décès, de façon à ce que le droit du légataire prît consistance le plus tôt possible et fût indépendant désormais des négligences voulues de l'héritier. Le *dies cedens* du legs conditionnel ou à terme incertain, n'avait lieu qu'à l'arrivée de la condition ou du terme. Jusque-là, en effet, il y a incertitude sur le sort du legs, et par suite, il ne peut être question d'attribuer au légataire un droit même éventuel au legs.

On peut résumer de la façon suivante les effets produits par la

257. — (1) Cette solution n'a pas triomphé sans difficulté. V. Girard, *Manuel élément.*, p. 916.

(2) Les expressions *dies cedit*, *dies venit* sont également employées, on l'a vu, dans la matière des obligations (V. n° 209), où la première a une autre signification qu'en matière de legs. Le *dies debiti cedit*, lorsque le droit à la créance est fixé d'une façon assurée sur la tête du créancier.

diei cessio. 1° Si le légataire meurt, le droit au legs passe à ses héritiers, et c'est particulièrement en vue de ce résultat qu'on plaçait le *dies cedens* avant l'adition (Ulp., *Reg.*, XXIV, 30). 2° La personne qui profitera du legs est désormais déterminée. Si le légataire est *alieni juris*, le droit au legs appartient à la personne investie de la puissance au jour du *dies cedens*, alors même que, plus tard, le légataire deviendrait *sui juris* ou passerait sous la puissance d'un autre. 3° L'étendue et la consistance du legs sont définitivement fixées au jour du *dies cedens* (3).

Là se bornent les effets produits provisoirement par le legs. Le légataire n'est pas encore absolument assuré de pouvoir l'obtenir. Tout dépend, en effet, du parti que va prendre l'héritier. S'il répudie, le droit au legs s'évanouit, et avec lui les effets provisoires qu'il a produits depuis le *dies cedens*. S'il fait adition, le droit au legs est désormais certain et le legs est exigible, *dies venit*, si du moins le legs est pur et simple. Mais si le legs est à terme ou conditionnel, le *dies veniens* se trouve évidemment retardé jusqu'à l'arrivée du terme ou de la condition (4).

III. — Du défaut d'acquisition du legs.

258. — *Causes du défaut d'acquisition.* — Les causes qui empêchent l'acquisition du legs peuvent être contemporaines de la disposition elle-même ou s'être produites postérieurement.

1° *Causes contemporaines de la disposition.* — Parmi ces causes, signalons d'abord celles qui proviennent du testament et réfléchissent sur la validité du legs qui y est inscrit. C'est ainsi que l'inefficacité du testament *injustum* ou *inofficiosum* entraîne celle des legs par voie de conséquence (1). Mais la nullité du legs peut provenir exclusivement du legs lui-même, par exemple si la chose léguée *per vindicationem* appartient déjà au légataire. En vain, l'obstacle à la validité du legs, aurait-il disparu par la suite, le legs ne deviendra pas efficace. Cette solution semble être en opposition avec la nature même du legs. Comme toutes les dispositions de dernière volonté, le legs n'est fait pour recevoir son exécution qu'au jour du décès. C'est donc à ce moment seulement qu'on de-

(3) Ces effets ne se produisent que si le légataire est encore vivant et capable au jour du *dies cedens*.

(4) Il résulte de là que pour le legs conditionnel, le *dies cedens* et le *dies veniens* ont lieu au même moment, lorsque du moins la condition ne se réalise qu'après l'adition.

258. — (1) Il en est de même lorsque le testament est *ruptum*, *irritum*, *destitutum* (V. n° 233).

vrait rechercher si le legs peut valoir, et s'il se trouve qu'alors les causes de nullité ont disparu, rien ne doit plus s'opposer à l'efficacité de la disposition. Ces raisons n'avaient pas touché les juristes. A leurs yeux, le testament est destiné à être exécuté immédiatement, comme si le testateur devait mourir au moment où il vient de tester. C'est pourquoi la nullité initiale du legs ne pouvait s'effacer par la suite. Cette règle fut formulée par Caton, fils de Caton le Censeur, et elle a reçu le nom de règle catonienne : *regula catoniana* (2).

2° *Causes postérieures à la confection du testament.* — Ces causes peuvent se diviser en deux catégories, suivant qu'elles sont indépendantes ou non de la volonté du testateur. Parmi les premières citons : la mort ou l'incapacité du légataire survenue avant le *dies cedens*; le défaut de *jus capiendi* du légataire, les lois caducaires s'appliquant en effet aux legs aussi bien qu'aux institutions; la perte fortuite de la chose léguée, lorsque le legs a pour objet un corps certain; l'acquisition de la chose léguée en vertu d'une cause lucrative différente du legs (3); enfin, le refus du légataire d'acquiescer le legs. Quant aux causes dépendantes de la volonté du testateur, ce sont la révocation du legs et l'exagération du nombre ou de la quotité des legs. La révocation du legs, *ademptio legati*, pouvait être expresse, cas auquel elle était subordonnée aux mêmes conditions de forme que le legs lui-même (4). Elle pouvait aussi être tacite et s'induire par exemple de la radiation volontaire du legs ou de l'aliénation de la chose léguée consentie par le testateur (G. II, 198) (V. art. 1038, C. civ.). Quant à l'exagération du nombre ou de la quotité des legs, elle ne devint une cause faisant obstacle à l'acquisition qu'à partir du moment où le législateur crut nécessaire d'intervenir pour restreindre la faculté de faire des legs.

Dans le principe, on n'avait songé à limiter ni le nombre, ni la quotité des legs. Lorsque les testaments devinrent des actes privés soustraits au contrôle du peuple, les inconvénients de cette liberté excessive ne manquèrent pas de se révéler. Les testateurs, cédant

(2) Voici comment elle aurait été formulée : *Quod si testamenti facti tempore decessisset testator inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere* (1, pr. Dig., *De reg. cat.*, XXXIV, 7, Cels). Elle recevait une notable exception, lorsque le legs était conditionnel. Si l'obstacle avait disparu au jour de l'arrivée de la condition, le legs devenait valable.

(3) Il y a là une application du principe général : *duas pluresve lucrativas causas in eadem re concurrere non posse* (V. n° 197).

(4) Ulp., *Reg.*, XXIV, 29. Mais cette règle, application du *contrarius actus*, disparut avec le formalisme dont elle était la conséquence.

au désir de laisser derrière eux un renom de libéralité, grevèrent l'actif héréditaire de legs considérables, et les héritiers, en présence d'une hérédité ainsi appauvrie, furent tentés de la répudier. Le testateur allait donc, par sa faute, mourir *intestat*, l'héritier institué perdait sa vocation, et les légataires le bénéfice des dispositions à eux destinées (G. II, 224). Trois lois, de l'époque républicaine, cherchèrent le moyen de restreindre dans de sages limites la liberté absolue laissée jusque-là au testateur.

1° La loi *Furia testamentaria* fixa à 1.000 as le maximum de ce qu'un légataire pouvait recevoir. Le légataire qui recevait un legs supérieur à ce chiffre était tenu de restituer le quadruple de l'excédent (5). Cette loi n'atteignait qu'imparfaitement son but, car le *quantum* des legs était restreint, mais non leur nombre. Le testateur pouvait donc, au moyen de nombreux legs inférieurs chacun à 1.000 as, arriver à absorber l'hérédité tout entière (G. II, 225).

2° Vint ensuite la loi *Voconia* qui décida qu'aucun légataire ne pourrait obtenir plus que ne recueillait l'héritier. Mais cette loi était également insuffisante, car il dépendait du testateur, en multipliant le nombre des legs et en donnant à chaque légataire autant qu'à l'héritier, de réduire à presque rien le droit de ce dernier (G. II, 226).

3° La loi *Falcidia* donna enfin la solution vainement cherchée jusque-là. Elle décida que la totalité des legs ne pourrait pas dépasser les trois quarts de l'hérédité, de telle façon que le quart fût toujours assuré à l'héritier. C'est cette part qui fut désignée sous le nom de *quarta legis Falcidiæ* (G. II, 227; pr. Inst., *De lege Falcid.*, II, 22) (6). Lorsque la quarte était atteinte par les legs, ceux-ci étaient tous l'objet d'une réduction proportionnelle destinée à assurer à l'héritier la part qui lui était réservée par la loi. Il y a donc là une cause qui fait obstacle, au moins partiellement, à l'acquisition du legs. Sous Justinien, la loi Falcidie est encore en vigueur.

259. — *Effets du défaut d'acquisition des legs. — Théorie de l'accroissement.* — Le legs étant une *delibatio hereditatis*, il est logique qu'il reste dans l'hérédité lorsque, pour une cause quel-

(5) On exceptait seulement les parents du testateur jusqu'au sixième degré et au septième les *sobrino sobrinave nati*. Ce sont précisément ces personnes à qui le préteur défère la *bonorum possessio unde cognati* (V. n° 238).

(6) La loi Falcidie est de l'an 40 avant Jésus-Christ, 714 U. C. Son texte est rapporté par Paul (1, pr. Dig., *Ad leg. Falcid.*, XXXV, 2). C'est sur le modèle de la quarte Falcidie qu'ont été instituées la quarte légitime et la quarte pégasienne (V. nos 244, 262).

conque, il échappe au légataire. Le défaut d'acquisition du legs profite donc en principe à l'héritier. Il en est autrement dans le cas d'accroissement. On retrouve ici les trois phases retracées plus haut au sujet de l'accroissement entre cohéritiers (V. n° 252).

1° *Droit d'accroissement antérieur aux lois caducaires.* — De même qu'entre cohéritiers, l'accroissement est entre légataires une conséquence de l'identité de vocation. Cette identité de vocation provient de la volonté expresse du testateur qui a associé deux légataires au bénéfice de la même disposition, ce qu'il peut faire de deux façons. Ou bien il attribue la même chose aux deux légataires par une disposition unique formulée en une seule phrase, cas auquel les deux colégataires sont *conjuncti (re et verbis)*; ou bien il les appelle à recueillir la même chose, mais par deux phrases distinctes, cas auquel les deux colégataires *disjuncti* sont en réalité *conjuncti re tantum* (1). L'accroissement entre colégataires est donc plutôt un *jus non decrescendi* qu'un *jus accrescendi*. Aussi avait-il lieu *etiam invito legatario et sine onere*.

2° *Législation caducaire.* — Les legs *caduca*, c'est-à-dire ceux qui manquaient leur effet par application des lois nouvelles étaient attribués, à titre de *præmia*, aux *patres* dans l'ordre suivant : d'abord au colégataire conjoint, puis aux héritiers, ensuite aux autres légataires, enfin au fisc (G. II, 207) (2). L'accroissement d'ailleurs-n'était pas forcé et il avait lieu *cum onere*.

3° *Droit de Justinien.* — L'abolition des lois caducaires aurait dû entraîner le retour pur et simple à l'ancienne législation. Il n'en fut ainsi que pour les legs qui manquent leur effet pour une cause contemporaine de la confection du testament (1, § 3. Cod., *De cad. toll.*, VI, 51) (3).

259. — (1) La *conjunctio* ne donne lieu à l'accroissement qu'au cas de legs *per vindicationem* (G. II, 199; Ulp., *Reg.*, XXIV, 12). En cas de legs *per damnationem* si la *conjunctio* a été faite *re et verbis*, chacun des colégataires n'a droit qu'à sa part, en vertu du principe que les créances conjointes se divisent de plein droit entre cocréanciers (V. n° 212), ce qu'on exprime ainsi : *damnatio partes facit* (G. II, 205). Si la *conjunctio* a été faite *re tantum*, chacun des légataires étant créancier, l'un a droit à la chose, l'autre à son estimation : si donc un seul vient recueillir le legs, il a droit à la chose entière en vertu de son droit propre, sans qu'il soit besoin de faire intervenir le droit d'accroissement.

(2) Il paraît inutile d'en dire plus sur la législation caducaire. V. Girard, *Manuel élément.*, pp. 921, 922.

(3) Mais, si le legs manque son effet pour une cause postérieure à la confection du testament, l'accroissement n'a lieu conformément aux règles du droit civil ancien que lorsque la *conjunctio* est faite *re tantum*. Si la *conjunctio* est faite *re et verbis*, l'accroissement a lieu comme du temps des lois caducaires, facultativement et *cum onere*. Cette différence de solution s'explique difficilement.

II. — DES FIDÉICOMMIS

260. — *Notions générales.* — Le fidéicommiss doit son origine à la rigueur excessive du droit successoral ancien. Le nombre des modes de disposer était restreint. En dehors de l'institution et du legs, le formalisme intransigeant n'admettait aucun autre mode d'expression des dernières volontés du défunt. D'autres entraves provenaient des incapacités de toute sorte empêchant une foule de personnes d'être gratifiées par testament ou de recueillir le bénéfice des libéralités testamentaires à elles adressées. Une législation aussi exigeante devait provoquer une réaction. Aux actes formels, régis par des prescriptions étroites, on devait être tenté de substituer des actes sans forme donnant toute facilité pour gratifier les incapables. La sévérité outrée des lois suscite nécessairement des créations de ce genre. L'initiative individuelle ne se laisse pas longtemps enchaîner. La réglementation excessive est pour elle une incitation de plus à trouver des formes plus souples et plus libres. Le fidéicommiss est précisément une institution ayant ce caractère.

La libéralité appelée ainsi est exprimée en termes précatifs. Le disposant ne l'adresse pas directement à la personne qu'il a en vue. Il prie une autre personne gratifiée par lui en forme régulière d'exécuter sa volonté (G. II, 250). C'est en sa foi qu'il se confie, *fidei committit*, pour l'accomplissement de la libéralité. La disposition est donc bien dénommée : *fideicommissum*. La personne chargée de l'exécution est le *fiduciarius*, fiduciaire ; le bénéficiaire de la libéralité est le *fideicommissarius*, fidéicommissaire. Aux deux modes de disposer reconnus par le droit ancien, institution d'héritier et legs, correspondaient deux espèces de fidéicommiss. Le fidéicommiss d'hérédité, *hereditas fideicommissa*, comprenait la totalité ou une quote-part de l'hérédité du disposant, le fidéicommiss particulier, *fideicommissum singulæ rei*, avait pour objet une chose particulière. Ces deux variétés de fidéicommiss ont eu d'abord une histoire identique, et, par suite, furent soumises à des règles communes. A un moment donné cette histoire cesse d'être une. Tandis que le fidéicommiss d'hérédité continue à avoir une existence propre en face de l'institution d'héritier, le fidéicommiss particulier tend à se rapprocher de plus en plus du legs, avec lequel il finit par se confondre sous Justinien. Les aspects successifs de cette évolution méritent d'être retracés sommairement.

Développement historique des fidéicommiss. — A ses débuts, le

fidéicommiss n'est pas un *negotium juris*. Le droit l'ignore, par conséquent il ne le sanctionne pas. Le fiduciaire n'est pas obligé d'exécuter la volonté du disposant. Le fidéicommissaire n'a aucune action contre lui pour l'y contraindre (1). Mais la pratique s'en sert fréquemment pour tourner les dispositions prohibitives des lois successorales. Et elle y réussit. Car, le fidéicommiss est permis. Comme le droit ne le connaît pas, il ne fait rien pour le prohiber. On choisissait donc comme institué ou légataire une personne capable et on la priait de restituer la libéralité au bénéficiaire véritable qui pouvait être un incapable (G. II, 285, 274, 275, 286, 286 a, 287).

A partir du principat, l'institution subit une double transformation : 1° Le fidéicommiss devient obligatoire. Auguste permet en effet aux consuls d'intervenir pour contraindre le fiduciaire à l'exécution. Désormais, le fidéicommiss pouvait donner lieu à un procès. La connaissance en fut confiée par Claude à deux préteurs spéciaux, *prætores fideicommissarii*, pour Rome. En province ces litiges étaient portés devant le magistrat gouverneur. L'action donnée au fidéicommissaire diffère d'ailleurs d'une action ordinaire par le nom et la procédure. Ce n'est qu'une *persecutio* sur laquelle le magistrat statue lui-même sans renvoi devant un juge, *extra ordinem* (G. II, 278 ; Ulp., *Reg.*, XXV, 12). 2° Mais si l'efficacité du fidéicommiss était désormais assurée, son champ d'application tendait à se restreindre. On le prohibe partout où il est employé ouvertement pour échapper à la loi. C'est ainsi que le sénatusconsulte Pégasien sous Vespasien annule les fidéicommiss au profit de personnes que les lois caducaires privent du *jus capiendi* (G. II, 286 a) et sous Hadrien, il en est de même des fidéicommiss adressés aux pérégrins (G. II, 285). Il ne semble pas qu'il y ait eu d'autres dispositions prohibitives, et par suite les fidéicommiss demeurent valables dans tous les autres cas (2).

Ici l'histoire de l'institution se bifurque. Les deux variétés du fidéicommiss suivent chacune une voie différente. On s'en occupera séparément.

261. — *Règles communes aux fidéicommiss d'hérédité et aux fidéicommiss particuliers.* — Quel que soit son objet, le fidéicommiss

260. — (1) Le droit romain ancien ne reconnaît pas les relations uniquement fondées sur la *fides*. Elles ne créent pas de *vinculum juris* (§ 1. Inst., *De fideicom. hered.*, II, 23) (V. nos 119, note 10; 130).

(2) Un autre sénatusconsulte rendu sous Hadrien annule les fidéicommiss au profit des personnes incertaines parmi lesquelles sont les personnes morales non investies de la *factio testamenti* (G. II, 287).

diffère de l'institution d'héritier ou du legs à trois points de vue.

1° Ses formes sont plus simples. Affranchi à tous égards des prescriptions du droit civil, il peut être fait en dehors d'un testament par codicille confirmé ou non confirmé, même par codicille *ab intestat* (V. n° 264); dans le corps du testament il peut précéder l'institution d'héritier; il n'a pas besoin d'être exprimé en latin et en termes impératifs (1). En somme, on faisait prévaloir la volonté du disposant sur les exigences rigoureuses du droit: *nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis* (Ulp., *Reg.*, XXV, 1).

2° Seul un institué peut être grevé d'un legs. Le fidéicommissaire au contraire peut être mis à la charge de toute personne à qui revient une part des biens du défunt: légataire, fidéicommissaire, même héritier *ab intestat* (2). On a vu d'ailleurs dans quelle mesure le fidéicommissaire peut s'adresser à des personnes incapables de recevoir ou recueillir une institution ou un legs (V. n° 260).

3° Le fidéicommissaire n'est pas, comme l'institution ou le legs *per vindicationem*, un mode direct d'acquisition de la propriété. Il n'engendre qu'un droit de créance contre le fiduciaire: *non in vindicatione sed in petitione consistit* (Paul, *Sent.*, IV, 1, § 18).

Comme les institutions et les legs, le fidéicommissaire pouvait être fait à terme ou sous condition, cas auquel la restitution n'est due qu'à l'arrivée de ces événements. L'une des applications les plus intéressantes du fidéicommissaire conditionnel a lieu dans le cas où, s'agissant d'un fidéicommissaire d'hérédité, l'époque fixée pour l'exécution est la mort du fiduciaire (G. II, 184, 277). Cette disposition a été appelée par les modernes substitution fidéicommissaire. Elle présente en effet une analogie frappante avec la substitution pupillaire, puisque le fiduciaire reste héritier pour son propre compte jusqu'à son décès, et qu'ensuite le fidéicommissaire vient à sa place, comme le substitué pupillaire vient succéder à l'impubère. Rien ne s'opposait à ce que le testateur imposât au premier fidéicommissaire l'obligation de conserver durant sa vie, et de restituer après sa mort à un second fidéicommissaire et ainsi de suite. On avait alors ce qu'on a appelé le fidéicommissaire graduel (3).

261 — (1) V. (G. II, 270, 270 a, 249, 281) (Ulp. *Reg.*, XXV, 8). Les expressions en forme précativie *peto, rogo, volo, fideicommitto* étaient les plus usuelles.

(2) *Fideicommittere quem posse ad quos aliquid perventurum est morte ejus vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur* (1, § 6. Dig., *De legat.*, III°, XXXII, Ulp.). La fin de ce texte fait allusion à l'héritier *ab intestat* qui est censé avoir reçu du défunt la succession que celui-ci aurait pu lui enlever.

(3) Cette espèce de fidéicommissaire a été empruntée au droit romain par notre ancien droit, où elle a pris un développement considérable. Grâce à la règle de l'inaliénabilité

262. — *Règles spéciales au fidéicommiss d'hérédité.* — Ce fidéicommiss porte sur la totalité ou sur une partie aliquote de l'hérédité, que le testateur charge le fiduciaire de remettre au fidéicommissaire. Il permet par conséquent, d'atteindre sous une forme plus libre le même but que l'institution d'un héritier, mais il ne produit pas, du moins dans les débuts, des effets aussi pleins.

Le fidéicommissaire, en effet, n'était investi de la part d'hérédité à laquelle il était appelé par le testateur, que si le fiduciaire opérait à son profit la restitution, ce qu'il faisait sous forme d'une vente fictive, *nummo uno*. Le fidéicommissaire pouvait alors lui demander la possession des choses corporelles comprises dans l'hérédité. Quant aux créances et aux dettes, comme d'après les principes elles ne peuvent se transmettre à un tiers, elles continuaient à rester fixées sur la tête de l'héritier grevé de restitution (V. n° 207). Seul, celui-ci pouvait poursuivre en justice les débiteurs héréditaires, ou être poursuivi par les créanciers. Mais comme il était juste qu'en définitive le fidéicommissaire participât aux créances et aux dettes dans la mesure de la part d'hérédité qu'il recueillait, il intervenait entre lui et le fiduciaire des stipulations réciproques, *stipulationes emtæ et venditæ hereditatis*, analogues aux stipulations *partis et pro parte* usitées en cas de legs partiaire (G. II, 252) (V. n° 256). En somme le fidéicommissaire était, à la suite de cette restitution et de ces stipulations, dans la situation d'un acheteur d'hérédité, *loco emtoris*.

Les stipulations *emtæ et venditæ hereditatis* exposaient les deux parties aux risques de leur insolvabilité réciproque. Aussi, le *senatusconsultum Trebellianum*, sous Néron, décida qu'une fois la restitution opérée, les actions héréditaires passeraient immédiatement au fidéicommissaire (1). Mais celui-ci ne peut les exercer, et on ne peut les exercer contre lui que sous forme d'actions utiles (G. II, 253) (2). La restitution plaçait donc le fidéicommissaire dans une

des biens, qui en était le corollaire, la substitution fidéicommissaire permettait de conserver les biens dans les familles et servait à perpétuer leur splendeur. Viollet, *Histoire du droit civil français*, pp. 879 et suiv. Le Code civil prohibe toute substitution fidéicommissaire (art. 896).

262. — (1) La restitution n'avait pas besoin d'être opérée matériellement. Il suffisait que le fiduciaire déclarât par lettre ou par *nuntius* qu'il entendait restituer (37, pr. Dig., *Ad senat. Trebell.*, XXXVI, 1, Ulp.).

(2) Par une juste réciprocité le fiduciaire poursuivi pouvait opposer une exception, (*exceptio restitutæ hereditatis*), à laquelle il était exposé lui-même s'il s'avisait de poursuivre les débiteurs héréditaires (27, § 7. Dig., *Ad senat. Trebell.*, XXXVI, I, Julian.). Il n'est pas parlé de cette exception dans le texte du sénatusconsulte, c'est la pratique prétorienne postérieure qui l'a créée, comme une conséquence logique du transfert des actions au fidéicommissaire.

situation analogue à celle d'un héritier, sans en faire un héritier véritable. Semblable au *bonorum possessor*, il était *loco heredis*. Aussi l'édit prétorien lui donnait-il la *petitio hereditatis fideicommissaria* (V. n° 295).

Plus tard, une nouvelle lacune de la législation fut comblée sous Vespasien, par le *senatusconsultum Pegasianum*. Jusqu'alors, en effet, l'héritier grevé d'un fidéicommiss d'hérédité n'avait aucun intérêt à accepter l'hérédité ; il pouvait même, vu l'énormité de la charge qui lui était imposée, être tenté de répudier, et sa répudiation faisait évanouir le droit du fidéicommissaire. S'inspirant des dispositions de la loi Falcidie (V. n° 258), le sénat décida que l'héritier qui acceptait volontairement l'hérédité grevée du fidéicommiss, aurait le droit de retenir le quart de l'hérédité, absolument comme s'il était en face de légataires. Ce quart est appelé quarte pégasienne. Si l'héritier refusait de faire adition il pouvait y être contraint par le magistrat sur la poursuite du fidéicommissaire, et, dans ce cas, il était privé de sa quarte (G. II, 254, 258) (3).

263. — *Règles spéciales aux fidéicommiss particuliers.* — Le fidéicommiss particulier ressemble au legs. Il permet d'atteindre pratiquement le même résultat. Mais il en est séparé par des différences notables, presque toutes à l'avantage du fidéicommiss (V. n° 261). Ces différences s'atténuèrent peu à peu. D'une part l'abandon progressif des anciennes formules de legs, leur disparition au Bas-Empire, rapprochait le legs du fidéicommiss (4). D'autre part, le fidéicommiss perdait quelque peu de cette liberté d'allure qui avait fait son succès. On lui appliquait certaines dispositions restrictives, notamment les lois *Falcidia, Julia et Papia* (V. nos 258, 260). De son côté le fidéicommiss tendait donc à s'identifier avec le legs. Quand disparut la procédure formulaire, une autre différence s'effaça : dans les deux cas l'action donnée au gratifié fut une *perse-*

(3) La combinaison des deux sénatusconsultes donna lieu à des complications qui sont sans grand intérêt au point de vue historique. Justinien y mit fin en fondant les deux sénatusconsultes en un seul tout. Les principes de ce droit nouveau peuvent se résumer ainsi : 1° Si l'héritier fait adition volontairement, il a droit à la *quarta Trebelliani senatusconsulti*. 2° Si l'héritier n'a fait adition que contraint et forcé, il perd son droit à la quarte. 3° Dans les deux cas, les actions héréditaires passent au fidéicommissaire dans la proportion de ce qu'il recueille (§ 7. Inst., *De fideicom. heredit.*, II, 23).

263. — (1) Le sénatusconsulte Néronien s'inspire du même esprit que la décision d'Auguste reconnaissant l'efficacité du fidéicommiss. Comme elle, il fait bon marché de la forme et ne se préoccupe que de l'intention du disposant. C'est la tendance caractéristique du *jus novum* en matière testamentaire. On en verra de nouveau la preuve à propos des codicilles et des privilèges testamentaires des militaires (V. n° 264).

cutio extra ordinem. A l'époque de Justinien, la fusion est achevée. Il n'eut plus qu'à la consacrer législativement. Désormais, il n'y a plus qu'une seule espèce de libéralité *mortis causa* à titre particulier. Portant indifféremment le nom de legs ou de fidéicommiss, elle est un composé des règles de ces deux genres de disposition, empruntant à chacun ce qu'il présentait de plus avantageux pour la personne gratifiée (2. Cod., *Comm. de legat.*, VI, 43; § 3. Inst., *De legatis*, II, 20).

APPENDICE AUX SUCCESSIONS

264. — *Des codicilles et des privilèges testamentaires des militaires.* — Ici, comme dans les fidéicommiss, il s'agit d'institutions nouvelles, en opposition avec le droit ancien, créations du droit impérial, destinées à secouer le joug d'un formalisme gênant et suranné et à donner pleine efficacité aux dernières volontés d'un défunt, sans se préoccuper des formes dans lesquelles elles sont exprimées. C'est assez pour qu'on dise quelque chose de ces institutions qui semblent avoir préparé la voie au législateur moderne.

I. *Codicilles.* — Lorsqu'un testateur voulait apporter des modifications à son testament, il était obligé, dans la rigueur des principes, d'en refaire un nouveau. Le testament, en effet, ne peut pas se faire en plusieurs fois et à plusieurs moments distincts. Les dispositions de dernière volonté sont inséparables les unes des autres, elles doivent se trouver groupées *uno contextu* et comme concentrées dans un acte unique. C'est la règle de l'unité d'acte (21, § 1, 3. Dig., *qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1, Ulp.) (V. n° 230). Le testateur qui voulait changer quelque chose à son testament sans le refaire, en était donc réduit à adjoindre aux *tabulæ testamenti* un petit écrit, *codicillus*, qui ne liait pas l'héritier et pour l'exécution duquel il fallait s'en rapporter à sa conscience et à sa bonne foi. Mais à l'époque d'Auguste, au moment où la validité des fidéicommiss fut reconnue, on admit, par analogie, l'efficacité des codicilles (pr. Inst. *De codicill.*, II, 25)⁽¹⁾.

Il y avait deux espèces de codicilles : les codicilles testamentaires et les codicilles *ab intestat*. 1° *Codicilles testamentaires.* — Ils sont de véritables annexes du testament et se subdivisent en codi-

264. — (1) D'après Justinien, Auguste, aurait convoqué les prudents, au nombre desquels figurait Trebatius, pour les consulter sur l'utilité qu'il y aurait à reconnaître la validité des codicilles. Trebatius fut d'avis de l'admettre, et Labéon ayant lui-même fait des codicilles, leur efficacité ne fut plus mise en doute par personne.

cilles confirmés ou non confirmés, selon que le testament les a ou non prévus et mentionnés comme devant être exécutés (2). Le codicille confirmé est censé écrit dans le testament dont il fait désormais partie intégrante. Il peut contenir des legs, des affranchissements, des fidéicommiss, des nominations de tuteur, mais non une institution d'héritier, une substitution, une révocation d'institution, une exhérédation (§ 2. Inst., *De codicill.*, II, 25). Par codicille non confirmé, on ne pouvait laisser que des fidéicommiss (Ulp., *Reg.*, XXV, 8.). 2° *Codicilles ab intestat*. — Les codicilles *ab intestat* sont l'œuvre d'une personne morte sans testament (3). Trois différences les séparaient des codicilles testamentaires. Ils pouvaient émaner de personnes n'ayant pas la *factio testamenti* au jour de la confection du codicille, pourvu qu'elles en fussent investies au jour du décès. Ils ne pouvaient contenir que des fidéicommiss. Enfin, ils conservaient leur effet malgré la survenance d'événements qui eussent entraîné la rupture d'un testament, tandis que les codicilles testamentaires tombaient avec le testament dont ils étaient une dépendance.

II. *Législation spéciale aux militaires en matière successorale*. — Les empereurs octroyèrent aux *milites* une foule de privilèges qui finirent par constituer un droit à part, dérogeant au droit commun, *jus paganorum*, et beaucoup moins asservi au formalisme (4) (V. n° 30). Aussi, les plus importants de ces privilèges sont-ils des dispenses de forme. D'autres ont trait au fond des dispositions de dernière volonté. Ces faveurs peuvent se justifier par la difficulté que présentait pour les militaires la stricte observance des règles du droit civil. C'est déjà pour cela que, dès le début, on avait admis à côté du testament ordinaire *calatis comitiis*, le testament *in procinctu* (V. n° 230) (5). Ajoutons que les militaires n'avaient pas

(2) La confirmation peut d'ailleurs avoir en vue des codicilles déjà faits antérieurement (confirmation *in præteritum*) ou être faite en prévision de codicilles postérieurs au testament (confirmation *in futurum*). Le testament de Gaius Longinus Castor, contient une confirmation *in futurum* (Girard, *Textes*, p. 726).

(3) Le testament nul valait comme codicille *ab intestat*, si le testateur avait voulu qu'il en fût ainsi. Théodose exigea que l'intention du défunt à cet égard fût exprimée par une clause formelle, c'est la clause codicillaire. Le codicille *ab intestat* est la forme de disposition qui s'écarte le plus de l'idée du testament romain. Il est presque voisin de notre testament moderne.

(4) Ce droit exceptionnel, dont l'idée première est due à César, fut confirmé par Titus, Domitien, et consacré définitivement par Nerva et Trajan (1, pr. Dig., *De testum. militis.*, XXIX, 1, Ulp.). Dérivant des *mandata principum*, il fait partie du *jus civile*, mais du *jus civile novum* (V. n° 12).

(5) C'est également l'idée qui inspira le Code civil dans ses dispositions relatives au testament des militaires (V. art. 981-984, C. civ. modifiés par les lois des 8 juin 1893 et 17 mai 1900).

comme les simples particuliers, la ressource de pouvoir consulter un juriste, dont les conseils étaient d'autant plus nécessaires que le formalisme était plus étroit et plus rigoureux (V. n° 9). C'est en ce sens qu'il faut entendre les textes qui, pour justifier les privilèges des militaires, invoquent leur ignorance et leur simplicité d'esprit, *nimia imperitia, simplicitas* (G. II, 109; 1, pr. Dig., *De test. milit.*, XXIX, 1, Ulp.). A vrai dire, il ne s'agit pas d'une ignorance professionnelle, mais d'une impossibilité temporaire de se renseigner sur le droit. Au surplus, des considérations d'ordre politique avaient influencé les empereurs qui cherchaient, par l'octroi de privilèges, à se ménager la faveur des légions.

a) *Privilèges relatifs à la forme du testament.* — Le testament militaire est soustrait aux prescriptions du droit civil et du droit prétorien. Sous quelque forme qu'ait été exprimée la volonté du testateur, elle doit être respectée, pourvu qu'il n'y ait aucun doute sur ses intentions : *ut quoquo modo testati fuissent rata esset eorum voluntas* (1, pr. Dig., *De test. milit.*, XXIX, 1, Ulp.). Ainsi le testateur militaire n'a pas besoin de faire appel au nombre légal de témoins, ni de Manciper la *familia*, ni de *nuncupare*, ni de faire son testament *uno contextu*. Il peut se contenter d'une simple déclaration orale. Même un testament inachevé pourra valoir, à condition qu'on puisse y voir autre chose qu'un simple projet.

b) *Privilèges relatifs au fond.* — Ici encore, la volonté du testateur est souveraine et doit être suivie avant tout. Voici les principales applications de ce principe.

1° La prédominance de la succession testamentaire sur la succession *ab intestat*, n'est pas admise. En conséquence, la règle de l'incompatibilité des deux modes de succession ne s'applique pas (V. n° 229) (6).

2° On se montre fort large en matière de capacité. Les fils de famille militaires peuvent tester à l'égard de leur pécule *castrense* (V. n° 36), et le *jus capiendi ex testamento militis* appartient à toute personne, même à celles déclarées par les lois caducaires incapables de recueillir (G. II, 110).

3° Pour ce qui est de l'acquisition, la règle de la perpétuité du droit héréditaire est mise de côté, et par suite, l'institution faite *ex die* ou *ad tempus* est valable et s'exécute telle quelle.

4° Les causes d'inefficacité sont moins nombreuses qu'en droit commun. Il était rare que le testament fût *injustum*, puisqu'il

(6) Un militaire peut laisser simultanément ses biens aux héritiers *ab intestat* et aux héritiers testamentaires (6; 37. Dig. *De test. mil.*, XXIX, 1, Ulp., Paul).

était exempt de toutes formes. Il ne devenait pas *irritum* par la *capitis deminutio* du testateur, et quelle que fût la personne omise ou exhéredée, il ne pouvait être attaqué par la *querela inofficiosi testamenti*.

5° Le testament militaire peut contenir des legs ou fidéicommiss en nombre et en quantité aussi considérable qu'il plaît au testateur. L'héritier n'a droit, ni à la quarte Falcidie, ni à la quarte Pégasienne.

Tous ces privilèges n'appartiennent aux militaires que pendant la durée du service. De là la distinction entre les *miles ante et post missionem* (G. II, 106). Mais sous Justinien, on restreignit avec raison l'application de ces privilèges au cas où le testament serait fait *in expeditione*, le soldat en garnison ayant le moyen de recourir aux lumières d'un jurisconsulte (pr. Inst., *De milit. test.*, II, 11).

AUTRES MODES D'ACQUISITIONS PER UNIVERSITATEM

265. — *Modes d'acquisition per universitatem autres que l'hérédité.* — A côté de l'hérédité, il y a d'autres modes d'acquisition du patrimoine qui sont des conséquences du décès. C'est, dans l'ancien droit, l'*usucapio pro herede* (V. n° 92), dans le droit plus récent, l'*in jure cessio* par laquelle un héritier légitime externe, qui n'a pas fait encore adition, transmet à un tiers le bénéfice de sa vocation (1). Depuis Marc-Aurèle, il y a encore la *bonorum addictio libertatum servandarum causa* (2). Mais il est des modes d'acquisition *per universitatem* qui peuvent être le résultat d'événements autres que le décès. Les uns, tels que la servitude encourue *jure civili*, la *manus*, l'adrogation, ont déjà été indiqués (V. n°s 22, 38, 49). D'autres, comme la *bonorum venditio* et la *bonorum sectio* seront étudiés plus loin (V. n°s 289, 290) (3).

265. — (1) G. II, 34, 35. Les autres héritiers peuvent arriver au même résultat pratique par une vente de l'hérédité à laquelle on adjoint des stipulations *emtæ et venditæ hereditatis* (V. n° 262).

(2) Aucun héritier ne se présentant pour recueillir les biens, pas même le fisc, un des esclaves affranchis par testament pouvait demander au magistrat l'*addictio* des biens. Il devenait successeur du défunt et de cette façon les affranchissements testamentaires étaient maintenus (Inst., *De eo cui libert.*, III, 11).

(3) Il y a aussi l'attribution au fisc des biens d'une succession vacante, ou des institutions devenues caduques par l'effet des lois caducaires, et aussi des parts héréditaires enlevées à un héritier reconnu indigne de succéder (*ereptoria*). Girard, *Manuel élément.*, pp. 878, 882, note 5.

TROISIÈME PARTIE

DES ACTIONS

266. — *Objet de cette troisième partie : Organisation judiciaire, Procédure civile, Actions.* — Ce qu'on étudie ici, ce n'est plus les préceptes de droit envisagés en eux-mêmes, mais leur sanction. On l'a dit déjà, il ne suffit pas que la loi commande pour être obéie. Pour vaincre toutes les résistances, faire plier toutes les volontés, ses prescriptions ont besoin d'être sanctionnées (V. n° 1). Des institutions ont été établies pour assurer le respect des droits contestés ou violés. Leur étude forme donc le couronnement de toutes celles qui précèdent. Elle comprend trois objets distincts.

1° Organisation judiciaire. — L'organisation judiciaire suppose une autorité investie par l'État de la mission de juger les contestations entre les particuliers et de faire exécuter, fût-ce même par la force, les décisions qu'elle a rendues. L'existence d'un pouvoir judiciaire et de principes destinés à en régler l'action, suppose déjà dépassée la phase du développement des sociétés où l'individu réalise lui-même son droit, sans recours à l'autorité (1). Ce régime de justice privée, propre à toutes les civilisations commençantes, avait déjà cessé d'être pratiqué par les populations italiotes qui fondèrent Rome, mais il n'était pas encore très loin d'elles dans le passé. Aussi a-t-il laissé des traces incontestables dans le droit romain de l'époque historique (2). Mais il n'était pas compatible avec la notion que dès les débuts les Romains s'étaient faite de l'État et de ses droits. Laisser l'individu réaliser lui-même son droit, être son juge et l'exécuteur de sa propre sentence, cela parut contraire à ce sentiment profond de l'ordre et de la discipline que Rome apportait avec elle en naissant. Tout en restant une affaire d'ordre privé, la poursuite d'un droit fut considérée dès le principe comme

266. — (1) On a vu, en matière de délits, une application de ce régime. C'est le système de la vengeance privée (V. n° 177). V. sur la justice privée : Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. I, pp. 119 et suiv.; Declareuil, *La justice dans les coutumes primitives*, *Revue histor. de droit*, 1889, 171.

(2) On les verra dans la *manus injectio* et la *pignoris capio* (V. n° 274). On peut aussi retrouver dans le principe de la nomination du juge par les parties un vestige du système de la justice privée (V. n° 268, II).

intéressant la société tout entière. On admit qu'un magistrat devait présider à la dispute judiciaire, la surveiller, la contenir dans des limites où elle ne risquerait pas de dégénérer en violences. Entre quelles mains est remis ce pouvoir, jusqu'où s'étend son action, telles sont les questions que règle l'organisation judiciaire. Leur solution dépend donc de la constitution politique de l'État. Mais, quelle que soit cette constitution, il y a toujours et dans toute législation un rapport intime entre l'organisation judiciaire et la procédure, entre le personnel qui juge et les modes suivant lesquels on juge. Cette connexité nécessaire est, on le verra, plus étroite à Rome que partout ailleurs. On ne peut donc omettre tout à fait l'organisation judiciaire, mais il suffit d'en esquisser très rapidement les grandes lignes pour permettre l'intelligence de la procédure.

2° *Procédure civile*. — Il ne suffit pas qu'il existe une autorité judiciaire, il importe qu'il y ait aussi un ensemble de règles destinées à fixer la marche des procès. Il est nécessaire en effet que chacune des parties puisse librement faire valoir ses prétentions et qu'en même temps l'autorité, chargée de rechercher le droit, soit elle-même enfermée dans l'observation de certaines prescriptions destinées à l'empêcher de sortir de la loi pour verser dans l'arbitraire. L'ensemble de ces règles constitue la procédure. Elles sont la condition essentielle de la justice, puisqu'elles favorisent la manifestation libre de la vérité. Les Romains avaient trop le souci de la légalité pour ne pas avoir compris leur importance. Mais, à Rome, la procédure a joué un rôle qu'elle n'a plus aujourd'hui. Non seulement elle était le mode employé par les parties pour faire valoir leurs droits en justice, mais elle faisait corps avec ces droits et exerçait une influence déterminante sur leur naissance et leurs conditions d'exercice. C'est là un phénomène qu'on observe dans toutes les législations primitives. L'analyse des idées juridiques n'y est pas encore assez raffinée pour qu'on arrive à distinguer le droit des procédés destinés à le faire respecter. Ainsi s'explique la place importante qu'y occupent les lois de procédure. Le droit romain permet de vérifier l'exactitude de cette observation. On y peut voir à chaque instant les institutions entravées ou hâtées dans leur développement par l'effet des dispositions réglant la marche de l'instance, de telle sorte que plusieurs d'entre elles n'ont été bien souvent qu'une conséquence inattendue de certaines particularités de procédure (3).

(3) Citons comme exemples : la théorie de la *præscriptio longi temporis* (V. n° 94), celle de l'hypothèque (V. n° 223).

3° *Actions*. — L'action est la sanction du droit. A chaque droit correspond par conséquent une action. Les diverses actions sont donc autant d'institutions particulières, ayant chacune son nom, son histoire, ses caractères propres. La plupart d'entre elles ont déjà été étudiées à propos des divers droits auxquels elles servent de sanction⁽⁴⁾. Il reste seulement à les répartir en divers groupes ou classes selon certains caractères constants. Le même travail de classification scientifique devra être fait ensuite pour les voies de défense appelées exceptions⁽⁵⁾. On complétera cette étude par l'indication des diverses voies de droit que les Romains n'avaient pas fait figurer dans les cadres des actions ou des exceptions, bien qu'elles remplissent le même office.

I. — ORGANISATION JUDICIAIRE (1)

267. — *Principe fondamental de l'organisation judiciaire : distinction du jus et du judicium. — Des magistrats et des juges.*
— Un principe fondamental domine toute l'organisation judiciaire romaine. C'est la division de l'instance civile en deux grandes phases : le *jus* et le *judicium* (V. n° 10). La fonction judiciaire n'est pas, comme dans les législations modernes, confiée à une seule personne, indifféremment appelée magistrat ou juge. Elle est répartie entre deux personnes qui, avec des titres différents, remplissent dans un seul et même procès des rôles distincts. Au magistrat, *magistratus*, représentant de la puissance publique, appartient de diriger l'instance vers son but final, de bien fixer l'objet du litige, de le faire cesser dès le début si cela est possible, sinon de le renvoyer devant le juge, *judex*. Celui-ci n'est qu'un simple particulier qui donne son avis sur le bien fondé des prétentions des parties et termine la contestation par une sentence. Cette division de pouvoirs entre le magistrat et le juge aboutissait nécessairement à une division de l'instance en deux phases, l'une qui se déroulait devant le magistrat, *in jure*, l'autre devant le juge, *in judicio*.

(4) Seules des raisons de méthode nous ont forcé à laisser de côté l'explication de quelques-unes, par exemple des actions *in rem* (V. nos 296 et suiv.).

(5) L'exception se distingue essentiellement des moyens de défense (V. n° 303). Toutefois, comme elle est invoquée par le défendeur, on peut la faire rentrer dans la classe générale des voies de défense, qui comprend par conséquent les défenses ou moyens de défense proprement dits et les exceptions.

267. — (1) Sur cette question, V. Accarias, t. II, nos 732 et suiv.; Ortolan, t. III, nos 1845, 1927; t. I, *Généralisation*, nos 256, 266, 291; Keller, *De la procédure civile et des actions* (trad. Capmas), § I-x; Girard, *Manuel élément.*, pp. 964-971.

Cette règle, suivant laquelle toute instance civile doit, en principe, parcourir deux stades successifs, constitue ce que les Romains appelaient *ordo judiciorum privatorum*. Elle date de très loin, peut-être des débuts de la République, et elle s'est maintenue longtemps. A partir de Dioclétien seulement, elle a fait place à un principe nouveau, moins compliqué, encore consacré aujourd'hui. Au lieu de renvoyer l'affaire à un *judex*, le magistrat statuait lui-même définitivement, *cognoscere extra ordinem (judiciorum privatorum)*. L'instance de *cognitio extraordinaria* ne comporte donc plus qu'une seule phase. Telle est la règle au Bas-Empire. On la retrouve encore sous Justinien (§ 8, Inst., *De interd.*, IV, 15) (V. n° 293).

Les explications qui précèdent montrent que, pour se rendre compte du fonctionnement de l'organisation judiciaire, depuis les débuts jusqu'à la fin des temps classiques, il faut distinguer avec soin les magistrats et les juges. A l'époque du Bas-Empire cette distinction s'est effacée, les deux rôles sont désormais confondus.

268. — I. *Des magistrats.* — A la différence du magistrat moderne, le magistrat romain, chargé de rendre la justice, n'est pas exclusivement investi d'attributions d'ordre judiciaire. Il fait partie des magistrats supérieurs et, à ce titre, réunit dans ses mains tous les pouvoirs : politiques, administratifs et judiciaires. Le pouvoir de dire le droit, *jurisdictio*, n'est donc qu'un des attributs de son autorité suprême, *imperium* (1). On va indiquer quels ont été aux diverses époques les magistrats investis de la *jurisdictio*, tant à Rome qu'en Italie et dans les provinces.

1° A Rome, au début, ce furent les rois, puis les consuls, et depuis la création de la préture, les préteurs urbain et pérégrin (2). A côté du préteur, les édiles curules eurent juridiction spéciale pour les contestations en cas de ventes d'esclaves et d'animaux (V. n° 150). A l'époque impériale, on retrouve les anciens magistrats judiciaires de la République, préteurs et édiles. Mais la compétence générale du préteur urbain ou pérégrin fut diminuée par la création de préteurs spéciaux, *prætores fideicommissarii*, et elle finit par disparaître devant celle des magistrats de création récente : *præfectus urbi, præfectus prætorio*. 2° En Italie, la juridiction apparte-

268. — (1) Girard, *Manuel élément.*, p. 964, note 5. Aussi le magistrat avait-il également des attributions de police qui l'autorisaient à émettre un interdit, envoyer quelqu'un en possession des biens de l'adversaire, ordonner la *restitutio in integrum* (V. nos 10, 284, 305, 307).

(2) La création de la préture ne dépouilla pas les consuls de la *jurisdictio*. Aussi, avant la création du *prætor fideicommissarius*, furent-ils investis du droit de juger les affaires de fidéicommiss (V. n° 260).

nait en principe aux magistrats municipaux, *duoviri, quatuorviri*, sans préjudice du droit réservé aux préteurs de Rome. Sous l'Empire, leurs attributions furent restreintes au profit de magistrats supérieurs, d'abord appelés *consulares*, puis *juridici*. 3° Dans les provinces, la *jurisdictio* était, avec tous les autres pouvoirs, aux mains du magistrat chargé de gouverner la province (3). Mais dans les villes, colonies romaines ou latines, ou dans les municipes, les magistrats municipaux étaient investis d'un certain pouvoir de *jurisdictio* qui fut réduit à son minimum sous l'Empire. Au-dessus de tous les magistrats, la *jurisdictio* suprême soit pour les appels, soit en premier et dernier ressort, appartient à l'Empereur et aux fonctionnaires impériaux ses délégués : le *præfectus prætorio* et au-dessous de lui les *vicarii* de celui-ci (V. n° 14).

II. *Des juges.* — Les juges, simples particuliers, *judices privati*, se divisent en deux catégories : ceux qui sont désignés par le magistrat pour une affaire déterminée et dont la mission cesse, une fois la sentence rendue; ceux qui sont constitués en tribunaux ou collèges permanents. La première catégorie comprend le juge unique, *unus judex, judex*; l'arbitre, *arbiter*; les *recuperatores*; la seconde est formée du tribunal des centumvirs et de celui des décemvirs.

Que le juge soit spécialement nommé pour une affaire, ou que la cause soit de la compétence d'un des collèges permanents, il est de principe que la désignation du juge émane du libre choix des parties. Le magistrat qui le nomme ne fait que confirmer leur volonté (4). Il faut voir là un vestige du régime de la justice privée. Dans l'idée primitive des Romains, le règlement d'une contestation est une affaire d'intérêt privé. Ni l'État, ni le magistrat n'imposent le juge, les parties le choisissent et le magistrat prête seulement son autorité à l'arrangement par lequel, après l'avoir désigné, elles lui soumettent leur débat. Le principe du libre choix du juge par les parties recevait son application de la façon suivante. Quand l'affaire était renvoyée à un *judex* ou à un *arbiter*, le juge pouvait être choisi sur une liste, *album judicum*, dressée par les soins du préteur. Le demandeur proposait un nom, et le défendeur avait un

(3) Sous la République, le gouverneur est désigné sous les noms divers de préteur, propréteur, proconsul. Sous l'Empire il est appelé *proconsul* dans les provinces du Sénat, *legatus Cæsaris, præses, corrector*, dans celles de l'Empereur.

(4) De là les expressions *capere, sumere judicem* pour désigner le choix du juge par les parties (G. IV, 18) et celle d'*addicere* pour désigner la nomination par le magistrat qui ne fait que se conformer (*ad dicere*) à la volonté des parties. Cicéron (*Pro Cluent*, 43) considère le principe du libre choix du juge comme fort ancien. Il le rattache aux plus vieilles coutumes, aux *mores majorum*. V. May et Becker, *Précis des Institutions du droit privé de Rome*, n° 134.

droit, limité d'ailleurs, de récusation. Lorsque le procès va devant les *recuperatores*, ceux-ci sont tirés au sort par le préteur sur la liste qu'il établit, sauf pour chacune des parties la faculté de récuser les noms que le hasard amène. Enfin, si l'affaire est du ressort d'un tribunal permanent, la règle est toujours respectée, car les centumvirs et décemvirs étant nommés au suffrage populaire, tout citoyen, a par avance choisi ses juges.

Chaque catégorie de juges (sens large), a des attributions différentes. Le *judex* (sens strict), l'*arbiter*, les *recuperatores*, les centumvirs, les décemvirs, ont chacun leur compétence déterminée, et ce n'est pas au hasard que le préteur leur renvoie l'affaire et les plaideurs.

Le *judex* (sens strict), statue toujours seul. De là son nom d'*unus judex* (G. IV, 104, 105, 109). C'est à lui qu'on renvoie les affaires où le droit doit être appliqué d'une façon stricte, celles qui ne comportent aucune considération tirée des personnes ou des circonstances. L'*arbiter* n'est qu'un juge privé dont les pouvoirs sont plus larges que ceux du *judex* (V. n° 272). Les *recuperatores* statuent toujours à plusieurs et en nombre impair, trois, cinq, onze. Les renseignements qu'on possède sur eux sont peu sûrs. Ils donnent lieu à des difficultés dont le détail ne peut trouver place ici⁽⁵⁾.

L'organisation et la compétence du collège des Centumvirs ne sont pas encore connues dans tous les détails. Ce tribunal a fonctionné pendant une grande partie de l'époque républicaine et s'est maintenu jusque sous les Sévères environ. Composé à l'origine de juges choisis à l'élection dans les trente-cinq tribus, à raison de trois par tribu, il formait un corps de cent cinq membres. La dénomination de *centumviri* n'est donc pas d'une rigoureuse exactitude. Leur compétence était primitivement très étendue ; ils jugeaient toutes les causes où était en jeu le *dominium ex jure Quiritium*, et par voie de conséquence, les procès en matière de servitude, de succession, de tutelle, d'agnation, de gentilité. La lance, *hasta*, plantée à l'endroit où ils s'assemblaient, était précisément le symbole de cette compétence générale en matière de propriété (G. IV, 16). Mais les transformations de la procédure de la *legis actio* eurent pour effet de restreindre singulièrement leurs attributions. Sous l'Empire, il n'y a plus de *centumvirale judicium* que pour les actions en rescision de testaments, en cas d'exhérédation ou d'omission (V. n° 243). Les décemvirs, *decemviri*, sont encore moins

(5) V. Accarias, t. II, n° 737; Girard, *Manuel élément.*, p. 969; G. May, *Grande Encyclopédie*, v° *Recuperatores*.

connus que les centumvirs. Leur compétence paraît avoir été limitée aux procès relatifs à la liberté et au droit de cité. Auguste les supprima, et il en fit les présidents des sections du tribunal des Centumvirs (6).

Au Bas-Empire, il n'est plus question de juges privés. Désormais, les rôles de magistrat et de juge sont confondus. Le magistrat est en même temps un *judex*, les textes le désignent sous ce nom (7).

269. — *Les parties.* — *La compétence.* — *Le temps et le lieu où se rend la justice.* — I. Dans tout procès figurent nécessairement deux personnes : celui qui a pris l'initiative de l'action, le demandeur, *actor*, *petitor*, et celui qui est actionné, le défendeur, *reus* (G. IV, 13, 18, §7). Le mot *reus* a cependant un sens général ; il désigne indifféremment l'un et l'autre plaideur. Il peut arriver qu'une des parties soit empêchée de paraître en justice et de suivre l'instance. Elle se fait alors représenter par un mandataire *ad litem*. Sous le premier système de procédure, *legis actiones*, la représentation en justice était presque toujours impossible ; il en fut autrement sous le système formulaire, ainsi qu'on l'expliquera plus loin (V. nos 271, 284). On ne doit pas considérer comme mandataires *ad litem*, les juristes qui accompagnent les plaideurs, les guident et les conseillent dans les cérémonies solennelles à accomplir, non plus que les avocats, *oratores*, *patroni*, *advocati*, qui développent au nom de la partie les moyens destinés à faire triompher sa cause. Ces personnes assistent le plaideur, mais ne le représentent pas.

II. *La compétence.* — Les règles sur la compétence déterminent quel est le magistrat devant lequel une affaire doit être portée. Elles peuvent se ramener aux trois principes suivants.

1° La compétence du magistrat est toujours territoriale. C'est dire qu'un magistrat n'exerce sa fonction que sur une portion limitée du territoire de l'État romain. Il n'y a d'exception que pour l'Empereur et le préfet du prétoire : leur compétence s'étend à tout l'Empire (1).

2° Comme c'est le demandeur qui prend l'initiative de la pour-

(6) V. Girard, *Manuel élément.*, p. 969 ; May et Becker, *Précis des institutions du droit privé de Rome*, n° 134.

(7) Lorsqu'il était trop chargé de besogne, il pouvait encore renvoyer le jugement des affaires de peu d'importance à des *judices dati*, que les textes désignent sous le nom de *judices pedanei*, et qui ne sont que des délégués du magistrat. V. Girard, *Manuel élément*, p. 1054.

269. — (1) Lorsqu'il y eut quatre préfets du prétoire, c'est-à-dire depuis Dioclétien, leur compétence devint nécessairement territoriale.

suite ou action, c'est à lui de désigner au défendeur le magistrat devant lequel il l'appelle. Mais cette désignation ne dépend nullement de son caprice. Il faut qu'il observe la règle : *actor rei forum sequi debet*. Cela signifie que le défendeur doit être appelé devant le magistrat de son domicile (2). La compétence est donc réglée ici en considération de la personne du défendeur et comme on dit aujourd'hui, *ratione personæ*. Cette règle était applicable à toutes les actions réelles ou personnelles (*Vat. frag.*, § 325, 326). Elle admettait un certain nombre d'exceptions. *a)* Le défendeur, à condition qu'il soit citoyen romain, peut être poursuivi devant les magistrats de la capitale. Rome en effet est considérée comme la patrie de tous les citoyens. *b)* Lorsqu'il s'agit d'une obligation, le défendeur peut être actionné là où elle a pris naissance. C'est ce que les interprètes nomment le *forum contractus* (19, § 1, 2, 4. Dig., *De judic.*, V, 1, Ulp.) (V. art. 420-2°, C. pr. civ.). *c)* Enfin, au Bas-Empire, on admit que les actions réelles immobilières pouvaient être portées au gré du demandeur devant le tribunal du domicile du défendeur ou devant celui de la situation de l'immeuble. On peut considérer, en effet, que le fait de détenir sans droit un immeuble fait naître à la charge du défendeur une obligation de restitution qui prend naissance au lieu même où l'immeuble est situé. Il y a donc ici quelque chose d'analogue au *forum contractus* (3. Cod., *Ubi in rem act.*, III, 19) (V. art. 59, 1°, 3°, C. proc. civ.).

3° Reste à savoir si le magistrat compétent *ratione personæ* n'est pas incompétent à raison de l'importance du litige. Ici par conséquent, la compétence va être réglée, *ratione materiæ*, comme disent les modernes. Le principe à cet égard est que la compétence du magistrat supérieur est illimitée. Il peut statuer quel que soit le chiffre du litige. Il n'en est pas de même pour les magistrats municipaux dont la compétence cesse à partir d'un certain chiffre, variable d'abord suivant les régions, devenu plus tard uniforme pour tout l'Empire.

III. *Le temps et le lieu où se rend la justice.* — Sous le système des *legis actiones*, on n'admettait pas que tous les jours fussent propres à l'accomplissement des formalités de la procédure *in jure*. On distinguait à cet égard les *dies fasti*, où l'on pouvait procéder devant le magistrat et les *dies nefasti*, où la procédure ne pouvait avoir lieu (3). Il n'y avait pas de jours prohibés pour le *judicium*.

(2) Le défendeur peut être aussi actionné devant le tribunal de sa patrie, *origo*, lorsqu'elle n'est pas au même lieu que son domicile.

(3) V. Varron, *De ling. lat.*, VI, 29. Adde : May et Becker, *Précis des institutions du droit privé de Rome*, n° 137.

Cette distinction des jours fastes et néfastes s'accordait bien avec les solennités qui caractérisent ce premier système. Elle ne subsiste plus sous le système formulaire. Néanmoins on continua à suspendre le cours de la justice à de certains jours, *dies feriati*. Les autres sont appelés *judiciarii*; leur ensemble forme la période où l'on peut agir, *rerum actus*. — A Rome, le magistrat siégeait au forum, en plein air, plus tard dans des locaux couverts, notamment dans les basiliques⁽⁴⁾. Dans les provinces, le magistrat tenait des assises périodiques, *conventus*, dans les principales villes de son gouvernement.

II. — PROCÉDURE CIVILE

270. — *Notion générale des trois systèmes de procédure successivement admis en droit romain.* — A Rome, trois systèmes de procédure ont été successivement en vigueur. Chacun d'eux reflète les caractères et les tendances dominantes du droit à l'époque où il était pratiqué.

1° C'est tout d'abord le système des actions de la loi, *legis actiones*. A côté du formalisme encore prédominant, on y trouve des vestiges irrécusables du régime archaïque de la justice privée (1). D'une part, en effet, les parties y sont sévèrement astreintes à l'observation de cérémonies solennelles, à tout un rituel minutieusement réglé d'actes symboliques et de paroles consacrées. D'autre part, le magistrat ne joue qu'un rôle effacé et comme secondaire, il ne fait que sanctionner par sa présence les divers actes accomplis par les parties poursuivant elles-mêmes la réalisation de leur droit. La nature des formalités imposées, les conséquences rigoureuses de leur inobservation sont bien en harmonie avec les caractères typiques du droit national. Cette procédure convenait bien au droit encore si rude des débuts; elle est le produit naturel et nécessaire du *jus strictum*. Elle a subsisté jusqu'à la fin du sixième siècle de Rome, c'est-à-dire jusqu'au dernier siècle de la République.

2° Mais à mesure que le droit privé s'affranchissait du formalisme, une autre procédure tendait à prévaloir. Ce système nouveau, appelé système formulaire n'a pas brusquement succédé à l'ancien. Ses débuts sont contemporains de l'époque où ce dernier était encore en pleine vigueur, mais il a fini par le supplanter graduellement. Avec lui, l'équité a pu triompher du droit strict, le *jus gen-*

(4) C'est ainsi que la basilique *Julia* servait aux réunions du tribunal des centumvirs.

270. — (1) V. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, liv. II, p. 406.

tium, l'emporter sur le *jus civile* exclusif et étroit (V. n° 10). Grâce à lui le rôle du magistrat devient prépondérant dans la direction de l'instance. Désormais le préteur peut tenir compte des nécessités pratiques, sanctionner les institutions dont Rome emprunte l'idée aux législations étrangères, accommoder le vieux droit quiritaire aux exigences des temps nouveaux. C'est ce système qui correspond aux époques les plus florissantes du développement du droit. Il reste en vigueur depuis les dernières années de la République jusqu'au règne de Dioclétien.

3° Enfin, lorsque fut définitivement consacrée la confusion du *jus* et du *judicium*, cette transformation réagit nécessairement sur la procédure. Au système formulaire succéda le système extraordinaire, plus simple sans doute mais d'une allure moins originale et moins élégante, en harmonie avec la décadence scientifique du temps.

Premier système de procédure.

Système des actions de la loi.

271. — *Caractères généraux de ce système.* — Trois traits essentiels donnent au premier système de procédure une physionomie originale. Ce sont : 1° le caractère solennel et symbolique des actes accomplis par les parties ; 2° le rôle effacé du magistrat ; 3° les conséquences rigoureuses qu'entraînait l'inobservation des formes prescrites.

1° *Caractère solennel et symbolique des actes accomplis par les parties.* — Pour faire valoir leurs droits, les parties sont obligées d'affirmer leurs prétentions au moyen de paroles solennelles, prononcées *in jure*, ou *extra jus*. Cette exigence n'a rien qui doive surprendre. Elle est la conséquence du formalisme. De même que la volonté des parties qui veulent conclure un acte, n'a d'efficacité que lorsqu'elle a trouvé son expression dans des paroles solennelles, de même lorsqu'il s'agit de manifester en justice leurs prétentions (V. n° 6). On plaide comme on contracte, *per certa verba* (G. IV, 29). Des formules orales sont nécessaires pour exprimer les prétentions réciproques, pour préciser le débat, lier l'instance. Aussi a-t-on pu dire avec raison que ce système était celui de la formule parlée (1). Aux paroles doivent se joindre des gestes sacramentels, rites symboliques dont l'explication doit être recherchée dans les traditions les plus antiques du peuple romain et qui rappellent des âges plus

271. — (1) V. Sohm, *Institutionen*, § 49.

lointains encore (2). L'ensemble de ces paroles et de ces rites forme ce qu'on appelait *agere, lege agere, legis actio* (3).

Parmi ces solennités, il en est une qu'on retrouve nécessairement dans toute *legis actio* et qui, plus importante que les autres, a donné son nom au système tout entier. Les parties devaient toujours, en affirmant solennellement leur droit, rappeler la loi ou le droit qui servait de base à leur prétention. Non pas qu'on exigeât une reproduction textuelle. On se contentait d'une sorte de transposition du texte légal ou du principe coutumier équivalent à la loi. De là le nom de *legis actio* donné à toute voie de droit qui se conformait à cette formalité, *quia ipsarum legum verbis accommodatae erant* (G. IV, 11). Cette exigence se justifie facilement. Elle était en harmonie avec le souci méticuleux de la légalité, propre à l'esprit romain. On ne doit agir que si on y est autorisé par la loi, *nulla actio sine lege*. L'action doit donc reproduire en termes soigneusement adaptés la loi ou le droit sur lequel elle est fondée (4). On évite ainsi l'arbitraire d'une poursuite injuste, la partialité du magistrat. L'action porte avec elle la marque de sa légalité, elle se confond avec la loi d'où elle est issue, elle est la loi même, vivante et agissante, *legis actio* (5).

Du caractère solennel de la *legis actio* découlaient nécessairement les conséquences suivantes : 1° La procédure exigeant l'affirmation solennelle du droit de chacun, ne pouvait avoir lieu que si les deux adversaires étaient présents. Il n'y avait pas de procédure par défaut (G. IV, 29). 2° Aussi et pour le même motif, la représentation était-elle interdite, *nemo alieno nomine lege agere*

(2) L'ensemble de la procédure de la principale des *legis actiones* rappelle un des sujets, qui, suivant Homère est sculpté par le dieu Héphaïstos, dans le premier compartiment du bouclier d'Achille. V. Sumner Maine, *Études sur l'hist. des inst. prim.* (Trad. Durieu de Layritz), p. 313.

(3) Le mot *agere, actio* a, en effet, un sens général : il signifie toute espèce d'action, même le fait de parler, *cum pronuntiamus agimus* (Varron, *De ling. lat.*, VI, 42). Gaius (G. IV, 11) dit positivement : *ut in actione vites nominaret*. Ortolan, t. III, n° 1836; Cuq, *Les inst. jurid. des Romains*, liv. II, p. 407.

(4) Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. III, p. 313. Aussi, dans les matières où la rigoureuse observation des formes est jugée comme une impérieuse nécessité pour la sauvegarde de la vie et de la liberté des citoyens, le législateur moderne exige la citation de la loi. C'est ainsi qu'en matière criminelle, les jugements ou arrêts doivent textuellement reproduire la loi applicable à la cause (V. art. 163, 195, 369, C. instr. crim.).

(5) Il suit de là qu'à chacun des droits correspondait une formule solennelle destinée à le mettre en mouvement, à lui donner la forme agissante sans laquelle il resterait lettre morte. Après le texte, *lex* et l'*interpretatio* qui l'adapte aux nécessités de la pratique, vient donc la *legis actio* qui lui permet d'entrer en lutte contre ses adversaires. L'ouvrage de Sextus Ælius, *tripertita*, se composait de ces trois parties. C'est un des plus anciens dont on fasse mention (2, § 38. Dig., *De orig. jur.*, I, 2, Pomp.).

potest (G. IV, 82) (V. n^{os} 269, 284). 3^o Enfin les citoyens romains seuls avaient le droit d'accomplir les solennités de la *legis actio*. La procédure est un ensemble de rites réservés aux seuls membres de la cité, elle est, comme le reste du droit, essentiellement quiritaire (G. IV, 37) (V. n^o 30).

2^o *Rôle effacé du magistrat*. — L'effacement du magistrat n'est pas moins important à noter. Le magistrat n'indique aux parties, ni les paroles à prononcer, ni les actes symboliques à accomplir, ni le juge privé qui tranchera leurs contestations. C'est là un vestige de la justice privée où les parties seules poursuivent la réalisation de leur droit (V. n^o 268, II). Dans notre système, on a continué à se passer du concours actif du magistrat et s'il est admis aux formalités initiales de la procédure, c'est parce que déjà s'est révélée la nécessité de faire intervenir l'autorité publique pour mettre fin aux violences. Le magistrat assiste donc au débat, mais il ne le dirige pas. Sa présence donne simplement à la lutte judiciaire un caractère officiel et licite⁽⁶⁾.

3^o *Conséquences de l'inaccomplissement des formes*. — Enfin, l'observation des formes était exigée avec une extrême rigueur. A cet égard la procédure ne se distingue en aucune façon des autres actes du *jus civile*. Tout le rituel des cérémonies requises devait être suivi de point en point. La moindre erreur ou omission entraînait la perte du procès (G. IV, 30). C'était ici surtout qu'apparaissait l'importance capitale de la formule orale reproduisant par voie d'adaptation les termes de la loi. Gaius (IV, 41), rapporte l'exemple d'un procès qui fut perdu, parce que le demandeur agissant à raison de ses vignes qui avaient été coupées, avait parlé de *vites* au lieu de se servir du terme consacré *arbores*, ainsi que le prescrivait la formule orale (*forma*) spécialement composée pour l'action à intenter en pareil cas, *actio arborum furtim cæsarum*⁽⁷⁾. Ces rigueurs excessives entravaient le développement du droit, elles amenèrent la chute du système (V. n^o 275).

Ces caractères généraux étant connus, il reste à étudier la marche d'une instance, sous l'empire de ce système de procédure. On

(6) Comme le fait observer Sumner Maine, *L'ancien droit*, p. 351, dans l'administration primitive de la justice, la procédure était une imitation exacte de la suite d'actes auxquels devaient se livrer des particuliers qui se disputent et qui laissent plus tard apaiser leur querelle. *Adde* : *Études sur l'hist. des inst. prim.* (trad. Durieu de Layritz), p. 312.

(7) V. des exemples d'une rigueur analogue dans la procédure anglaise. Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. III, p. 327; Sumner Maine, *Études sur l'histoire des institutions primitives* (trad. Durieu de Layritz), p. 316.

va le faire en suivant l'instance dans ses deux phases, *in jure* et *in judicio*. La procédure d'exécution viendra ensuite.

272. — *Procédure in jure*. — La procédure *in jure* exige la présence des deux parties devant le magistrat. Elle est donc nécessairement précédée d'un acte qui se passe *extra jus* et par lequel le demandeur appelle son adversaire à comparaître. C'est l'*in jus vocatio*. Elle consistait dans une sommation verbale faite en termes solennels, par le demandeur à son adversaire. Ainsi sommé, le défendeur était obligé de suivre le demandeur, sinon celui-ci pouvait pour vaincre sa résistance, le saisir et l'entraîner de force devant le magistrat (1).

Alors commençait la phase *in jure*. Les parties formulaient leurs prétentions respectives et s'entendaient pour la nomination du juge. Les rites qu'elles devaient observer variaient selon la nature de la réclamation. Aussi y a-t-il trois formes différentes de procéder *in jure* : la procédure *per sacramentum*, la plus ancienne en même temps que la plus générale, la procédure *per judicis postulationem* et celle *per condictionem* qui sont venues plus tard restreindre le champ d'application de la première (2).

I. *Procédure in jure per sacramentum* (3). — La procédure *per sacramentum* était tout d'abord le mode unique de procéder *in jure*. Aussi demeura-t-elle, même après qu'on eut créé la *judicis postulatio* et la *condictio*, la procédure de droit commun, celle qui était applicable à toute espèce d'action, quand la loi n'avait pas ordonné qu'il en serait autrement (G. IV, 13). La formalité d'où elle tire son nom consiste dans un pari que les parties engagent *in jure* sur le mérite de leurs prétentions contraires, pari dont le montant devait être perdu par celle qui succombait. Le chiffre de l'enjeu était fixé par la loi des XII Tables. Chaque partie consignait la somme aux mains des Pontifes. Ceux-ci conservaient l'enjeu de la partie perdante et l'employaient aux sacrifices publics. A raison de cette destination, on donnait le nom de *sacramentum* au pari, à

272. — (1) Les comiques et les satiriques font maintes allusions à la *vocatio in jus*, à son formulaire traditionnel, au droit d'entraîner l'adversaire récalcitrant, *rapere in jus*, à la nécessité d'appeler en ce cas les personnes présentes comme témoins de la violence à laquelle on avait recours, *antestari*. May et Becker, *Précis des institutions du droit privé de Rome*, n° 140.

(2) Quant à la *manus injectio* et à la *pignoris capio* qui, avec les trois procédures *in jure* indiquées au texte, forment les cinq *legis actiones* énumérées par Gaius (G. IV, 12), il en sera parlé à propos de la procédure d'exécution (V. n° 274).

(3) V. Ortolan, t. III, nos 1856 et suiv.; Accarias, t. II, n° 742; Sumner Maine, *L'ancien droit*, pp. 354 et suiv.; *Études sur l'hist. des institutions primitives* (trad. Durieu de Layritz), pp. 312 et suiv.; Girard, *Manuel élément.*, pp. 977-981.

la somme engagée et à toute la procédure qui était le préliminaire ou la suite de ce pari (4). Mais ce qui achève de donner à ce mode de procéder un caractère tout à fait original, c'est que l'examen du juge devait porter uniquement sur la question de savoir quelle était celle des parties qui avait eu raison de risquer l'enjeu, *utrius sacramentum justum an injustum sit*. Le juge ne tranchait donc le litige que par voie indirecte, puisqu'on lui soumettait directement une question étrangère à ce litige, mais dont la solution impliquait par voie de conséquence le jugement de la contestation elle-même (5).

A côté du pari d'autres formalités étaient observées; elles différaient selon que l'action était *in rem* ou *in personam*. Pour l'action *in personam*, les renseignements se réduisent à fort peu de choses (6). Il en est tout autrement pour l'action *in rem*. Ici, les documents sont abondants et du plus haut intérêt, car ils jettent une lumière éclatante sur le plus lointain passé et permettent de retrouver, sous les formes déjà symbolisées d'une époque de transition, la réalité brutale des âges primitifs (7). L'ensemble de la procédure *in jure*, peut en effet, se décomposer en une série d'actes qui se déroulent dans l'ordre suivant.

1° Les parties simulent une lutte à main armée, *manuum contestio*, pour la possession de la chose. A cet effet, elles tiennent chacune une baguette, *festuca vindicta*, symbole de la *hasta*, signe elle-même de la propriété quiritaire. Puis mettant l'une et l'autre la main sur la chose, elles prononcent toutes deux les paroles solennelles par lesquelles elles affirment leur prétention. C'est la *rei vindicatio* et la *contra vindicatio* : *hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio* (G. IV, 16). On ne doit pas hésiter à voir dans cette lutte simulée, une réminiscence des temps où la propriété se conquerrait par la force, et où on la défendait également par la force (8).

(4) Selon une opinion qui rallie un assez bon nombre de suffrages autorisés, le *sacramentum* aurait consisté originairement dans un serment. Le pari n'est qu'une façon d'appuyer le serment et d'imposer à la partie perdante une peine pour son parjure.

(5) Le procédé du pari se retrouve dans un grand nombre de législations anciennes. Sumner Maine, *Études sur l'hist. des institutions primitives*, p. 316; Declareuil, *La justice dans les coutumes primitives. Revue hist. de droit*, 1839, pp. 169, 397.

(6) Le manuscrit de Gaius, qui est la source capitale pour les actions de la loi est resté ici illisible (G. IV, 15).

(7) Ortolan, t. III, n° 1861; Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. I, p. 165.

(8) Gell., *Noct. att.*, XX, 10. La lutte supposait que la chose litigieuse avait été apportée *in jure*. Pour les immeubles et les meubles d'un déplacement difficile, on se contentait d'apporter *in jure* un fragment de la chose (G. IV, 17). May et Becker, *Précis des institutions du droit privé de Rome*, n° 142.

2° Le simulacre de combat prenait fin sur un ordre du préteur enjoignant aux deux parties de lâcher prise, *mittite ambo hominem* (G. IV, 16). Cet ordre et ces paroles sont aussi des symboles. C'est l'autorité publique qui intervient pour mettre fin aux violences et pour imposer sa médiation aux deux parties (9).

3° Alors venaient la provocation au *sacramentum*, le pari et le dépôt des enjeux, remplacé plus tard par une promesse de payer faite au magistrat, stipulant au nom de l'État. Le *sacramentum*, en effet, avait fini par être attribué au trésor public (G. IV, 13, 16; Varron, *De ling. lat.*, IV, 36).

4° Après, avait lieu l'attribution de la possession intérimaire de la chose litigieuse, *vindicix*. Le magistrat l'accordait, *vindicias dicebat*, à celle des parties qu'il jugeait convenable, mais à charge par celle-ci de fournir à son adversaire des cautions pour la restitution de la chose et des fruits, *prædes litis et vindiciarum* (G. IV, 16).

5° Enfin les parties ayant choisi leur juge, le magistrat confirmait solennellement ce choix, et les parties s'assignaient réciproquement à comparaître devant lui dans un délai de trois jours, *comperendinatio* (G. IV, 15).

II. *Procédure in jure, per judicis postulationem et per condictionem*. — Ici, les renseignements précis font défaut. Les raisons qui ont amené l'introduction de ces deux formes de procéder sont mal connues. On peut toutefois en groupant certaines indications éparses arriver à cet égard à des constatations qui ne manquent pas d'intérêt pour l'histoire ultérieure de la procédure.

1° La *judicis postulatio* paraît être plus ancienne que la *condictio* (10). Sa formalité essentielle, celle d'où elle tire son nom, consiste dans la demande, *postulatio*, que les parties adressent au magistrat à l'effet de leur donner un juge (11). Et cette appellation est significative. Elle permet de dire, presque à coup sûr, que cette procédure est plus récente que le *sacramentum*. Là en effet, les parties ne demandent pas un juge, elles le choisissent elles-mêmes sous la surveillance du magistrat. Et c'est d'elles alors que lui vient la mission de statuer sur leur différend (12). Dans la *judicis pos-*

(9) Toutes ces formalités, dit excellemment Sumner Maine, *Études sur l'hist. des institut. primit.*, p. 312; *L'ancien droit*, p. 356, ressemblent à une sorte de drame symbolisant l'origine de la justice.

(10) C'est ce que prouve le passage où Gaius la mentionne avant la *condictio* (G. IV, 12).

(11) La formule orale solennelle par laquelle les parties demandaient le juge est, d'après Valerius Probus : *Te praetor judicem arbitrumve postulo uti des*.

(12) Dans la procédure civile actuelle, ce sont encore les parties qui font le choix de

tulatio au contraire, les parties demandent au magistrat d'intervenir pour la désignation du juge. Celui-ci n'est plus tout à fait l'homme des parties. Il est dans une très large mesure déjà le délégué du magistrat. Il a donc, à côté de la mission que lui ont confiée les plaideurs, tous les pouvoirs que le magistrat voudra lui donner. Aussi a-t-on supposé avec raison que cette procédure était suivie toutes les fois qu'un créancier réclamait un *incertum*, par exemple, quand il s'agissait de demander indemnité d'un dommage causé par l'inaccomplissement d'une obligation *incerta* ou par un délit donnant lieu à une action reipersécutoire en réparation. Dans ces cas en effet, la procédure du *sacramentum* qui force à résoudre la question par oui ou non, ne peut se prêter à un débat qui tend à des appréciations ou évaluations exigeant la libre estimation du juge (13). En tout cas, les traits caractéristiques de cette procédure paraissent témoigner d'une tendance marquée à faire du juge un délégué du magistrat, à lui conférer un pouvoir nouveau, celui d'estimer en argent (*æstimare*) le dommage causé (*damnum*) et à lui permettre de condamner (*damnare*) le débiteur à payer cette somme au demandeur. Ce sont là des idées qu'on retrouvera généralisées dans le système formulaire. La *judicis postulatio* donne l'impression d'une première ébauche de ce système, avant la création de la formule.

2° La procédure *per condictionem* a été introduite par la loi *Silia*, pour les créances ayant pour objet un *dare certam pecuniam*, et par la loi *Calpurnia*, pour celles dont l'objet est un *dare certam rem* (G. IV, 19) (V. n° 136). Son nom lui vient d'une sommation en termes solennels par laquelle les parties s'ajournaient à comparaître dans un délai de trente jours devant le magistrat pour y recevoir un juge (G. IV, 17 a, 18). Cette *denuntiatio* était appelée *condictio* (14). Avait-elle lieu *in jure*, après une première comparution, afin de laisser au défendeur un mois de délai pour s'exécuter, ou bien avait-elle lieu *extra jus* avant toute comparution, dans un but de célérité, de façon à amener les choses, dès la première comparution, au point où on n'arrivait jadis qu'après l'accomplis-

leurs experts. Ceux-ci sont donc encore les hommes des parties, et le tribunal se contente de donner acte de leur choix. Les experts ne sont les délégués du tribunal que s'ils sont désignés d'office (V. art. 304-306, C. pr. civ.).

(13) C'est dans la forme de la *judicis postulatio* que s'intentait par exemple l'*arbitrium litis æstimandæ* dont il sera parlé à propos du principe des condamnations pécuniaires (V. n° 280). V. pour la portée d'application très discutée de la *judicis postulatio*, Girard, *Manuel élément.*, p. 981.

(14) *Condicere*, dans la vieille langue latine signifie se mettre d'accord pour un jour. Il a le même sens que *constituere* (V. n° 165, note 1) (G. IV, 18).

sement des rites du *sacramentum in personam*; c'est ce qu'il est impossible de savoir. Gaius lui-même déclare ne pas connaître l'utilité de cette procédure, en présence de la procédure *per sacramentum* et *per iudicis postulationem* (G. IV, 20) ⁽¹⁵⁾. Il semble bien en tout cas que la *condictio* a continué pour les créances certaines ce que la *iudicis postulatio* avait commencé pour d'autres créances, qu'elle a conféré au magistrat la mission d'instituer le juge, en même temps qu'elle confiait à celui-ci le droit de condamner à une somme d'argent, même quand il s'agissait de *certa res*.

En somme, les deux procédures nouvelles sont en progrès sur le *sacramentum*. Elles orientent le procès vers un formalisme moins compliqué, pour le cas où l'action est *in personam* ⁽¹⁶⁾. Le champ d'application du *sacramentum* se restreignait donc aux actions *in rem*. Là persistaient encore plus vivaces les souvenirs de la justice privée ⁽¹⁷⁾. Ici, au contraire, le litige est ordonné tout entier par le magistrat. La procédure semble ne plus être l'œuvre exclusive des parties réalisant elles-mêmes leur droit. Le magistrat est mêlé d'une façon plus intime à l'action.

273. — *Procédure in iudicio.* — Les formalités de la *legis actio* accomplies, et le juge choisi par les parties, la première phase de l'instance prend fin. Ce moment avait une importance considérable. Ce qui avait été fait jusqu'alors, n'était qu'un débat préparatoire destiné à mettre les deux adversaires face à face, à formuler leurs prétentions contradictoires, à poser la question qui les divise. Maintenant les positions sont prises, la contestation est désormais précisée quant à ses sujets et à son objet. Elle cesse d'être un débat indéterminé, *res*, pour devenir un litige, *lis*. Il parut nécessaire de constater cette transformation pour en témoigner plus tard devant le juge. A cet effet, les deux parties s'adressaient aux témoins, *superstites*, véritables tenants ou seconds qui les avaient assistées dans toutes les phases de l'instance *in jure*. Elles faisaient appel à leur témoignage, en les interpellant solennellement : *testes estote* ⁽¹⁾. De même que pour le testament, cette cérémonie donna

(15) V. pour les conjectures sur son utilité, Girard, *Manuel élément.*, p. 982.

(16) Le droit de créance, avec toutes ses variétés, est en effet d'époque plus récente que les droits réels. A des droits plus jeunes il fallait une procédure appropriée.

(17) V. n° 274, note 5. Aussi comprend-on que la procédure *per sacramentum* se soit conservée plus longtemps intacte en cas d'actions *in rem* (V. nos 276, note 6 ; 296).

273. — (1) Festus, *De verb. signif.*, v° *Contestari* : *Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet : testes estote*. L'invocation aux témoins n'est pas une anomalie. On la retrouve dans d'autres actes du droit primitif : dans le cas où on use de violence pour entraîner l'adversaire

son nom à l'acte tout entier dont elle n'était qu'une des parties et non l'une des plus importantes. Le fait d'avoir accompli les rites de la *legis actio* comme cela était prescrit et d'avoir fait appel aux témoins, prit le nom de *litis contestatio*. Or, tout cela est l'œuvre commune des parties, tout cela est la manifestation matérialisée d'un accord qui se forme et se précise, à mesure que l'instance *in jure* développe la série de ses actes ou formalités diverses⁽²⁾. Cet accord, cela se voit du reste, a pour objet : la détermination du point en litige, la position de la question qui va servir de base au *judicium* futur, le choix du juge chargé de donner son avis sur le différend, la force obligatoire de la sentence à intervenir. Rien de plus capital par conséquent que cet accord qui lie l'instance, rien de plus décisif que le moment où il est définitivement conclu. On verra, à propos du second système de procédure, quels effets caractéristiques produit la *litis contestatio* (V. n° 283).

Après la *litis contestatio*, l'instance entrait dans sa seconde phase, le *judicium*. La loi des XII Tables avait réglementé cette seconde partie de l'instance de la façon suivante. Les parties assistées de leurs témoins, *superstites*, résumaient l'affaire devant le juge, *causæ conjectio*; puis avaient lieu les plaidoiries, *causæ peroratio*, avec production des preuves; enfin, était rendue la *sententia* (G. IV, 15).

274. — Procédures d'exécution. — Les procédures d'exécution sont au nombre de deux : la *manus injectio* et la *pignoris capio*. La première consiste dans la mainmise sur la personne de celui qui refuse de donner satisfaction à la réclamation de son adversaire; la seconde, dans la saisie à titre de gage de certains de ses biens. Ces procédures ont deux caractères communs qui témoignent et de leur antiquité et de l'importance de leur rôle dans la procédure ancienne. L'une et l'autre sont des voies par lesquelles la partie dont le droit est méconnu en poursuit elle-même la réalisation contre son adversaire sans intervention de l'autorité publique. Ce sont par conséquent de véritables actes de justice privée, peut-être même

in jus (V. n° 272, note 1), dans le testament *per æs et libram* (V. n° 230, note 7). On admettait jusqu'à présent que l'appel aux témoins clôturait la série des actes solennels. C'est le cas pour le testament (G. II, 104). Cela est contesté aujourd'hui, à tort croyons-nous. Dans cette nouvelle opinion, l'invocation aux témoins précéderait la prononciation des formules orales résumant les prétentions respectives. Wlassak, *Litis contestatio*; Girard, *Manuel élément.*, p. 967, note 4.

(2) Le mot *contestatio* (*cum testari*) de même que *coemptio*, *conventio*, *conditio*, *constitutum*, *condictio*, marque l'acte accompli simultanément par les parties et l'accord de leurs volontés.

les seules procédures qu'on ait connues à l'époque très ancienne (V. n° 266) (1). Plus tard encore, quoique figurant déjà à l'arrière-plan comme mesures d'exécution applicables seulement dans certains cas bien limités, elles n'en conservent pas moins une couleur incontestablement archaïque qui décèle leur origine (2).

1° Un premier trait commun, c'est que l'acte essentiel à chacune de ces procédures, la saisie de l'adversaire ou de ses biens, n'a pas besoin d'être accompli *in jure* (3). C'est en effet un acte de justice privée pour lequel la présence du magistrat n'est pas nécessaire. Toutefois la partie qui l'accomplit est tenue d'observer certaines formalités rituelles paroles et gestes, destinées à garantir sa légitimité. Cette saisie une fois effectuée, tout n'était pas nécessairement fini. La partie contre qui elle était dirigée pouvait, en effet, contester la légitimité de cette voie de coercition. Il avait fallu qu'on lui réservât ce droit. Sans cela on eut favorisé les poursuites arbitraires, on eut permis à la violence injuste de se cacher sous le masque d'une voie de contrainte légale. La partie qui résistait recourait donc au magistrat qui, s'il y avait lieu, renvoyait l'affaire devant un juge. A partir de ce moment, ce qui n'avait été d'abord qu'une procédure extra-judiciaire devenait une instance véritable, qui se dénouait normalement par une sentence. Sur la procédure préliminaire d'exécution, venait donc se greffer éventuellement une instance qui correspond à notre procédure en validité de saisie (4). En somme, l'acte essentiel ici, n'est pas le débat devant le magistrat, c'est l'acte qui le précède. C'est cet acte de pure procédure qui engendre l'action judiciaire, tandis qu'en général c'est l'action qui donne naissance à la procédure.

2° Le second caractère de nos deux voies de droit n'est pas moins remarquable. L'une et l'autre sont, sauf le cas de *manus*

274. — (1) Un exposé du système des *legis actiones* soucieux de reproduire avant tout la marche historique des institutions doit débiter par l'étude de ces deux voies de droit. V. Girard, *Manuel élément.*, p. 971. Des raisons de méthode dogmatique nous ont conseillé un autre plan.

(2) C'est avec cet aspect déjà modernisé qu'elles paraissent dans Gaius, IV, 21-30.

(3) Certain pour la *pignoris capio* (G. IV, 29), cela est douteux pour la *manus injectio*. Pourtant, si la *manus injectio* est bien un acte de justice privée, il est de toute évidence que l'acte essentiel d'où elle tire son nom doit être accompli *extra jus*, partout où le réclamant rencontre son adversaire. Il n'y a pas de raison pour que la *manus injectio* diffère à cet égard de la *pignoris capio*. Rien dans le texte de Gaius ne paraît contredire cette manière de voir.

(4) L'existence de ces deux phases de la procédure, en cas de *legis actio per manus injectionem*, est certaine (G. IV, 21). Pour la *pignoris capio*, elle s'induit par analogie de ce qui avait lieu en matière de *manus injectio*. V. dans notre sens : Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. I, pp. 153 et suiv. ; Cuq, *Les inst. jurid. des Romains*, liv. II, pp. 422 et suiv.

injectio judicati, des moyens pour le créancier d'obtenir son paiement sans avoir besoin de faire reconnaître judiciairement la légitimité de sa créance, sans être tenu de demander contre le débiteur une sentence préalable. Au lieu que le créancier procède comme le veut le droit de l'époque plus récente, en amenant son adversaire devant le magistrat, la loi ou la coutume l'autorise à se faire justice immédiatement par voie de contrainte sur la personne ou les biens. Il est dispensé par conséquent de la procédure tendant à statuer sur le bien fondé de sa prétention. Sa créance est dès le début mûre pour l'exécution. Elle lui permet de commencer par là où nous finissons aujourd'hui, par l'exécution forcée. Toutefois, on l'a vu, on réserve au débiteur le droit de contester la légitimité de la contrainte. C'est de cette façon, mais par voie indirecte et subsidiaire, que le débiteur peut faire juger qu'il n'est pas tenu (5).

Reste à dire maintenant dans quel cas l'emploi de ces voies de contrainte était autorisé.

1° *Manus injectio*. — La loi des XII Tables autorisait la *manus injectio* dite *judicati* comme mode d'exécution forcée, contre celui qui n'exécutait pas la sentence prononcée contre lui, *judicatus* (6). A cet effet, son adversaire le saisissait par le corps en prononçant une formule solennelle et l'emmenait chez lui où il le tenait enchaîné *in carcere privato* (G. IV, 21) (7). Le *judicatus* pouvait ainsi être détenu durant soixante jours, pendant lesquels on devait, à trois jours de marché consécutifs, l'amener sur la place publique, et y proclamer à haute voix le montant de sa dette, afin de permettre à ses parents ou amis de le libérer en payant pour lui. Passé ce délai, il devenait définitivement l'esclave de son créancier, pouvait être vendu à l'étranger ou mis à mort.

D'autres lois postérieures autorisèrent le créancier à pratiquer

(5) C'est encore le même procédé détourné qui fonctionne dans le *sacramentum*. Les actes de justice privée consistent alors dans la *vindicatio* et la *contravindicatio* (V. n° 272). Le pari qui suit est destiné à faire juger sur la légitimité de l'emploi de la violence. Mais il y a déjà cette différence que la mainmise sur la chose revendiquée est une violence simulée, un pur symbole. Les procédures *per iudicis postulationem* et *per conductionem*, d'époque plus récente, marquent un progrès. Elles tendent directement et immédiatement à la nomination du juge. On n'y trouve plus aucune trace du recours à la force. V. Sohm, *Institutionen*, § 48, note 16.

(6) Au *judicatus* on assimilait le *confessus*, c'est-à-dire celui qui *in jure* avait reconnu le bien fondé de la prétention de l'adversaire (V. n° 284).

(7) Cette contrainte corporelle et la prononciation des paroles solennelles qui l'accompagne constituent selon nous la portion de la procédure qui se passe *extra jus*. La condition faite au *judicatus*, une fois aux mains de son créancier, est loin d'être connue d'une façon certaine (G. III, 189); Ortolan, t. III, n° 1885; Girard, *Manuel élément.*, p. 975.

la *manus injectio* contre le débiteur, mais sans avoir obtenu, au préalable, une sentence contre lui. Telles furent les lois *Pubilia* et *Furia de sponsu* (G. IV, 22) (V. n° 219). Dans ces hypothèses et autres semblables, la *manus injectio* est dite *pro judicato*, c'est-à-dire qu'elle est donnée à l'exemple de celle qui peut être exercée contre le *judicatus* et qu'elle suit les mêmes règles. Plus tard, la loi *Furia testamentaria* et d'autres, donnèrent au créancier la *manus injectio* appelée *pura*. Elle se distinguait de la *manus injectio judicati* et *pro judicato* en ce que le débiteur qui voulait résister à l'emploi de la voie de contrainte n'avait pas besoin, comme dans celles-ci, de se faire remplacer par un *vindex* (G. IV, 23, 24) (8).

Dans tous les cas de *manus injectio*, le défendeur pouvait contester la légitimité de la contrainte, en prétendant qu'il n'y avait point de sentence rendue contre lui ou qu'il ne devait rien ou qu'il avait déjà satisfait à son obligation. Cette résistance, appelée d'une façon significative *manum depellere*, donnait lieu, ainsi qu'on l'a expliqué plus haut, à une procédure nouvelle où était discutée la légitimité de l'emploi de la *manus injectio*.

2° *Pignoris capio*. — Cette voie de contrainte n'est jamais donnée à la suite d'une sentence. Elle consiste dans le droit pour un créancier de saisir de son autorité privée certains biens appartenant à son débiteur et de les retenir en gage tant qu'il n'a pas payé la dette (9). Cette saisie nécessitait la prononciation de paroles solennelles, *certa verba* (G. IV, 29). Comme dans la *manus injectio*, le défendeur pouvait évidemment contester à son adversaire le droit d'user de la *pignoris capio*, ce qui vraisemblablement donnait lieu à une procédure ultérieure en validité (10). Le créancier pouvait garder les choses saisies pendant un certain temps, durant lequel le débiteur pouvait dégager son gage, *luere pignus*, en satisfaisant le créancier, ou en lui payant une certaine somme à titre de

(8) La personne sur qui la *manus injectio* (*judicati* ou *pro judicato*) est pratiquée est déjà *servi loco*. Elle ne peut donc elle-même contredire à l'exécution dont elle est l'objet. Il faut qu'un tiers, *vindex*, prenne sa place et la défende (G. IV, 21). Les lois qui ont établi la *manus injectio pura* et ont permis au débiteur de se passer de *vindex* et de *manum sibi depellere* sont donc plus douces que les précédentes. La loi *Vallia* a fait de toute *manus injectio* une *manus injectio pura*, sauf deux cas (G. IV, 25).

(9) Beaucoup d'autres législations anciennes nous offrent l'exemple d'une procédure de ce genre. V. Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. I, p. 161; Sumner Maine, *Études sur l'hist. des institutions primitives*, pp. 319, 323 et suiv.; Girard, *Manuel élément.*, p. 971.

(10) Bien que les sources soient muettes sur l'existence de cette procédure, elle devait, comme on l'a vu (V. ci-dessus, note 4), être employée contre le débiteur qui résistait à la *pignoris capio* (Cicéron, *In Verr.*, II, III, 11). Cuq, *Les institut. jurid. des Rom.*, liv. II, p. 430.

peine. Passé ce temps, il est probable que le créancier avait le droit de détruire les objets saisis. Il reste peu d'exemples de créances garanties par voie de *pignoris capio*. Ceux qui nous sont rapportés par Gaius (G. IV, 27, 28) ont trait au droit public ou religieux.

275. — *Mérites et inconvénients du système des legis actiones.*
— *Causes de sa disparition.* — Le système des *legis actiones* s'est maintenu durant plusieurs siècles. L'excellence de quelques-uns de ses principes fondamentaux a été pour beaucoup dans la continuité de ce succès. Applicable sans distinction à tous les citoyens, il ne créait aucune juridiction d'exception. La séparation du *jus* et du *judicium* exigeant le concours successif du magistrat et du juge agissant pour une même affaire chacun dans sa sphère, la position éminente de celui-ci, l'organisation de ceux-là en collèges permanents élus par le suffrage populaire ou le principe du libre choix du *judex*, l'entière publicité des débats depuis le commencement du procès jusqu'à la sentence, tout cela constituait un ensemble de garanties destinées à assurer aux citoyens la sauvegarde de leurs droits, à les mettre à l'abri de la partialité et de l'arbitraire.

Malgré ces avantages le système avait de graves inconvénients qui devaient amener sa décadence et sa lente disparition. D'une part, les parties jouissaient *in jure* d'une liberté beaucoup trop grande, en ce sens que le magistrat n'avait pas qualité pour leur prescrire la marche à suivre en vue de l'organisation du *judicium*. Dépourvues de tout guide, elles étaient exposées à commettre dans l'accomplissement des formalités les erreurs les plus préjudiciables, puisque la moindre entraînait la perte du procès. Semblables aux cérémonies d'un culte auquel seuls peuvent prendre part les initiés, les rites de la *legis actio*, restés inconnus du vulgaire, obligeaient les plaideurs inexpérimentés à recourir à des juristes pour les conduire pas à pas dans le dédale mystérieux des procédures (V. n° 9). D'autre part, les parties étaient paralysées par un formalisme étroit et infécond, puisqu'elles ne pouvaient faire valoir une prétention, si juste elle fût, lorsqu'il n'y avait pas une formule orale solennelle, calquée sur la loi, permettant de produire cette prétention en justice. Le magistrat, impuissant, réduit à un rôle secondaire, ne pouvait même s'il l'eût voulu accueillir cette prétention. C'était là le véritable vice du système (1). Le nombre limité

275. — (1) Gaius (G. IV, 30), revenant sur une idée déjà antérieurement exprimée (G. IV, 11), indique la trop grande rigueur des formes comme le plus grave reproche adressé aux *legis actiones*. Mais cette rigueur, tout en étant excessive, n'avait rien en somme d'anormal. L'attachement à la forme et le système des nullités se retrouve

des formes de procéder, l'impossibilité de les adapter aux nécessités changeantes de la vie, entravaient le libre développement du droit et sa marche en avant. A des institutions nouvelles, il fallait des formes d'agir nouvelles. Le système formulaire se chargea de les trouver.

Deuxième système de procédure.

Système formulaire.

276. — *Caractères essentiels de ce système. — Ses origines. — Histoire de son développement.* 1° *Caractères essentiels.* — Le trait caractéristique du système nouveau consiste dans la transformation qu'on fit subir à la procédure *in jure*. Désormais cette première phase de l'instance tend essentiellement à l'obtention d'une formule écrite, *formula*, délivrée par le magistrat et dans laquelle celui-ci, après avoir institué le juge, lui trace en termes impératifs la mission dont il est chargé. Pour arriver à obtenir la formule, les parties n'ont plus à *agere* dans le sens légal du mot, c'est-à-dire à accomplir seules et sans guide des rites solennels. Un débat préliminaire s'engage, il est vrai, entre elles, mais ce débat est libre de toute entrave, il ne nécessite ni paroles sacramentelles, ni actes symboliques. Les parties exposent en pleine liberté leurs prétentions respectives, sans avoir besoin de les couler dans le moule d'une formule verbale immuable. Après cette discussion à laquelle préside le magistrat et sur la marche de laquelle il exerce un pouvoir souverain de contrôle et de direction, la formule est rédigée, s'il le juge à propos. Elle exprime les prétentions du demandeur, les défenses ou exceptions du défendeur. Mais bien qu'acceptée par les deux parties, elle n'est pas leur œuvre. Préparée avec le concours des plaideurs, elle émane du magistrat qui l'écrit en termes soigneusement appropriés à chaque genre d'action, *concepta verba*, sous forme d'instruction adressée au juge qu'elle institue. Il n'y a pas d'autres solennités essentielles dans le système nouveau (1).

Cette simplification de la procédure *in jure*, véritable réaction contre un formalisme étroit et infécond, eut la plus heureuse

nécessairement à un degré plus ou moins grand dans tout système de procédure. V. Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. III, p. 329.

276. — (1) On verra plus loin, que la *litis contestatio* du système formulaire a pour objet de faire participer d'une façon formelle les plaideurs à la délivrance de la *formula* (V. n° 283). Cette *litis contestatio* formelle est avec la rédaction de la formule en *concepta verba* (G. IV, 30), tout ce qui subsiste du formalisme ancien.

influence sur le développement du droit. Investi d'un pouvoir sans limites pour la rédaction des formules, le préteur put, tout en les octroyant comme sanction des droits déjà reconnus, en composer de nouvelles pour la protection de ceux que la loi laissait jadis dénués de garanties légales, accorder par conséquent le droit d'agir là où il eut été dénié sous l'ancienne procédure. Il put également, puisqu'il était devenu le maître de l'action, la refuser sinon l'accorder en la paralysant éventuellement par une exception. Ainsi il fut amené à proposer dans son Édit un ensemble de formules, appropriées à toutes les prétentions, destinées à confirmer le droit civil, à le compléter, à le corriger. En même temps qu'elle servait d'organe d'application normale au droit d'autrefois, la procédure par la formule servait de véhicule aux idées nouvelles, elle faisait passer dans le droit étroit et rigoureux des Quirites un large souffle d'humaine équité (V. n° 10).

2° *Origines premières du système.* — L'idée première du système formulaire est due vraisemblablement au préteur pérégrin (2). Lorsqu'il s'agissait d'une contestation entre pérégrins, ou entre citoyens et pérégrins, la *legis actio*, procédure essentiellement quiritaire, était inapplicable (V. n° 271). Le magistrat était donc, en vertu de son *imperium*, le maître d'organiser librement l'instance. Il conserva la séparation du *jus* et du *judicium*, s'abstint de juger lui-même et renvoya le jugement aux juges privés (*recuperatores*) institués par lui. Toutefois, il était nécessaire de fournir à ces juges des indications précises pour asseoir leur sentence. Les formules solennelles verbales par lesquelles les deux adversaires posaient la question et liaient le litige faisaient défaut. Le préteur prit sur lui de rédiger ces formules et de les proposer aux parties comme expression de leurs prétentions. En nommant les juges, il leur traçait leur mission : quels faits ils auraient à vérifier, quelle décision ils auraient à prononcer comme conséquence de la constatation ou de la non constatation de ces faits. Tel était l'objet de la *formula*.

La procédure pérégrine, par formule écrite, s'établit donc en face de l'antique procédure, par formule orale, sans lui faire d'abord concurrence. Chacune avait son domaine propre et ses clients attirés. Mais la procédure nouvelle offrait l'avantage d'une plus grande simplicité. Elle était surtout d'une plasticité qui lui permettait de

(2) Ici on est en pleine conjecture. L'opinion exprimée au texte paraît l'emporter sans conteste. V. Ortolan, t. III, n° 1909 et suiv.; Sohm, *Institutionen*, § 49, pp. 237, 238; Girard, *Manuel élément.*, pp. 985, 986 n'accepte l'idée qu'avec certaines réserves.

s'adapter sans effort aux créations que les progrès du commerce juridique et la pénétration lente des idées du *jus gentium* rendaient nécessaires. La procédure pérégrine était une procédure d'avenir. Aussi, est-il vraisemblable que le préteur urbain dut, sans trop d'hésitations, emprunter à son collègue le procédé nouveau qui avait déjà fait ses preuves. Toutes les fois que la loi ne permettait pas l'action, le magistrat qui jugeait bon pourtant de sanctionner la prétention d'un plaideur, trouvait dans son *imperium* le pouvoir d'organiser l'instance par voie de *formula*, sur le modèle de la procédure pérégrine. Le procédé était simple, suffisamment formaliste encore pour mériter d'être employé dans les procès où tout, le magistrat et les plaideurs, était quiritaire, sauf le droit à sanctionner. Le préteur urbain permettait donc de *litigare per formulas*, et puisqu'il était le maître de régler par la formule les conditions de réussite de l'action, il créait du même coup des règles de fond et des règles de forme. Ainsi, par le procès pérégrin étendu aux citoyens, s'introduisirent sans doute les premières créations du droit honoraire (3).

3° *Développement légal du système.* — A dater du moment où le procès par *formula* devint possible entre citoyens, l'antithèse s'accusa entre la procédure de l'ancien droit, *legis actio*, et la nouvelle. Un temps vint où la première parut gênante et où son cercle d'action, déjà limité par lui-même, fut restreint au profit de la seconde. Ce résultat fut l'œuvre successive de lois dont la date exacte est inconnue : la *lex Æbutia* (entre 605 et 628 U. C.) et les deux *leges Julix judicariæ* (dont l'une au moins est d'Auguste) (G. IV, 30) (4). La première a certainement autorisé les citoyens à *litigare per formulas*. Mais il ne semble pas qu'elle leur ait fermé le recours à la *legis actio*. Il paraît vraisemblable qu'elle leur laissait le droit de choisir, sous le contrôle du magistrat, entre les deux formes de procéder (V. n° 10) (5). L'ancien mode d'agir ne fut donc pas brusquement supprimé. Cela eût été trop ouvertement contraire aux tendances conservatrices de l'esprit romain. On se contenta de juxtaposer les

(3) On voit qu'à nos yeux les préteurs auraient commencé à employer la procédure *per formulas* dans les cas où l'action est dite *in factum*. Dans ce genre d'actions, en effet, il n'y avait pas de question de droit à résoudre, et par conséquent il n'y avait plus de formule orale sacramentelle permettant de préciser l'objet du litige. Si l'on voulait qu'il fût tranché, il fallait de toute nécessité délivrer une instruction qui permit aux juges privés de procéder à leur office.

(4) V. pour la question de la date de ces lois : Girard, *Manuel élément.*, p. 987 ; *Nouvelle revue historique de droit : la date de la loi Æbutia*, pp. 249 et suiv.

(5) Les recherches de Wlassak (*Römische Processgesetze*) ont fait faire à la question du rôle joué par la loi Æbutia un sérieux pas en avant. Son opinion est suivie par Girard, *Manuel élément.*, p. 986, note 2, et Sohm, *Institutionen*, § 49, pp. 235-246.

deux procédures et de les mettre sur le pied d'égalité. Il n'y eut donc aucune abrogation formelle, aucun bouleversement apparent, mais une marche lente et sûre vers un but dès longtemps entrevu.

Les bons résultats qu'avait donnés cette transformation permirent de l'accentuer dans le sens d'une plus complète substitution de la procédure nouvelle à l'ancienne. Ce fut l'objet des deux *leges Juliae* qui pourtant laissèrent subsister la *legis actio* dans certains cas (6). La procédure par la formule triomphait. Le changement n'était pas considérable, en apparence du moins, surtout après la loi *Æbutia*. Il n'y avait qu'une simplification des formes de l'accord intervenant entre les deux plaideurs à l'effet de soumettre leur différend au juge, la substitution de la formule écrite à la formule parlée. Mais les conditions dans lesquelles cet accord était préparé, le rôle prépondérant que jouait le magistrat dans sa conclusion étaient tout autres que jadis. Après ces lois, on put croire qu'on avait seulement fourni aux citoyens le moyen de s'affranchir d'un formalisme exagéré. On avait néanmoins accompli une réforme dont les suites furent pour l'avenir du droit d'une incalculable portée (7).

Pour étudier le fonctionnement du système formulaire, il faut, comme on l'a fait pour le système précédent, suivre la marche de l'instance depuis son introduction jusqu'à la sentence qui la termine. On va donc examiner :

I. Le débat *in jure* dégagé de tout incident et à ce sujet la formule et ses différentes parties, ainsi que l'issue normale de cette phase du débat, c'est-à-dire la *litis contestatio* (V. nos 277-283).

II. Les incidents qui peuvent se produire *in jure* (V. n° 284).

III. La procédure *in judicio* et son issue normale, c'est-à-dire la sentence (V. nos 285, 286).

IV. Les cas où le magistrat statue lui-même sans renvoi au juge, *cognitio extra ordinem* (V. n° 287).

V. Les voies de recours (V. n° 288).

VI. Les voies d'exécution (V. nos 289, 292).

(6) Cela est certain, puisque du temps de Gaius la *legis actio* est encore employée en cas de *damnum infectum*, où elle paraît perdre pourtant du terrain, et aussi dans les procès soumis *in judicio* aux centumvirs. Il est assez difficile dès lors de dire quelle part d'innovation est due aux lois *Julia* et pourquoi elles n'ont pas fait complètement table rase de la *legis actio* (G. IV, 31).

(7) Observation de Sohm : *Institutionen*, § 49, p. 246. La transition fut ménagée à une certaine époque entre les deux systèmes par le procédé des fictions (G. IV, 10, 32). On supposait que les formalités de la *legis actio* avaient été accomplies et on organisait le *judicium* en conséquence. Telle est la procédure *per sponsionem*, évidente imitation du *sacramentum* et la fiction de la *pignoris capio* en cas de procès faits par les publicains.

277. — I. *Débat in jure dégagé de tout incident.* — *De la formule en général.* — L'*in jus vocatio* est restée le moyen habituel pour appeler le défendeur *in jure*. Elle est toujours orale et adressée au défendeur en personne, mais le préteur corrigeant l'aspérité du droit primitif, interdit l'emploi de la violence privée contre le défendeur qui refuse de suivre le demandeur (1). Les deux parties étant *in jure*, le demandeur fait connaître sa prétention et indique l'action qu'il entend exercer, *editio, postulatio actionis*. Contre l'octroi de l'action et la délivrance de la formule qui lui correspond, le défendeur pouvait n'avoir, quant à présent, aucune objection à soulever. Il acceptait alors le *judicium* sans autre débat, sauf à contester ultérieurement devant le juge la prétention de son adversaire. Mais le défendeur pouvait dès l'abord dénier au demandeur le droit d'obtenir la formule réclamée. Il pouvait aussi, tout en acceptant la formule, demander au magistrat d'y insérer une *exceptio* ou une *præscriptio*, ce qui pouvait amener le demandeur à apporter, à son tour, des modifications à sa prétention telle qu'il l'avait tout d'abord formulée. Toutes ces questions : octroi ou refus de la formule, modifications à y apporter en faveur du défendeur ou du demandeur, étaient débattues librement devant le magistrat. Celui-ci mettait fin à cette première phase de l'instance en refusant ou en accordant la formule.

1° *Refus de la formule.* — Si le préteur refuse la formule, le procès ne peut aller plus loin. Il se trouve arrêté dès sa première phase. C'est donc de cette solution dont on doit s'occuper d'abord. Les cas dans lesquels le magistrat refuse de délivrer la formule, *denegatio actionis*, peuvent tous rentrer dans l'une des hypothèses suivantes. 1° La prétention du demandeur n'est sanctionnée ni par le droit civil, ni par le droit honoraire; elle ne correspond par conséquent à aucun des types de formules proposés par l'Édit. Mais il faut, bien entendu, réserver le droit pour le magistrat et dont il usa souvent, de créer une formule nouvelle non encore imaginée jusque-là et qui à raison de son utilité, pouvait être accueillie dans les édits subséquents (2). Il faut également réserver l'hypothèse où le magistrat prenait sur lui de modifier les modèles de formules existantes pour les rendre applicables à des hypothèses non encore

277. — (1) Depuis Marc-Aurèle, on emploie à côté de l'*in jus vocatio*, la *litis denuntiatio*, consistant dans une sommation adressée par le demandeur au défendeur, mais ayant sur l'*in jus vocatio* l'avantage de pouvoir être faite au défendeur absent. V. Accarias, t. II, nos 749, 750; Keller, *Procéd. civ.* (trad. Capmas), XLVII, XLVIII.

(2) Cette action accordée d'une façon inopinée, sans clause édictale préalable, sans que, par son *judicium dabo*, le préteur l'ait promise par avance, est nécessairement *in factum*. V. Girard, *Manuel élément.*, p. 992.

prévues (3). Plus tard, ces modifications heureuses aux types traditionnels ont pu être adoptées par les édits ultérieurs et être proposées dans le formulaire permanent que le préteur met à la disposition des parties. 2° Il y a encore *denegatio actionis*, quand la prétention du demandeur peut être immédiatement écartée par une défense tirée du fond ou par une exception, si le préteur reconnaît lui-même le bien-fondé de ces moyens invoqués par le défendeur(4). 3° Le défendeur offre volontairement satisfaction au demandeur, c'est-à-dire reconnaît que sa prétention est juste et lui fournit tout ce qu'il est en droit d'exiger; ou bien, sans exécuter, il avoue le bien-fondé de la demande, *confessio in jure*. Ici également, la délivrance d'une formule est inutile; le magistrat la refusera (5). 4° Enfin, il y aura aussi *denegatio actionis*, si le défendeur ne comparait pas ou si tout en comparissant, il refuse de prendre au procès le rôle de défendeur, de donner les mains à l'organisation du *judicium*. Pour que le procès se suive, il faut l'assentiment du défendeur, sa participation volontaire à l'acte qui va transformer le débat en litige véritable et soumettre ce litige au juge (V. n° 283).

2° *Octroi de la formule*. — En dehors des cas qu'on vient d'indiquer, le magistrat admettait l'action, c'est-à-dire qu'il délivrait aux parties la formule qu'il avait rédigée, *dare formulam, judicium*. Cet écrit, instruction destinée au juge, pose la question, lui en précise tous les aspects, lui en confie la solution et l'investit éventuellement du pouvoir de condamner le défendeur.

A tous ces points de vue, la procédure par la formule se sépare très nettement de la *legis actio*. Il ne paraît pas inutile d'insister sur ces différences caractéristiques.

a) Autrefois, les paroles solennelles par lesquelles les parties affirmaient leurs prétentions respectives étaient l'œuvre exclusive des parties. Mais leur activité consciente était pour bien peu dans cet acte essentiel, puisque les formules orales leur étaient dictées à l'avance. La formule écrite, au contraire, est le produit de la coopération réfléchie des parties et du magistrat. Celui-ci d'ailleurs joue ici un rôle prépondérant. Il donne ou refuse la formule, y intro-

(3) C'est ainsi, croyons-nous, que les choses ont dû se passer quand, pour la première fois, le préteur a inséré une fiction dans une formule, a ajouté une *præscriptio*, ou a fait suivre l'*intentio* de l'*actio incerti* de l'addition caractéristique : *ex fide bona*.

(4) C'est ainsi par exemple que le débiteur prouve, en rapportant une quittance, *apocha*, qu'il a payé la dette, ou qu'une femme invoque le sénatusconsulte Velléien sans qu'il y ait aucun doute possible sur son application (V. n° 226), ou qu'un fils de famille oppose le sénatusconsulte Macédonien (V. n° 129).

(5) Il y a aussi le cas de serment prêté *in jure*. V. sur la *confessio* et le serment, la théorie des incidents qui peuvent se produire *in jure* (V. n° 284).

duit les additions nécessitées par les circonstances. C'est en ce sens qu'il est le maître de l'action, et c'est ainsi qu'il s'est rendu le maître du droit, le régulateur souverain de la production juridique (6).

b) La formule est faite aussi bien pour le défendeur que pour le demandeur. Jadis, les parties exprimaient leurs prétentions contraires en des phrases séparées. Maintenant, la formule les relie en une phrase unique qui les oppose l'une à l'autre. Et cela permettra au défendeur de faire échouer la demande non par voie de négation directe, mais en la paralysant par une exception (V. n° 281).

c) Le magistrat délègue par la formule une partie de ses pouvoirs au juge. Celui-ci n'est plus aussi exclusivement qu'autrefois, l'homme auquel les parties s'en rapportent pour donner son avis sur leur différend. Il a bien encore ce caractère. Mais sa mission lui vient tout autant du magistrat que de la volonté des plaideurs. Le préteur lui trace la voie à suivre; il l'associe plus pleinement que par le passé à l'œuvre qui consiste à dire le droit. Désormais, le juge méritera mieux son nom de *judex* (*jus dicere*) et la phase du *judicium* ne sera plus aussi franchement distincte du *jus* qu'elle l'était jadis (7).

d) Enfin, la formule confère au juge un pouvoir nouveau, celui de condamner. On retrouvera ce caractère particulier à propos de la *condemnatio* (V. n° 280).

Après ces observations générales, on peut étudier dans le détail le mode de rédaction de la formule. On s'initiera ainsi au fonctionnement des institutions du droit privé, on verra en pleine lumière l'accord intime que le génie éminemment pratique des Romains avait su établir entre la forme et le fond, entre l'action et le précepte légal auquel elle donne le mouvement, c'est-à-dire la vie.

Parties principales et accessoires de la formule. — La formule débute toujours par la désignation du juge (*judex, arbiter* ou *recuperatores*) : *judex esto, recuperatores sunt* (G. IV, 34, 36, 37, 46). Les deux adversaires y étaient désignés par leurs noms; mais les types de formules qui nous ont été transmis par Gaius ne contiennent que des noms supposés : *Aulus Agerius* pour le deman-

(6) Cicéron l'a senti parfaitement. Il sait que le droit de l'Édit est le seul vivant, le seul qui réponde aux réalités, qui traduise les aspects concrets de la vie juridique (V. n° 10, note 13).

(7) Cette tendance s'est accentuée à mesure qu'on s'est rapproché du Bas-Empire. Elle a abouti à la réunion dans les mêmes mains des pouvoirs du magistrat et du juge. En sorte qu'on peut dire que le système formulaire portait en lui le germe de sa ruine. L'observation très ingénieuse est due à Sohm, *Institutionen*, § 51, pp. 250-251.

deur, *Numerius Negidius* pour le défendeur. On leur substituait les noms réels des parties dans chaque affaire (8).

La formule comprenait des parties essentielles et des parties accessoires. Les parties essentielles sont les suivantes : *demonstratio intentio*, *adjudicatio*, *condemnatio* (G. IV, 39). Non pas qu'on doive nécessairement les retrouver toutes dans chaque formule. Une seule, l'*intentio*, est dans ce cas. Les trois autres sont essentielles en ce sens que, selon la nature de l'action, l'une ou plusieurs d'entre elles doivent figurer dans la formule qui, sans cela, serait imparfaite. Les parties accessoires sont l'*exceptio*, ses variétés, la *replicatio* et la *duplicatio* et enfin la *præscriptio*. Ce sont des additions à la formule normale, mais comme elles n'ont rien de nécessaire, on peut concevoir la formule sans elles.

278. — *Parties principales de la formule.* — 1° *De l'intentio.* — C'est dans cette partie que se trouve exprimée la prétention du demandeur, ses conclusions, *pars formulæ qua actor desiderium suum concludit*. C'est là, par conséquent, qu'est indiquée la question qui fait l'objet du litige entre les parties (G. IV, 41, 60). Il n'y a donc pas de formules sans *intentio*, puisqu'il ne peut y avoir de procès sans une réclamation du demandeur. L'*intentio* est la partie la plus importante de la formule.

L'*intentio* est toujours conçue en forme conditionnelle; par exemple dans la *rei vindicatio* : *SI PARET REM EX JURE QUIRITUM AULI AGERII ESSE* ou dans la *condictio certi* : *Si PARET Num Num A° A° X M DARE OPORTERE* (1). Cela s'explique parfaitement, étant donné que la formule tout entière est un ordre de condamner le défendeur pour le cas où la prétention du demandeur est reconnue fondée : *SI PARET*, etc. *CONDEMNA* (V. n° 280).

L'*intentio* contenant l'indication du droit prétendu par le demandeur doit, dans sa rédaction, refléter les caractères essentiels de l'action. C'est là qu'apparaît le mieux la convenance parfaite entre le droit et la forme sous laquelle on le fait valoir en justice. Aussi peut-on classer les actions en tenant compte uniquement des diverses variétés de forme de l'*intentio*. Ainsi elles se divisent : 1°

(8) Dans les exemples de formules que nous allons donner, nous abrègerons toujours les noms des parties de la façon suivante : A. A. pour *Aulus Agerius*, N. N. pour *Numerius Negidius*.

278. — (1) Lorsque l'*intentio* revêt la forme : *QUIQUID Num Num A° A° DARE FACERE OPORTET* (*intentio incerta*), elle n'en est pas moins conditionnelle, le *quidquid* impliquant par son incertitude même la possibilité d'une absolution du défendeur, et rendant par suite la condamnation conditionnelle.

selon que l'*intentio* est *in rem* ou *in personam* en actions *in rem* ou *in personam*; 2° selon que l'*intentio* est du *jus civile* ou du *jus honorarium* en actions du droit civil ou du droit honoraire; 3° selon que l'*intentio* est *certa* ou *incerta* en actions *certæ* ou *incertæ*. C'est à ces trois grandes divisions que se ramènent toutes les variétés de l'*intentio*. D'autres divisions d'ordre secondaire se rattachent aux premières. Elles seront indiquées en même temps qu'elles.

Première division : Actions in rem et actions in personam. — Selon que l'action est réelle ou personnelle, l'*intentio* est conçue *in rem* ou *in personam*. Une différence caractéristique permet de les distinguer. Dans la première ne figure jamais le nom du défendeur, tandis qu'il doit nécessairement être mentionné dans la seconde. Cela s'explique aisément, si l'on se reporte à la définition des droits réels et personnels (V. n° 67). Le droit réel (et au droit réel il faut joindre les droits de famille) est opposable à toute personne, c'est-à-dire qu'on peut en faire proclamer l'existence vis-à-vis de n'importe quel défendeur. La mention du nom de celui-ci est donc indifférente dans l'*intentio* (2). S'il s'agit d'un droit personnel, comme il n'y a qu'une seule personne, le débiteur, contre qui le demandeur puisse faire valoir son droit, force est bien de désigner cette personne dans l'*intentio* (3).

Deuxième division : Actions civiles et actions honoraires. — *Actions in jus et actions in factam.* — Les actions dérivent ou du droit civil ou du droit honoraire. Lorsque l'action tire son origine du droit civil, son *intentio* est rédigée *in jus*, *intentio in jus concepta*, *intentio juris civilis* (G. IV, 45). Tel est le cas de la revendication, de la *condictio certi*, de l'action *furti*, des actions nées des contrats *consensu*. L'*intentio* pose alors au juge une question de droit civil, et l'oblige à rechercher si *jure civili* la prétention du demandeur est fondée (4). En rédigeant la formule *in jus*, le magistrat ne fait, on le voit, que confirmer le droit civil (5). Lorsqu'au

(2) Exemple : l'*intentio* de l'action en revendication est ainsi conçue : *SI PARET REM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE*.

(3) C'est ainsi que l'*intentio in personam* sera conçue de la façon suivante : *SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO XM DARE OPORTERE*.

(4) Un signe certain auquel on reconnaît, à la simple inspection, une *intentio* conçue *in jus*, c'est sa rédaction à l'infinitif présent : *REM Aⁱ Aⁱ ESSE*; *SI PARET DARE OPORTERE*. Ce que réclame en effet le demandeur, c'est la reconnaissance à son profit d'un droit existant au jour même où il agit.

(5) C'est dans ce cas (et aussi lorsqu'il délivre la formule *in jus* avec fiction) que le magistrat fait participer plus pleinement qu'autrefois le juge à l'examen des droits prétendus par les parties (V. n° 277).

contraire l'action est d'origine honoraire, la formule a une *intentio* tantôt conçue *in jus*, mais alors avec une fiction, tantôt conçue *in factum*. Ces deux variétés de l'*intentio* honoraire correspondent, en effet, aux deux procédés principaux auxquels a recours le magistrat pour compléter ou corriger le droit civil. Il peut, en effet, grâce à une fiction, rendre la formule *in jus* applicable à des cas autres que ceux pour lesquels elle avait été primitivement créée; il peut aussi créer de toutes pièces une action nouvelle, et alors il donne une formule conçue *in factum*. Les actions honoraires sont donc fictives ou *in factum* (6).

a) *Actions fictives*. — L'action dont l'*intentio* contient une fiction est dite fictive. Ici, le préteur suppose que les conditions exigées par le droit civil pour la délivrance de l'action civile sont toutes remplies, ou au contraire il suppose non accomplis des faits en présence desquels le droit civil refuserait l'action. Il délivre alors l'action *in jus*, mais comme elle est donnée dans d'autres circonstances que celles exigées par le droit civil, il est nécessaire que par une adjonction à la formule ordinaire, le juge soit averti de cette particularité. De là l'introduction de la fiction et le caractère fictive qu'elle communique à l'action.

Ainsi le préteur suppose au demandeur ou au défendeur une qualité que celui-ci n'avait pas et qui, *jure civili*, est exigée pour l'exercice de l'action; par exemple, il donne au *bonorum possessor* ou contre lui les actions données à ou contre l'*heres*, en insérant dans l'*intentio* la fiction : *tum si heres esset* (G. IV, 34) (V. nos 236, 249). De même, il suppose accomplie une usucapion qui ne l'est pas et donne à celui qui est *in causa usucapiendi* l'action en revendication fictive appelée action publicienne (G. IV, 36) (V. n° 299). En sens inverse, le préteur peut, en vue de corriger la rigueur du droit civil, tenir pour non accomplis des faits qui existent, par exemple considérer comme non avenue la *capitis deminutio minima* encourue par le débiteur et restituer à ses créanciers l'action que le droit civil leur déniait (G. IV, 38) (V. n° 66).

b) *Actions in factum*. — Mais au lieu d'imiter le droit civil, le préteur pouvait procéder plus franchement et créer une action absolument nouvelle. Dans ce cas, l'*intentio* est rédigée *in factum*. Le préteur, en effet, se contente alors d'indiquer au juge les faits allégués par le demandeur, il lui donne mission d'en vérifier l'exac-

(6) Les actions avec formules à transposition sont aussi des actions honoraires destinées à sanctionner des innovations prétoriennes. On en parlera à propos de la *condemnatio* (V. n° 280).

titude, avec pouvoir de condamner s'ils existent ou d'absoudre dans le cas contraire. On voit dès lors la différence entre l'action *in factum* et l'action *in jus*. Dans celle-ci sans doute, il y a des faits que le juge doit vérifier tout d'abord, mais il doit les apprécier comme faits juridiques, en déduire les conséquences de droit civil et prononcer alors la condamnation s'il y a lieu. Au cas d'action *in factum*, au contraire, sa mission se borne à une simple constatation des faits allégués (7). Quant à leur portée juridique, elle a été déterminée par avance dans l'édit, où le préteur a subordonné l'octroi et la réussite de l'action à la réunion d'un certain ensemble de circonstances qu'il s'agit simplement de vérifier. Ainsi, le juge de l'action *in factum* n'a pas à se préoccuper des règles de droit qui peuvent justifier la condamnation qu'il va prononcer; ces règles ont été posées par le préteur lui-même dans la partie de l'Édit où il promet de donner l'action : *Si quis... judicium dabo*. Le juge n'a donc qu'à suivre les instructions du magistrat qui suffisent pleinement pour le guider dans la solution à donner au litige. Parmi les actions *in factum* signalons : celles qui ont servi de sanction au commodat, au dépôt, à la gestion d'affaires, au mandat, à la tutelle, mais qui plus tard ont été transformées en actions *in jus* (V. nos 116, 130, 186, 155, 61); les actions *de pecunia constituta* et *de jure jurando* (V. nos 165, 166); des actions destinées à sanctionner certains délits analogues au *damnum injuria datum*, par exemple les actions *de dolo* et *quod metus causa* (V. n° 182); les actions *in rem* données au créancier hypothécaire, *actio serviana* et *quasi serviana* (V. n° 223).

Troisième division : Actions certæ et actions incertæ. — Suivant que le droit réclamé est *certum* ou *incertum*, l'*intentio* est *certa* ou *incerta*, et l'action est elle aussi *certa* ou *incerta*. Dans l'action *certa*, le juge n'a que le choix entre deux solutions extrêmes : reconnaître le droit du demandeur ou le nier; tandis qu'en cas d'action *incerta*, il jouit d'un pouvoir d'appréciation plus ou moins étendu.

Les actions *in factum* sont toujours *certæ*, car ce que réclame le demandeur dans l'*intentio*, c'est la constatation d'un ensemble de faits. Or des faits existent ou n'existent pas, il n'y a donc pas place ici pour une solution intermédiaire. Quant aux actions *in jus*, les unes sont *certæ*, les autres *incertæ*. Sont *certæ* toutes les actions *in rem*, auxquelles il faut joindre toutes les actions tendant à la recon-

(7) Il est à noter que l'*intentio* de l'action *in factum* est rédigée à l'infinitif passé : *SI PARET Aum Aum APUD Num Num... DEPOSUISSE*. Le fondement de l'action est en effet un ensemble de faits qui, s'ils sont accomplis, entraîneront la condamnation. Or, des faits sont nécessairement passés (G. IV, 47).

naissance des droits de famille. Rien de plus précis, en effet, que la prétention de celui qui réclame la propriété, un droit réel, la qualité de *pater*, d'homme libre. Les actions *in personam* au contraire, sont les unes *certæ*, les autres *incertæ*, suivant que la chose due est un *certum* ou un *incertum*.

L'*intentio* de l'action *in personam certa* est rédigée ainsi : *SI PARET XM DARE OPORTERE*, ou *SI PARET HOMINEM DARE OPORTERE*, selon que l'action a pour objet une *certa pecunia* ou une *certa res*. Ici les pouvoirs du juge sont aussi restreints que dans l'action *in rem*. Le défendeur doit ou ne doit pas, il n'y a pas d'autre solution possible, et cette question une fois tranchée par le juge, celui-ci n'a plus qu'à condamner ou à absoudre. Les actions personnelles qui ont une *intentio certa* reçoivent le nom de *condictiones certi* (*certæ pecuniæ* ou *certæ rei*). Elles dérivent du *mutuum*, de la stipulation ayant un *certum* pour objet, du contrat *litteris* (V. n^{os} 128, 136, 141). Dans les actions *in personam incertæ*, l'*intentio* est conçue de façon tout à fait indéterminée. Ce que réclame, en effet, le demandeur, ce n'est plus un *dare*, mais un *facere* (au sens large) et l'objet de ce *facere*, au lieu d'être précisé, est exprimé sous la forme : *QUIDQUID PARET DARE FACERE OPORTERE*. Les actions *in personam* qui rentrent dans cette catégorie sont l'*actio incerti ex stipulatu*, les actions de bonne foi et certaines actions *ex delicto* (G. IV, 136, 41, 47) (V. n^{os} 136, 143) (8). Dans toutes, le juge jouit d'un pouvoir d'appréciation plus grand que dans la *condictio certi*. Les actions de bonne foi notamment, grâce à l'addition à l'*intentio* des mots *ex fide bona*, étendent aussi loin que possible les pouvoirs du juge en lui permettant de juger d'après la bonne foi : *QUIDQUID OB EAM REM Num Num A° A° DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA*, etc. (G. IV, 47) (V. n^o 301).

279. — *Parties principales de la formule* (Suite). — 2^o *De la demonstratio*. — On appelle ainsi la partie de la formule qui précède l'*intentio*. Elle indique au juge le fondement juridique de l'action intentée, le *negotium juris* d'où le demandeur fait découler son droit. Par exemple, si le vendeur agit par l'*actio venditi*, la *demonstratio* sera ainsi rédigée : *QUOD A^s A^s FUNDUM N^o N^o*

(8) Les actions *ex delicto* dont il est parlé au texte sont les actions *furti* et *legis Aquiliæ*. Au lieu du *quidquid dare facere oportet*, l'*intentio* de l'action *furti* porte : *pro fure damnum decidere oportere* (G. IV, 37, 35), ce qui signifie que le défendeur doit la composition pour le vol. L'*intentio* de l'action *legis Aquiliæ* ne nous a pas été conservée.

VENDIDIT (G. IV, 40), la *venditio* étant indiquée ici comme le fait juridique d'où dérive l'action. Mais, à la différence de l'*intentio*, la *demonstratio* ne se trouve pas dans toutes les formules. On la rencontre seulement dans celles où l'*intentio* est à la fois *in jus* et *incerta* et où, par conséquent, cette *intentio*, si elle était seule, ne suffirait pas à donner au juge les indications qui lui sont nécessaires pour remplir sa mission.

Ainsi, il n'y a pas de *demonstratio* dans les actions *in factum*. En effet, dans ces actions, le droit réclamé par le demandeur résulte des faits eux-mêmes, tels qu'ils sont exposés dans l'*intentio*. Une *demonstratio* n'ajouterait donc rien de plus à la formule, elle ne pourrait être que la reproduction de l'*intentio* (G. IV, 60). Quant aux actions *in jus*, ni celles qui sont *in rem*, ni celles qui sont *in personam certæ*, n'ont de *demonstratio*. Seules les actions *in personam incertæ* en possèdent une, car le *quidquid dare facere oportet* de leur *intentio* est trop général pour indiquer nettement au juge quel est le fondement juridique de l'action (G. IV, 136) (1).

280. — *Parties principales' de la formule* (Suite). — 3° *De la condemnatio*. — Avec l'*intentio*, la *condemnatio* est la partie la plus importante de la formule. Le magistrat y donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre, par exemple : *JUDEX Num Num A° A° SESTERTIUM X M CONDEMNA SI NON PARET ABSOLVE* (G. IV, 43). Cette partie se trouve dans toutes les formules, sauf dans les *præjudiciales formulæ*, où le demandeur ne demande au juge que la constatation d'un fait dont il se propose de tirer ultérieurement les conséquences (G. IV, 44) (V. n° 293). Quelle que soit d'ailleurs l'action, la *condemnatio* est, quant à sa forme et à son contenu, soumise à un certain nombre de règles toujours identiques.

1° Le pouvoir de condamner implique celui d'absoudre, dans le cas où la prétention du demandeur ne serait pas vérifiée. Mais cette alternative laissée au juge devait être formellement exprimée, en sorte que la *condemnatio* contient toujours une mention donnant au juge la faculté d'absoudre. Cette précaution est bien en

279. — (1) Dans les actions *in rem*, la prétention du demandeur est suffisamment précisée par l'*intentio*, où il affirme *rem suam esse*; quant à la cause de son droit, c'est devant le juge qu'il en fera la preuve, sans qu'il soit besoin d'y faire allusion par une mention de la formule. C'est pour le même motif que la *demonstratio* manque dans l'*actio in personam certæ*, la cause en vertu de laquelle le demandeur conclut au *dare oportere* devant être ultérieurement établie *in judicio*.

harmonie avec les exigences d'un formalisme qui prévoit tout et ne veut rien laisser au hasard. Car au : *si paret condemna*, s'oppose *non condemna* et non pas *absolve*, ce qui évidemment ne revient pas au même. Il était donc nécessaire de donner expressément au juge le pouvoir d'*absolvere*.

2° La *condemnatio* se relie à l'*intentio* qui joue par rapport à elle le rôle d'une condition, la *condemnatio* ne devant être encourue que si l'*intentio* est exactement vérifiée (V. n° 278). L'*intentio* et la *condemnatio* sont donc deux membres de phrase qui se complètent l'un l'autre, *si paret..... condemna*, avec la contre-partie *si non paret absolve*. Cette relation entre l'*intentio* et la *condemnatio* se vérifie en ce qui concerne les noms des parties. Il doit y avoir concordance entre les noms qui figurent dans l'*intentio* et ceux qui sont dans la *condemnatio*. C'est ainsi qu'au : *Si paret N^m N^m A^o A^o dare oportere* de l'*intentio* de la *condictio certi*, correspond le *N^m N^m A^o A^o condemna* dans la *condemnatio*. Mais cette règle n'est pas absolue. Dans les actions *in rem*, l'*intentio* ne contient pas le nom du défendeur, tandis que la *condemnatio* en fait mention. A l'*intentio* : *Si paret rem Aⁱ Aⁱ esse*, se rattache une *condemnatio* ainsi conçue : *N^m N^m A^o A^o condemna*. La concordance entre les deux parties de la formule n'est donc pas parfaite. Il en est encore ainsi dans les formules avec transposition dont les principaux cas d'application sont les actions dites *adjectitiæ qualitatis* et la formule dite rutilienne (V. n° 194, 290) (1).

Lorsque le préteur a donné à celui qui avait traité avec un *alieni juris*, action contre le *pater* ou *dominus*, il a rédigé la formule de manière à marquer que le droit né contre l'*alieni juris* devait avoir effet contre celui qui exerce la puissance. La *demonstratio* s'il y en a une, en tout cas l'*intentio* sont au nom du fils ou esclave, et par une sorte d'endossement, la *condemnatio* est passée à l'ordre du *pater* ou *dominus*. Dans le cas de la formule rutilienne la transposition a lieu au profit du *bonorum emptor* qui réclame un droit né dans la personne aux biens de laquelle il succède : *ex persona ejus cujus bona emerit sumpta intentione, convertit condemnationem in suam personam* (G. IV, 35).

3° Le juge ne peut condamner que le défendeur. Si le demandeur est repoussé, sa défaite se traduit uniquement par l'absolution

280. — (1) A joindre à ces deux cas les formules données en cas de représentation en justice, à ou contre le *cognitor* ou *procurator* (V. n° 284). V. Girard, *Manuel élément.*, p. 1011.

du défendeur. Cette règle est la conséquence du principe de l'unité de question. Dans un intérêt de simplification, le juge ne doit faire porter ses recherches que sur une question unique, celle qui est soulevée par le demandeur (V. n° 205). Si le défendeur a de son côté des droits à faire valoir, il doit en faire l'objet d'une action séparée, en sorte que ce sera comme demandeur qu'il obtiendra une condamnation (2). Il n'y a d'exception à cette règle que dans les rares actions appelées doubles, *judicia duplicia*, où chacune des parties remplit forcément à la fois le rôle de demandeur et de défendeur et peut tout aussi bien obtenir une condamnation qu'être condamnée. Telles sont les deux actions divisoires : *familiæ herciscundæ* et *communi dividundo* et l'action en bornage, *actio finium regundorum* (2, § 1. Dig., *Comm. divid.*, X, 3, Gaius) (3).

4° La condamnation ne peut être que pécuniaire, c'est-à-dire que le pouvoir conféré au juge ne consiste que dans le droit de condamner à une somme d'argent, *ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est* (G. IV, 48). Cette règle a une importance considérable, elle domine tout le système de procédure formulaire. Quelle que soit en effet la nature de l'action, réelle ou personnelle, quel que soit l'objet de la demande, corps certain, chose de genre ou simple fait, le juge doit toujours ramener cet objet à son estimation en argent, et c'est le montant de la somme ainsi calculée qui sera alloué au demandeur.

La raison d'être de ce principe n'est pas encore exactement connue (4). On doit la chercher dans la nature des pouvoirs du juge, tels que les concevait le droit romain primitif. Le juge n'est qu'un simple particulier qui, n'étant pas investi de l'*imperium*, n'a aucun ordre à donner aux parties et ne peut par conséquent condamner l'une d'entre elles. Ce que les plaideurs sont venus lui demander, c'est uniquement son opinion sur la question litigieuse qui les divise, *sententia* (*sentire*), en sorte que le juge fait une déclaration sur l'existence ou la non existence du droit prétendu

(2) On verra que l'insertion de l'*exceptio* dans la formule a également fait échec au principe de l'unité de question (V. n° 281).

(3) Certains interdits, les interdits *uti possidetis et utrubi* sont aussi, et pour le même motif, appelés doubles (V. n° 306).

(4) C'est là un problème fort obscur sur la solution duquel les interprètes modernes sont loin d'être d'accord. L'opinion développée au texte est, dans ses grandes lignes du moins, celle qui paraît prévaloir à l'heure actuelle parmi les interprètes étrangers. V. Keller, *Procédure civile* (trad. Capmas), § XVI; Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. II, pp. 173 et suiv., etc. Pour l'opinion des interprètes français, V. Accarias, t. II, n° 762; Ortolan, t. III, nos 1935 et suiv.; Girard, *Manuel élément.*, pp. 1007, 1029.

par le demandeur, *pronuntiatio*, mais ne condamne pas (5). Une fois la *sententia* rendue, en faveur du demandeur, c'est à lui d'en tirer parti et d'en poursuivre l'exécution contre le défendeur *judicatus*. A cet effet, on lui donnait la *manus injectio judicati*. Mais cette voie de contrainte n'était admise que contre celui qui avait été reconnu débiteur d'une somme d'argent (6). Si donc l'action était *in personam* et tendait à obtenir une *certa pecunia*, l'exécution forcée par *manus injectio* pouvait suivre la *pronuntiatio*. Mais il n'en était plus ainsi au cas d'action *in rem* ou lorsque l'action *in personam* avait pour objet autre chose qu'une *certa pecunia*. La *manus injectio judicati* ne pouvait plus alors se souder directement à la *pronuntiatio*. Il fallait une procédure intermédiaire ayant pour but et pour effet de convertir en argent le droit dont le juge avait proclamé l'existence, de faire que le *judicatum* devînt un *æs judicatum*.

Pour les actions *in rem* on procédait à cette transformation en organisant une instance accessoire, appelée par les interprètes *arbitrium litis æstimandæ* et à laquelle se serait appliquée la procédure déjà connue de *judicis postulatio* (V. n° 272) (7). Un arbitre était nommé, avec pouvoir de déterminer les satisfactions à fournir par celui qui devait restituer la chose, et avec mission au besoin d'évaluer en argent, *æstimare*, le dommage causé par la non exécution de cette obligation de restitution. Cette procédure subsidiaire rendait le *judicatum* mûr pour l'exécution (8). Dans le cas d'action personnelle ayant pour objet une *certa res*, ou un *incertum* on pro-

(5) C'est bien sous cet aspect qu'apparaît le rôle du juge dans l'*actio per sacramentum*, où sa mission consiste simplement à dire : *utrius sacramentum justum an injustum sit* (V. n° 272). Dans notre procédure criminelle qui offre de nombreux traits de ressemblance avec la procédure formulaire, les jurés prononcent également sur la réalité et la criminalité des faits (verdict), mais ne condamnent pas. Les *præjudiciales formulæ* offrent en plein développement du système formulaire un dernier vestige de l'antique conception du rôle du juge. Celui-ci en effet, ne reçoit pas le pouvoir de condamner, il ne peut que *pronuntiare*, sauf au demandeur, si la *pronuntiatio* lui est favorable, à en tirer ultérieurement les conséquences.

(6) C'est ce qui résulte des paroles solennelles prononcées par le créancier au moment où il pratique la *manus injectio* : *Quod tu mihi judicatus (sive damnatus) es sestertium X M, quancoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X M judicati manum injicio* (G. IV, 21).

(7) On retrouve dans la procédure formulaire une procédure subsidiaire du même genre au cas de *confessio in jure*, le défendeur étant en désaccord seulement sur le chiffre de l'indemnité à fournir au demandeur. Le juge auquel l'affaire est alors renvoyée, *non rei judicandæ sed æstimandæ datur* (25, § 2. Dig., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2, Ulp.).

(8) Selon une opinion indiquée dans Girard, *Manuel élément.*, p. 334, cette procédure d'*arbitrium litis æstimandæ* était inutile, à raison de l'engagement de restituer pris par les *prædes litis et vindiciarum* (V. n° 272). Faute de restitution, il n'y aurait eu qu'à procéder contre eux par voie d'exécution forcée administrative.

cédait également ainsi. Un même procès était donc susceptible d'engendrer trois procédures se greffant l'une sur l'autre : le *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *manus injectio*. Mais lorsque la *judicis postulatio* vit son domaine d'application s'élargir, plus tard, lorsque fut introduite la *condictio*, le juge y reçut à côté du pouvoir de *pronuntiare* celui de *damnare*. La procédure de liquidation du droit se trouvait réunie à celle de reconnaissance du droit. C'était là une grande simplification (V. n° 272).

Il est clair que malgré le pouvoir de *damnare* donné au juge, le défendeur n'était pas obligé de laisser aller les choses jusqu'à la transformation du *judicatum* en *damnatio*. On a dû lui réserver, dans les cas les plus intéressants, la possibilité de donner au demandeur toutes les satisfactions en nature ordonnées par l'arbitre. C'est seulement faute de les avoir fournies qu'il était exposé à la condamnation. Ces satisfactions arbitrées par le juge sont donc une sorte de composition qui évitent au défendeur et la condamnation pécuniaire et la contrainte corporelle qui en est la suite inévitable, absolument comme en cas de délit, la *pœna* tarifée par le juge permet à l'offenseur d'éviter la *vindicta privata*.

C'est ainsi que, dès l'époque des *legis actiones*, fonctionnait déjà le principe des condamnations pécuniaires⁽⁹⁾. Lorsque parurent les premières formules, le magistrat fut naturellement amené à donner au juge le pouvoir de prononcer une condamnation pécuniaire comme conséquence de la vérification de l'*intentio*. D'abord, cela était déjà passé dans l'usage pour tous les procès qui s'intentaient par *judicis postulatio* ou *condictio*. De plus, il est présumable que les préteurs débutèrent par donner des formules conçues *in factum* (V. nos 276, 278). Il ne pouvait être question alors de conférer au juge la mission de *pronuntiare*, c'est-à-dire de donner son avis, *sententia*, sur l'existence du droit prétendu par le demandeur. La question qui lui était posée ne comportait nullement, en effet, une pareille solution, puisque *jure civili* le droit du demandeur n'existait pas. Le juge recevait donc simplement mission de condamner le défendeur à une somme d'argent, faute de fournir au demandeur toutes les satisfactions qu'il était en droit d'exiger comme conséquence de la vérification de l'*intentio*. Lorsque plus tard on donna des formules *in jus conceptæ*, le juge y fut investi du double pouvoir de statuer en droit, *pronuntiare*, sur la prétention du deman-

(9) Gaius (G. IV, 48) semble dire cependant que sous l'empire des *legis actiones* le juge condamnait *ad ipsam rem*, c'est-à-dire à l'exécution effective. Mais la lecture du manuscrit donne lieu à des difficultés, en sorte qu'on ne peut pas affirmer que telle ait été sa pensée.

deur, et de condamner le défendeur, *condemnare* ou *damnare*, condamnation qui, on le voit par les explications qui précèdent, ne pouvait avoir pour objet qu'une somme d'argent.

Ce qui distingue par conséquent le système formulaire du système précédent, ce n'est pas le caractère pécuniaire de la condamnation, car elle l'avait déjà antérieurement; c'est plutôt la réunion dans tous les cas et notamment dans le cas des actions *in rem*, de l'*arbitrium litis æstimandæ* à la *pronuntiatio*, la fusion de la procédure accessoire de liquidation du droit avec la procédure principale dont elle était jusqu'alors distincte⁽¹⁰⁾. Désormais, quand la formule contient une *condemnatio*, le juge statue à la fois comme *judex* et comme *arbiter litis æstimandæ*. S'il admet la prétention du demandeur, il est autorisé à la liquider et la condamnation qu'il prononce a nécessairement pour objet une somme d'argent. Elle ne peut pas avoir pour objet l'exécution en nature.

Ce principe n'allait pas sans inconvénients. Au lieu d'obtenir la chose à laquelle il a droit, le demandeur est obligé de se contenter d'une indemnité pécuniaire qui, si élevée qu'elle puisse être, ne remplacera pas la chose elle-même, surtout si le demandeur tient à celle-ci pour les motifs les plus sérieux d'affection ou d'intérêt. D'autre part, si l'action est réelle, le droit réel se convertit en un droit de créance, ce qui oblige le demandeur à subir le concours des créanciers du défendeur, alors qu'il devrait pouvoir leur opposer le droit réel dont l'existence a été reconnue par le juge à son profit.

On évitait ces conséquences fâcheuses par l'insertion de la *clausula arbitraria* dans la formule, où elle prend place dans le corps même de la *condemnatio*. Cette *clausula* fut insérée dans toutes les actions *in rem* et dans un certain nombre d'actions *in personam*. Le juge recevait par là le droit d'ordonner au défendeur de fournir en nature à son adversaire toutes les satisfactions que l'équité commande. On lui conférait donc un pouvoir appelé *arbitrium*, comme celui de l'ancien *arbiter litis æstimandæ*. De là le nom d'*actiones* ou *formulæ arbitrariæ* donné aux actions qui contiennent cette mention. En même temps, et pour assurer l'exécution de l'ordre, *jussus*, qu'il adresse au défendeur, le juge reçoit le pouvoir de condamner celui-ci s'il n'exécute pas cet ordre, et le chiffre maximum de la condamnation est déterminé par le demandeur lui-

(10) Dans notre procédure, on trouve quelque chose d'analogue à cette décomposition de l'instance en instance principale et instance en liquidation du droit, lorsque le jugement qui prononce sur le principe des dommages-intérêts ne les liquide pas immédiatement et ordonne qu'ils seront fournis par état (V. art. 128. 523, C. proc. civ.).

même sous serment⁽¹¹⁾. Le demandeur avait donc ainsi les chances les plus grandes d'obtenir en nature l'objet même de sa réclamation. L'intérêt du défendeur lui commandait en effet d'exécuter le *jussus*, de façon à éviter une condamnation pécuniaire dont le demandeur était naturellement porté à exagérer le chiffre et qui dépassait par conséquent la valeur de la chose. On retrouvera ces actions arbitraires à propos des divisions des actions (V. n° 301, II).

La condamnation étant pécuniaire, comment le juge devra-t-il apprécier le montant de la somme à fournir par le défendeur au demandeur? C'est encore la formule qui trace au juge la marche à suivre. Il y a à distinguer en effet deux espèces de *condemnationes*, suivant que la *condemnatio* est *certæ* ou *incertæ pecuniæ* (G. IV, 49). 1° Si la *condemnatio* est *certæ pecuniæ*, le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation, il est obligé de condamner à la somme que lui indique le magistrat, sans avoir le droit ni de la dépasser ni de rester au-dessous. C'est ce qui arrive dans la *condictio certæ pecuniæ* et dans toutes les actions pénales où l'on réclame une peine dont le chiffre est fixé à l'avance (G. IV, 50, 46). 2° La *condemnatio* étant *incertæ pecuniæ*, le juge peut estimer comme il l'entend le montant de l'intérêt en litige, et la *condemnatio* exprime en ces termes cette latitude laissée au juge : *QUANTI EA RES ERIT TANTAM PECUNIAM Num Num A° A° CONDEMNA* (G. IV, 51, 47)⁽¹²⁾.

4° *Parties principales de la formule* (Suite). — De l'*adjudicatio*. — C'est la partie de la formule où le juge reçoit le pouvoir d'attribuer à l'une des parties la propriété de l'autre ou d'établir au profit de l'une des parties un droit réel sur la propriété de l'autre partie. Ce pouvoir est tout à fait anormal, car la mission du juge consiste en principe à constater des droits préexistants, non à créer des droits nouveaux. Aussi ne lui était-il accordé que dans trois actions seulement : les deux actions en partage, *communi dividundo* et *familiæ herciscundæ* et l'action en bornage *finium regundorum* (V. n° 96). La forme dans laquelle était conçue l'*adjudicatio* était la suivante : *QUANTUM ADJUDICARI OPORTET, JUDEX*

(11) Dans les actions arbitraires, la condamnation est donc doublement conditionnelle, subordonnée qu'elle est et à la vérification de l'*intentio* et à la non exécution du *jussus*. Aussi la *clausula arbitraria* est-elle toujours conçue sous la forme conditionnelle négative : *Nisi restituat, exhibeat, solvat*.

(12) On dit alors que la *condemnatio* est *incerta et infinita*. Mais il est des cas où le magistrat indique au juge un maximum qu'il ne peut dépasser, soit qu'il le fixe à l'avance, soit que la fixation dépende du demandeur, comme dans les actions arbitraires. Ici la *condemnatio* est *incerta cum taxatione*.

TITIO ADJUDICATO (G. IV, 42). On ignore la place qu'occupait l'*adjudicatio* par rapport aux autres parties de la formule.

281. — *Parties accessoires de la formule.* — 1° *De l'exception, exceptio.* — Les parties accessoires de la formule étaient destinées à permettre au juge de tenir compte de certaines circonstances accidentelles de nature à influencer sur la solution du litige. Elles ont pour effet de communiquer à la formule une flexibilité d'allures qu'elle n'eût pas eue sans cela (V. n° 277). Les unes sont insérées en faveur du défendeur, comme l'*exceptio*, la *duplicatio*, les *præscriptiones pro reo*, les autres en faveur du demandeur, comme la *replicatio* et les *præscriptiones pro actore*.

1° *De l'exceptio.* — L'exception permet au défendeur d'éviter la condamnation sans avoir besoin de contester directement le bien-fondé de la prétention du demandeur. Elle ne doit donc pas être confondue avec les moyens de défense (1). Par moyens de défense on entend les moyens qui contredisent directement la prétention du demandeur. A l'affirmation de celui-ci telle qu'il la formule dans l'*intentio*, le défendeur oppose une négation. Au *si paret dare oportere* ou *rem Aⁱ Aⁱ esse* il répond par un *non paret* qui peut aboutir immédiatement à un refus d'action ou en tout cas à l'absolution devant le juge. Telle est l'hypothèse où le débiteur invoque la nullité de son obligation, ou son extinction par l'un des modes qui agissent *ipso jure*, tels que paiement, novation, acceptation (V. n° 196). Mais ces moyens de défense ne sont pas toujours suffisants pour assurer une protection efficace au défendeur. A mesure que s'accusait de plus en plus l'excessive raideur des règles du droit civil, des cas de plus en plus nombreux se présentaient où, bien que la prétention du demandeur fût fondée en droit, *justa*, il paraissait équitable que le défendeur pût la faire écarter. Que, par exemple, devenu propriétaire ou créancier à la suite d'un acte surpris par dol ou extorqué par violence, le demandeur agisse par l'action en revendication ou par l'action *in personam*, son action, bien que fondée *jure civili*, devra cependant être écartée pour des raisons d'équité (V. n° 121). Il en est de même si le créancier agit contre son débiteur au mépris d'un *pactum de non petendo* qui sans doute n'a pas éteint *ipso jure* la créance, mais qui, si l'on tient compte de l'équité, doit suffire pour empêcher l'action d'aboutir (V. n° 203). C'est dans ces circonstances et autres sem-

281. — (1) V. n° 266, note 5. On trouvera plus loin les principales divisions des exceptions.

blables que l'on permit au défendeur d'opposer une exception (2).

L'exception, avec la forme dans laquelle elle est conçue, avec l'effet qu'elle produit, n'existait pas sous le régime des *legis actiones* (3). Et il était impossible qu'elle existât. Elle porte atteinte en effet au principe de l'unité de question, qui prévalait alors dans toute sa rigueur (V. nos 205, 280). Car, elle soumet au juge une question à côté, une circonstance étrangère au fait juridique qui motive l'action. Cette circonstance pourra donner lieu peut-être à une action séparée. Mais la procédure simpliste des débuts n'admet pas qu'elle puisse entraver la marche et l'issue de l'instance principale. Toutefois, comme les faits allégués par le défendeur ne sont pas sans lien avec ceux qui servent de support à la demande et qu'ils peuvent avoir une répercussion sur elle, on permettait au défendeur d'arrêter le cours de l'instance principale en intentant un *præjudicium*. C'était une action où le défendeur affirmait l'existence des faits (pacte, donation dépassant le *modus legitimus legis Cincix*, etc.) de nature à empêcher selon lui l'action d'aboutir. Il demandait au préteur un juge pour vérifier la véracité de ces faits. S'il obtenait gain de cause sur cette instance préjudicielle, il n'avait qu'à revenir devant le magistrat qui refusait de passer outre à l'instruction de l'affaire principale (4).

L'exception ne date que du système formulaire. Mais elle revêtit tout d'abord la forme d'une *præscriptio*, adjointe à la formule de l'action principale. Par cette *præscriptio* le juge recevait le pouvoir d'examiner au préalable si les faits allégués par le défendeur étaient vrais, avec défense, au cas d'affirmative, de passer outre à la vérification de l'*intentio*. Comme cette partie de la formule venait nécessairement en tête de toutes les autres et avant l'*intentio*, on lui donna le nom de *præscriptio* (*præscribere*) (5). Mais il était impossible en fait d'empêcher le juge de porter ses recherches sur le fond même de l'affaire. Il suffisait donc, pour donner entière

(2) Mais, on le verra, les exceptions ne sont pas nécessairement fondées sur l'équité (V. n° 303).

(3) Gaius est formel en ce sens : *nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum* (G. IV, 108).

(4) V. Accarias, t. II, n° 891 ; Ihering, *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), t. IV, p. 125, et les objections contre cette opinion dans Girard, *Manuel élément.*, p. 1015, note 6. Ce qui rend vraisemblable le système exposé au texte, c'est que les exceptions sous le système formulaire ont eu tout d'abord l'aspect de *præscriptiones*. La filiation paraît toute naturelle entre le *præjudicium*, instance isolée de l'instance principale, et la *præscriptio* qui fait corps avec celle-ci.

(5) La seule innovation introduite à cet égard par le système formulaire consiste donc dans la jonction de l'instance préjudicielle à l'instance principale, comme cela a eu lieu pour la *condemnatio*, où on a réuni l'*arbitrium litis æstimandæ* au *iudicium* (V. n° 275).

satisfaction au défendeur, de conférer au juge le pouvoir d'absoudre, au cas où les faits allégués par le défendeur seraient reconnus vrais, alors même que l'*intentio* serait vérifiée. Dès lors, les *præscriptiones* n'eurent plus besoin de tenir la tête de la formule. Transportées à la fin et incorporées à la *condemnatio*, elles perdirent leur nom. Mais comme les faits allégués doivent entraîner l'absolution du défendeur s'ils sont exacts, cette partie de la formule constitue en somme une exception à l'ordre de condamner donné par le magistrat. Le nom d'*exceptio* est donc parfaitement choisi, et la forme conditionnelle négative que revêt l'exception marque bien le lien qui l'unit à la *condemnatio*. Celle-ci est alors en effet doublement conditionnelle, subordonnée à la vérification de l'*intentio* et à la non vérification de l'*exceptio* (6).

L'exposé qui précède fait comprendre les différences fondamentales qui séparent l'*exceptio* des moyens de défense. 1° Le moyen de défense contredisant directement le droit du demandeur n'a pas besoin d'être inséré dans la formule. Celle-ci est conçue de telle façon que les moyens de défense s'y trouvent implicitement réservés. Le *si non paret absolve*, qui est la contre-partie du *si paret condemna*, les contient tous en puissance. Des moyens de défense on doit donc dire en général ce qui a été dit de certains d'entre eux (les modes d'extinction des obligations en droit civil), c'est qu'ils opèrent *ipso jure*, c'est-à-dire sans qu'il soit besoin d'une clause spéciale dans la formule et qu'ils peuvent être opposés pour la première fois *in judicio* (V. n° 196). L'*exceptio* au contraire doit être proposée *in jure* et insérée dans la formule et elle ne peut être proposée pour la première fois *in judicio* (V. nos 94, 196) (7). 2° Les moyens de défense sont nécessairement perpétuels, puisqu'ils ont pour fondement un droit admis par le droit civil. Parmi les exceptions, il en est qui sont perpétuelles, d'autres qui n'ont pas ce caractère (V. n° 303). 3° L'effet des moyens de défense est d'aboutir directement à l'absolution, puisqu'ils constituent une contradiction formelle de l'*intentio*. Les exceptions n'attaquent pas de front l'*intentio*, mais elles transportent la question sur un terrain tout autre

(6) Pour exprimer cette idée, Gaius dit : *Omnes exceptiones in contrarium concipiuntur* (G. IV, 119). L'*exceptio doli*, par exemple, est conçue ainsi : *SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO A. A. FACTUM SIT NEQUE FIAT*, et l'*exceptio* tirée du *pactum de non petendo* : *SI INTER A. A. ET N. N. NON CONVENIT NE EA PECUNIA PETERETUR*.

(7) Il faut excepter le cas où l'*exceptio* est sous-entendue, par exemple dans les actions de bonne foi où l'*exceptio doli inest*, où par conséquent le juge est autorisé sans en avoir reçu mission spéciale, à tenir compte du dol. Le *judicium bonæ fidei continet in se doli mali exceptionem* (84, § 5. Dig., *De legat.*, I°, xxx, Julian.).

que celui de la demande, et ce n'est que par voie détournée qu'elles conduisent à l'absolution. Elles paralysent l'*intentio*, *elidunt intentionem*, plutôt qu'elles ne la détruisent (17. Dig., *De evict.*, XXI, 2, Ulp.) (8).

282. — *Parties accessoires de la formule* (Suite). — 2° *Replicatio et duplicatio*. — La *replicatio* et la *duplicatio* ne sont que des variétés de l'exception. La *replicatio* insérée en faveur du demandeur, joue le rôle d'une exception opposée par lui à l'exception du défendeur, *contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio* (22, § 1. Dig., *De except.*, XLIV, 1, Paul). Il pouvait arriver en effet que l'exception fût inique à l'égard du demandeur. Celui-ci cherchait à l'écartier directement, soit *in jure* en demandant qu'elle ne fût pas insérée dans la formule, soit *in judicio* en la faisant rejeter par le juge. Mais si le demandeur alléguait des faits qui, sans contredire directement l'*exceptio*, étaient de nature telle qu'ils devaient équitablement la faire échouer, le préteur, faisant pour l'*exceptio* ce qu'il avait fait pour l'*actio*, insérait dans la formule une *replicatio*. Cette partie de la formule est conçue également dans la forme conditionnelle, puisqu'alors la condamnation est subordonnée à la condition que la *replicatio* sera vérifiée. L'effet de la *replicatio* est donc en définitive de venir en aide à l'*intentio* et de lui restituer la force que l'*exceptio* était destinée à lui faire perdre (G. IV, 126). D'ailleurs, la *replicatio* pouvait être paralysée à son tour par une *duplicatio* dont le but est de rendre à l'*exceptio* la force que la *replicatio* devait lui enlever (G. IV, 127) (1).

3° *Præscriptiones*. — Comme leur nom l'indique, les *præscriptiones* sont des parties accessoires placées en tête de la formule, soit qu'elles précèdent la *demonstratio*, soit qu'elles en tiennent lieu. Elles peuvent être insérées dans l'intérêt du demandeur,

(8) En réalité, l'*exceptio* s'attaque non à l'*intentio*, mais à la *condemnatio* (22, pr. Dig., *De except.*, XLIV, 1, Paul). Et si elle a quelque effet sur l'*intentio*, c'est par voie indirecte, parce que l'*intentio* n'est que la condition de la *condemnatio*. C'est pourquoi Ulpien dit qu'elle a pour résultat d'*excludere id quod in intentionem condemnationemve deductum est* (2, pr. Dig., *De except.*, XLIV, 1).

282. — (1) Un exemple permet de voir réunis et fonctionnant simultanément, l'*exceptio*, la *replicatio*, la *duplicatio*. Une donation excédant le *modus legis Cincix* a pour objet des *res mancipi*, dont le donateur s'est contenté de faire tradition. Le donateur meurt sans avoir invoqué la loi Cincia. Ses héritiers, voulant reprendre la libéralité au donataire, intentent contre lui la *rei vindicatio*, à laquelle il répond par l'*exceptio rei donatæ et traditæ*, exception que les héritiers essayent de paralyser par la *replicatio legis Cincix*, laquelle échoue enfin devant la *duplicatio doli* (*Vat. frag.*, § 259) (V. n° 168, note 7).

pro actore, dans celui du défendeur, *pro reo*, et aussi dans l'intérêt commun des deux parties.

a) *Præscriptiones pro actore*. — Ces *præscriptiones* permettent au demandeur d'éviter un préjudice que la formule rédigée dans sa forme ordinaire lui eût certainement occasionné. Grâce à elles il se réserve la ressource d'une seconde action, lorsqu'un même fait juridique est susceptible de donner lieu à plusieurs demandes successives et que l'action née de ce fait est *incerta*. L'*intentio* de l'action *incerta* est en effet trop vague, elle embrasse dans sa généralité tous les chefs de demande découlant du *negotium juris* indiqué dans la *demonstratio*. Si donc le demandeur se contentait d'*intendere* : *quidquid ob eam rem dare facere oportet*, il serait exposé, après avoir agi une première fois, à ne plus pouvoir renouveler son action pour réclamer les autres prestations qui ont leur cause dans le même fait juridique. En une seule fois, il aurait déduit tout son droit en justice et par conséquent sa seconde action échouerait devant le moyen tiré de l'effet extinctif de la *litis contestatio*. En faisant insérer une *præscriptio*, il restreint sa demande, et spécifiant ainsi ce qu'il réclame actuellement, il se réserve le droit d'agir à nouveau dans l'avenir pour réclamer d'autres prestations ayant la même cause⁽²⁾.

b) *Præscriptiones pro reo*. — Elles faisaient autrefois l'office des exceptions, mais finirent par ne plus se distinguer de ces dernières (V. n° 281). Citons entre autres : la *præscriptio longi temporis* qui se confondit avec l'exception, à tel point qu'on la nomme *exceptio longi temporis* (V. n° 94) (3).

c) *Præscriptiones pro actore et pro reo*. — Insérées dans l'intérêt commun des deux parties, elles sont destinées à préciser les faits juridiques auxquels le juge doit se référer pour vérifier l'*intentio*. Or tel est précisément le but de la *demonstratio*. D'où il faut conclure qu'elles ne se rencontrent que dans les formules où la *demonstratio* fait défaut et où elles en tiennent lieu. C'est ainsi que l'action servant de sanction aux contrats innommés n'ayant pas

(2) La forme de la *præscriptio* est la suivante : *Ea res agatur...* ce qui marque bien la limitation apportée par le demandeur à sa prétention. Citons : la *præscriptio ea res agatur de fundo mancipando*, dans le cas où un acheteur réclame par l'*actio emti* la mancipation d'un fonds acheté, se réservant ainsi l'exercice de la même action à l'effet d'obtenir ensuite tradition (G. IV, 131 a); la *præscriptio ea res agatur cujus rei dies fuit*, par laquelle le créancier de prestations périodiques dues à terme extinctif se réserve le droit, tout en demandant le terme échu, de réclamer ultérieurement les termes à échoir (G. IV, 131) (V. n° 209).

(3) Citons encore la *præscriptio rei judicatæ* transformée plus tard en *exceptio* (V. n° 286).

de *demonstratio*, on insérait en tête de la formule une *præscriptio* qui indiquait le *negotium novum* donnant naissance à l'action. De là précisément le nom d'action *præscriptis verbis* (V. n° 160).

283. — *Débat in jure* (Suite). — Son *issue normale* : *litis contestatio*, ses caractères, ses effets. — La procédure *in jure* se termine normalement par la *litis contestatio*. Cette clôture de la première phase du débat a pour effet, comme autrefois, de lier l'instance, d'en faire un litige véritable, *lis* (V. n° 273). Aussi disait-on qu'à partir de ce moment : *res in iudicium deducta est, lis inchoata est*. Mais si la *litis contestatio* survécut à la procédure ancienne, elle ne survécut qu'en se simplifiant. L'appel aux témoins qui, jadis, en faisait partie et lui avait donné son nom, cessa d'être usité. Et pourtant, par un phénomène de survivance fréquent dans l'histoire du langage, ce nom subsista, bien qu'il ne répondît plus à la réalité. D'autre part, aux formalités de la *legis actio* qui liaient l'instance, se substitua une formalité nouvelle. Le préteur voulut qu'après le débat libre *in jure*, il y eut du moins un acte formel marquant sa fin et par lequel les prétentions respectives des parties seraient énoncées en termes solennels. Ces termes, c'était le magistrat qui lui-même les avait rédigés; c'étaient les *concepta verba* de la formule. Mais cela ne lui parut pas suffisant. Il fallait que les parties elles-mêmes fussent associées à cet acte final qui était leur œuvre aussi bien que la sienne. Il fallait marquer qu'elles étaient d'accord sur la question en litige telle que la formule la posait au juge. A cet effet, il semble que le préteur avait imaginé le cérémonial suivant : lui-même remettait la formule au demandeur, *dare iudicium*, celui-ci l'offrait à son adversaire, *edere iudicium*, et ce dernier l'acceptait, *accipere iudicium*. C'est dans cet *edere* et *accipere iudicium* ou *formulam*, dernier vestige du formalisme antérieur, que consiste désormais la *litis contestatio* du système nouveau (V. n° 276, note 1) (1).

Plus que jamais, par conséquent, la *litis contestatio* marque la conclusion d'un accord entre les parties. Mais bien que dans une certaine mesure il ne soit pas l'œuvre de leur volonté libre, il n'en est pas moins obligatoire à l'égal d'un contrat auquel certains textes le comparent (2). Cet accord consiste de la part du demandeur dans

283. — (1) De récentes recherches ont contribué à mettre en lumière ces solutions sur lesquelles jusque-là il y avait beaucoup d'incertitude. V. Wlassak, *Litis contestatio in formular process*, suivi par Girard, *Manuel élément.*, p. 998.

(2) Le texte capital est le fr. 3, § 11. Dig., *De pec.*, XV, 1; Ulp. : *Sicut stipulatione contrahitur cum filio ita iudicio contrahi*. Du demandeur, Paul dit : *non*

la renonciation à son action, par conséquent à son droit, en échange du droit éventuel à la *condemnatio*; de la part du défendeur, dans l'obligation également éventuelle de se soumettre à la sentence et de subir la *condemnatio* qu'elle contient. La *litis contestatio* produit donc un double effet : extinctif du droit ancien, créateur d'un droit nouveau. On va les étudier successivement.

1° *Effet extinctif*. — Par suite de l'effet extinctif, le droit du demandeur et l'action qui le sanctionne, prend fin : *tollitur, consumitur* (G. III, 180; IV, 131 a) (3). Cette consommation de l'action fait obstacle à ce que le demandeur puisse ultérieurement la renouveler. A maintes reprises, on a eu à signaler cet effet, notamment à propos de la corréalité et de la fidéjussion (V. nos 214, 215, 220). Si, malgré l'extinction produite par la *litis contestatio*, le demandeur agissait à nouveau, le défendeur pouvait faire échouer l'action, soit *ipso jure*, soit par une exception qui porte le nom caractéristique d'*exceptio rei in iudicium deductæ* (G. IV, 106) (V. n° 204) (4).

2° *Effet créateur de la litis contestatio*. — Si le demandeur renonce à son droit, lorsqu'il le déduit *in iudicium*, c'est parce qu'à sa place il en obtient un autre, le droit à la *condemnatio*. Gaius exprime en termes catégoriques cette création d'un droit nouveau qui suit immédiatement l'extinction de l'ancien : *et hoc est quod apud veteres scriptum est : ante litem contestatam dare debitorem oportere post litem contestatam condemnari oportere* (G. III, 180). Le droit nouveau est un droit de créance, dont l'existence est subordonnée à la vérification de l'*intentio*, puisque le débiteur ne doit être condamné que si l'*intentio* est reconnue fondée. D'autre part, comme toute condamnation est nécessairement pécuniaire, cette créance a toujours pour objet une somme d'argent. Il suit de là que dans toutes les actions, sauf dans la *condictio certæ pecuniæ*, la *litis contestatio* a pour effet de changer l'objet du droit, et que dans les actions *in rem* elle modifie même sa nature, puisque de réel il devient personnel.

sponte contrahit (22. Dig., *De tut. et rat.*, XXVII, 3). L'idée de voir ici non un contrat mais un quasi-contrat a été longtemps en faveur parmi les interprètes. Les considérations développées au texte ne permettent plus de l'accueillir.

(3) Cette règle vient du système précédent. Les formalités de la *legis actio*, comme toutes celles du droit ancien, ne pouvaient être accomplies deux fois pour la même cause : *bis de eadem re ne sit actio*. Dans le système nouveau on a appliqué ce principe à l'acte formel qui lie l'instance, à l'*edere* et *accipere iudicium* qui a pris la place de la *legis actio*.

(4) L'extinction *ipso jure* n'avait lieu que si l'action était *in personam, in jus*, et constituait un *iudicium legitimum* (G. IV, 107). Dans le *iudicium* appelé *imperio continens*, l'extinction n'a lieu qu'*exceptionis ope* (V. n° 285).

Cette créance est soumise à trois règles, dont l'examen va achever de mettre en lumière les effets de la *litis contestatio*.
 1° La créance est perpétuelle, puisqu'elle naît d'un acte juridique assimilable à un contrat. Ulpien exprime cette idée en disant que le droit du demandeur se perpétue, *perpetuatur*, par la *litis contestatio* (9, § 3. Dig., *De jurejur.*, XII, 2). Cette règle n'a évidemment d'intérêt que lorsque l'action intentée était temporaire.
 2° Puisqu'elle perpétue le droit, la *litis contestatio* le rend transmissible activement et passivement. Les actions *quæ ad heredes non transeunt*, une fois poussées jusqu'à la *litis contestatio*, passent aux héritiers du demandeur et contre ceux du défendeur (5).
 3° Enfin, l'obligation se formant au moment de la *litis contestatio*, c'est à ce jour qu'il faut se reporter pour savoir si le droit prétendu par le demandeur est fondé et quelle est sa valeur pécuniaire (G. IV, 114). L'équité est ici d'accord avec la logique des principes pour justifier cette décision. Il faut, en effet, que les parties ne souffrent pas des lenteurs inévitables de la procédure et que la sentence leur assure une situation identique à celle qui leur aurait été faite si elle avait pu être rendue après l'organisation du *judicium*. Or il est clair qu'elle n'aurait pu être utilement rendue qu'au moment où la prétention du demandeur s'est affirmée et a pris corps d'une façon définitive dans la formule. Ce moment est précisément celui de la *litis contestatio* (6). Toutefois, cette règle d'équité comportait certains tempéraments que l'équité ne pouvait manquer de suggérer. A ne s'en tenir qu'au principe, le juge n'avait pas à se préoccuper des événements survenus après la *litis contestatio*. Ainsi, il devait condamner le défendeur quand bien même celui-ci reconnaissant le bien-fondé de la demande, avait avant la sentence, donné satisfaction au demandeur. Mais on avait dû faire fléchir la rigueur de la règle devant l'évidente iniquité d'un pareil résultat. On décidait que le défendeur devait être absous (7). De même, depuis la *litis contestatio*, des accessoires ont pu se joindre au prin-

(5) Ces deux premières règles sont résumées par Gaius, 139, pr. Dig., *De Reg. jur.*, L, 17 : *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent.*

(6) C'est également au moment de la *litis contestatio* qu'il faut se reporter pour apprécier le bien-fondé des moyens invoqués par le défendeur à titre de défense ou d'exceptions. On a vu une application notable de ce principe à propos de la *præscriptio longi temporis* (V. n° 94).

(7) Cette solution était formulée ainsi : *omnia judicia sunt absolutoria*. Les Sabiniens l'admettaient pour toutes les actions. Les Proculiens ne l'acceptaient que pour les *judicia bonæ fidei*, à raison de la grande latitude d'appréciation laissée au juge (G. IV, 114). La controverse n'a cessé qu'avec Justinien qui étend la maxime *omnia judicia...* à toutes les actions (§ 2. Inst., *De perpet. et temp. act.*, IV, 12).

cipal : les fruits de la chose, les actions données à l'occasion de la chose, par exemple l'action de la loi Aquilia. C'est ce qu'on appelle la *causa*. Or, à considérer les choses strictement, la *causa* n'est pas due au demandeur, puisqu'elle ne s'est adjointe au principal qu'après la *litis contestatio*. Mais il parut plus juste de la lui accorder (8).

Comparaison de la litis contestatio avec la novation. — Avec son double effet extinctif et créateur, la *litis contestatio* ressemble à la novation. Aussi certains interprètes lui donnent-ils le nom de novation nécessaire par opposition à la novation conventionnelle ou volontaire. Cette dénomination suggérée par le langage de certains textes n'est rien moins qu'exacte⁽⁹⁾. En la forme, la *litis contestatio* se distingue de la novation, puisqu'elle n'a pas lieu par voie de contrat verbal. Au fond, sa sphère d'application est plus étendue, puisqu'elle éteint non seulement les droits personnels, mais aussi les droits réels. Enfin, ses effets sont moins absolus, puisque tantôt elle opère *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope*.

On conçoit fort bien qu'à raison de son double effet les jurisconsultes aient songé à la rapprocher de la novation, mais lorsqu'ils le font, c'est pour insister sur les différences qui l'en séparent. Elles se rattachent toutes, d'ailleurs, à une idée unique exprimée par Paul : le fait par le demandeur d'avoir intenté l'action ne doit pas lui préjudicier, mais plutôt améliorer sa situation, *neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes sed meliorem*. De là résulte que, au rebours de la novation : 1° la *litis contestatio* laisse subsister les droits d'hypothèque ou de gage, qui garantissaient la créance déduite *in judicium*; 2° qu'elle ne met pas fin au *privilegium* dont jouissait le créancier; 3° que le cours des intérêts conventionnels n'est pas suspendu par la *litis contestatio* (29. Dig., *De novat.*, XLVI, 2, Paul).

284. — II. *Incidents de la procédure in jure.* — La marche régulière de la procédure *in jure* pouvait être entravée par divers incidents qu'on peut diviser en deux catégories : les uns empêchaient la première phase du débat d'aboutir à sa fin normale, c'est-à-dire à l'organisation du *judicium*, les autres ne peuvent

(8) C'est par les actions *in rem* qu'on a commencé. On a étendu cette solution aux actions *in personam* arbitraires et de bonne foi (2; 3, § 1. Dig., *De usur.*, XXII, 1, Papin.). Enfin, mais non sans difficulté, on l'a admise pour les actions de droit strict (31, pr. Dig., *De reb. cred.*, XII, 1; 38, § 7, Dig., *De usur.*, XXII, 1, Paul).

(9) V. *Vat. frag.*, § 263; 29. Dig., *De novat.*, XLVI, 2, Paul. Adde Girard, *Manuel élément.*, p. 997.

que retarder ou compliquer le débat *in jure*, sans toutefois l'empêcher de se terminer par l'organisation du *judicium*.

Première catégorie d'incidents. — Ces incidents naissent de l'*indefensio*, de la *confessio in jure*, du serment *in jure*.

1° *Indefensio.* — Il y a *indefensio* lorsque le défendeur ne comparait pas *in jure*, ou lorsqu'ayant comparu il ne se représente pas malgré sa promesse, ou lorsque présent, il refuse de *defendere*, c'est-à-dire de prendre le rôle de défendeur et notamment d'accepter la formule, *suscipere actionem* (52. Dig., *De reg. jur.*, L, 17, Ulp.). Comme il est de principe que la présence et l'accord des deux parties sont absolument nécessaires *in jure*, l'*indefensio* fait obstacle à ce que la procédure aboutisse à l'organisation du *judicium*. Mais comme il faut que le demandeur obtienne satisfaction, le préteur l'envoyait en possession des biens du défendeur récalcitrant. Cette *missio in possessionem* ne conférait en général que la *custodia et observatio bonorum*, mais elle pouvait aboutir à la *venditio bonorum*, dans les cas où la résistance du défendeur était considérée comme particulièrement injuste, par exemple s'il se cache par fraude, *fraudationis causa latitat*.

2° *Confessio in jure.* — Le défendeur reconnaît *in jure* le bien-fondé de la demande. Par cet aveu, *confessio in jure*, l'affaire se trouve immédiatement amenée au point où elle l'aurait été après une *sententia* défavorable au défendeur. Le *confessus* s'est pour ainsi dire jugé lui-même et s'est spontanément placé dans la situation d'un *judicatus* : *confessus pro judicato est qui quodammodo sua sententia damnatur* (1. Dig., *De confess.*, XLII, 2, Paul). Reste alors à évaluer la somme à laquelle le défendeur sera condamné faute par lui de fournir immédiatement au demandeur toutes les satisfactions qui sont la conséquence de la *confessio*. Dans ce but, le magistrat délivrera une formule, mais cette formule n'est plus la formule normale où le juge a mission d'examiner le bien-fondé de la prétention du demandeur. Cette question a été définitivement tranchée par la *confessio*. Aussi le juge ne reçoit-il que le pouvoir d'estimer le montant de l'intérêt en litige et de condamner le défendeur, *judex non rei judicandæ sed æstimandæ datur* (25, § 2. Dig., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2, Ulp.) (1).

284. — (1) Cette décomposition de l'instance en deux parties : l'une aboutissant à la constatation théorique du droit du demandeur, l'autre tendant à l'évaluation pécuniaire de l'intérêt en litige, rappelle ce qui se passait lorsque tout procès se scindait ainsi en deux instances : l'une ayant pour objet la *pronuntiatio*, l'autre, *arbitrium litis æstimandæ*, ayant pour but l'évaluation de la condamnation pécuniaire (V. n° 280 et note 5).

3° *Serment*. — Le serment déféré *in jure* diffère essentiellement de celui qui est déféré en dehors de toute instance, et qui peut être refusé sans que ce refus puisse nuire à la partie qui refuse de jurer (V. n° 166). Ici, au contraire, celui à qui le serment est déféré est tenu, sous peine d'être considéré comme *confessus*, de jurer ou de référer le serment à l'adversaire. Refuser de jurer est la preuve manifeste qu'on n'a aucune confiance dans son droit, refuser de référer le serment prouve qu'on redoute le serment de l'adversaire (38. Dig., *De jurejur.*, XII, 2, Paul). Aussi, tandis que le serment déféré *extra jus* est appelé *jusjurandum voluntarium*, le serment déféré *in jure* est-il nommé *jusjurandum necessarium*.

On comprend maintenant comment la délation du serment peut empêcher l'instance d'aboutir à la délivrance de la formule. Si en effet c'est le défendeur qui prête le serment, ou si c'est le demandeur qui refuse de le prêter, l'action est refusée et le procès terminé comme s'il y avait eu une sentence d'absolution. Si donc le demandeur s'avisait plus tard de recommencer son action contre le défendeur, celui-ci demanderait au magistrat soit de refuser la formule, *denegare actionem*, soit l'insertion dans la formule de l'*exceptio jurisjurandi* (9, pr. Dig., *De jurejur.*, XII, 2, Ulp.). Si c'est le demandeur qui prête le serment ou si le défendeur refuse de le prêter, la formule sera refusée et le procès terminé comme si le défendeur était *damnatus* ou *confessus*.

Deuxième catégorie d'incidents. — Ces incidents sont occasionnés : 1° par les erreurs qui peuvent se trouver dans la formule telle qu'elle avait été rédigée tout d'abord ; 2° par les *interrogationes in jure* ; 3° par la présence d'un représentant judiciaire d'une des parties ; 4° par l'obligation imposée à l'une des parties par le magistrat de fournir des garanties à son adversaire.

1° *Erreurs dans la composition de la formule*. — Dans les indications qu'elles fournissent au magistrat en vue de la rédaction de la formule, les parties ont pu commettre des erreurs. Le demandeur notamment a pu réclamer trop ou trop peu ou autre chose que ce qu'il pouvait exiger ; le défendeur a pu omettre d'invoquer une circonstance donnant lieu à une exception à son profit. La formule qui contient ces erreurs ou omissions peut être rectifiée, non point par l'office du juge, mais par le magistrat en vertu de ses pouvoirs de haute surveillance sur le *judicium*. Cela donne donc lieu à un incident qui se termine par l'octroi d'une formule nouvelle. Au nombre des erreurs qui nécessitent l'intervention du magistrat, il faut surtout mentionner celles qui peuvent avoir été commises dans l'*intentio*, soit que le demandeur ait trop demandé, *plus petere*,

plus petitio, soit qu'il ait demandé trop peu, *minus petitio*. On en reparlera à propos de l'office du juge (V. n° 285).

2° *Interrogationes in jure*. — Le demandeur pouvait poser au défendeur certaines questions destinées à fixer l'objet du litige et à faciliter l'organisation du *judicium*; par exemple, quelle qualité il entendait prendre au débat, s'il se portait héritier et pour quelle part, s'il se présentait comme possesseur, etc. Les réponses faites par le défendeur le liaient à l'égal d'une *confessio in jure*. La formule était délivrée ensuite avec l'indication des questions posées et des réponses faites, de façon à ne plus laisser remettre en discussion devant le juge les points sur lesquels il y avait eu aveu. L'action prenait alors le nom d'*actio interrogatoria* (Dig., *De interrog.*, XL, 1) (2).

3° *Présence d'un représentant judiciaire*. — Sous l'empire des *legis actiones*, il était impossible de plaider par l'intermédiaire d'un représentant (V. nos 269, 271). Cependant, les nécessités de la pratique avaient fait admettre un certain nombre d'exceptions à cette règle (3). Sous le système formulaire, la règle ancienne fut pendant quelque temps maintenue. Elle ne se justifiait plus, il est vrai, de la même façon, puisqu'il n'y avait plus à accomplir de rites solennels *in jure*, mais la procédure *in jure* supposant l'accord des parties en vue de l'organisation du *judicium*, on conçoit qu'on ait continué à exiger leur présence en personne pour la préparation et la conclusion d'un acte aussi important. Toutefois on en vint à permettre aux plaideurs de se faire représenter par un mandataire *ad litem* appelé tantôt *cognitor* tantôt *procurator*.

La constitution d'un *cognitor* avait lieu en présence de l'adversaire et en employant une formule solennelle (4). Ce formalisme se justifie fort bien puisqu'on était encore à une époque très voisine des *legis actiones*. Il est assez logique d'ailleurs que la partie qui se substitue un représentant fasse connaître à son adversaire ce changement. Plus tard, on admit le remplacement par un *procu-*

(2) Adde, Keller, *Procéd. civ.* (trad. Capmas), § LI; Girard, *Manuel élément.*, p. 992, note 3.

(3) Ainsi on pouvait plaider : *pro populo* au nom de l'État; *pro libertate* au nom d'une personne dont l'état d'homme libre est contesté; *pro tutela* au nom du pupille sur lequel on exerçait la tutelle; enfin, on pouvait intenter l'action *furti* au nom de la victime du vol absente pour le service de l'État ou prisonnière chez l'ennemi (G. IV, 82; pr. Inst., *De iis per quos agere poss.*, IV, 10). On a vu que l'*adstipulatio* avait été imaginée pour remédier à l'impossibilité de plaider *alieno nomine* (V. n° 217).

(4) Les *certa verba* dont doivent se servir celui qui se fait représenter et son adversaire sont rapportés par Gaius, IV, 83. Cette exigence suffirait seule à prouver l'ancienneté de la *cognitoris datio*. Il ne semble pas nécessaire que la constitution du *cognitor* ait lieu *in jure*.

rator, mandataire ordinaire, dont la désignation n'exige ni la présence de l'adversaire ni l'emploi de paroles solennelles (G. IV, 83, 84). La constitution d'un *procurator* est donc ici l'acte sans forme, symétrique à l'acte formel plus ancien qui est la *cognitoris datio* (5).

La présence au procès d'un *cognitor* ou *procurator* donnait lieu à un incident. Il fallait en effet que la formule portât la trace de la substitution du mandataire au mandant. Son mode de rédaction se prêtait d'ailleurs aisément à cette modification. L'*intentio* en effet restait au nom du mandant, puisque c'est lui qui est le sujet du droit, mais la *condemnatio* était rédigée au nom du mandataire *ad litem*. C'est ce dernier, en effet, qui devient partie principale dans l'obligation née de la *litis contestatio*, c'est lui qui est créancier ou débiteur de la *condemnatio* et qui désormais est le maître de l'affaire, *dominus litis* (G. IV, 86, 87; 4, § 5. Dig., *De appellat.*, XLIX, 1, Macer) (6). L'*intentio* n'étant pas changée, le juge appelé à statuer sur le mérite de cette *intentio*, devait le faire comme si le mandant était resté en cause. Le mandataire pouvait donc se voir opposer les moyens de défense et exceptions opposables au mandant. D'autre part, la *condemnatio* étant passée au nom du mandataire, c'est à son profit exclusif ou à son préjudice qu'elle est prononcée, c'est lui seul qui pourra en poursuivre l'exécution, comme aussi c'est contre lui seul qu'on pourra l'invoquer. Ce dernier résultat n'est que l'application à la représentation en justice des principes suivis en matière d'actes accomplis pour autrui par une *libera persona* (V. n° 195). Il en résultait de graves inconvénients pour le mandataire en cas d'insolvabilité du mandant. Il ne pouvait alors se faire rembourser ce qu'il avait dû payer pour le mandant en vertu de la sentence de condamnation. Il en était de même au cas d'insolvabilité du mandataire qui obtenait gain de cause, car alors le mandant ne pouvait se faire restituer ce que son mandataire avait touché.

Aussi admit-on assez rapidement un principe différent, mais à l'égard du *cognitor* seul. Le *cognitor*, en effet, constitué *coram*

(5) Par *procurator* il semble bien qu'on ait entendu d'abord celui qui, sans mandat, s'est chargé de la gestion générale des affaires d'autrui et se présente à sa place comme *defensor*, c'est-à-dire dans un procès où il est défendeur. On permit ensuite au *procurator* sans mandat de représenter le demandeur. Et il parut naturel d'assimiler au *procurator* général les tuteurs, curateurs, administrateurs des villes et autres personnes morales. Enfin on a autorisé le mandataire spécial, appelé aussi *procurator*, à représenter tant le défendeur que le demandeur. V. Girard, *Manuel élément.*, pp. 1012, 1013.

(6) C'est là un des cas où il y a formule avec transposition (V. n° 280, note 1).

adversario et d'une façon solennelle, s'identifie beaucoup plus avec le mandant que le *procurator*. Le mandat *ad litem* présente ici un caractère de certitude et de publicité tel que les résultats de l'action intentée peuvent se fixer immédiatement et directement sur la tête du représenté qui pourra lui-même poursuivre ou être poursuivi. On peut donc dire qu'en cas de *cognitoris datio*, la représentation était complète; la personne du *cognitor* disparaissait absorbée par celle du mandant. C'est ce dernier qui est censé avoir agi, il n'a pas cessé d'être *dominus litis*. Le *procurator* au contraire reste *dominus litis*; et la représentation ne produit pas en ce qui le concerne sa plénitude d'effets. Cette différence tendit à s'effacer. On assimila au *cognitor* le *procurator præsentis* dont le mandat a, en effet, le même caractère de certitude; il en fut de même du *procurator* constitué *apud acta*, en sorte que la règle ancienne ne demeura applicable qu'au *procurator absentis* (*Vat. frag.*, §§ 317, 331, 332, 333).

4° *Garanties à fournir par les plaideurs*. — Dans certaines circonstances, l'une des parties est fondée à exiger de l'autre une promesse destinée à assurer la marche de l'instance. Cette promesse, *cautio*, devait d'ailleurs être accompagnée de l'engagement d'un ou plusieurs fidéjusseurs. Elle s'appelait alors *satisdatio*. C'est le magistrat qui impose cet engagement et cela donnait lieu à un incident qui n'empêchait nullement la procédure *in jure* d'aboutir à sa fin normale (7). A l'époque classique, lorsqu'il s'agit de savoir quand les parties sont tenues de *satisdare*, on doit distinguer, suivant qu'elles plaident pour elles-mêmes, *proprio nomine*, ou au nom d'autrui, *alieno nomine* (8).

Lorsque les parties plaident *proprio nomine*, elles sont dispensées en principe de fournir une *satisdatio*. Il n'y a d'exception qu'en ce qui concerne le défendeur à une action *in rem* (9). Comme il conserve la possession intérimaire durant le procès, il est juste qu'il soit tenu envers le demandeur des conséquences préjudiciables qui résultent pour celui-ci de la privation momentanée de la possession. On lui impose un engagement appelé *cautio judicatum solvi* qui se composait en réalité de trois promesses distinctes confondues en une seule (6. Dig., *Judic. solv.*, XLVI, 7, Ulp.) : 1° *De re defendenda*, ou promesse de rester dans l'instance, d'accepter le *judi-*

(7) Les promesses dont parle le texte sont faites par stipulations. Elles font partie des stipulations prétoriennes (V. n° 304).

(8) *Adde*, Accarias, t. II, nos 935-938; Keller, *Proc. civ.* (trad. Capmas, §§ LVI, LVII); Girard, *Manuel élément.*, p. 1013.

(9) Il faut également réserver le cas où le défendeur qui a comparu *in jure* s'engage à reparaitre, *certo die sisti*, quand l'affaire ne pouvait pas se terminer le jour même. Cette promesse était appelée *vadimonium* (G. IV, 184).

cium et de comparaître devant le juge ; 2° *De re judicata*, ou promesse de restituer la chose avec ses accessoires et les fruits, en un mot d'exécuter la sentence au cas où elle serait en faveur du demandeur ; 3° *De dolo malo*, c'est-à-dire promesse de s'abstenir de tout dol et de répondre du dol qui aurait déjà été commis (10).

Lorsque les parties plaident *alieno nomine*, la règle est qu'elles sont tenues de fournir *satisdatio*. Le demandeur doit la *cautio ratam rem dominum habiturum*, c'est-à-dire la promesse que la partie au nom de laquelle il plaide ne renouvellera pas le procès. Mais cette *cautio* n'était pas exigée du *cognitor* (G. IV, 98, 99). Le défendeur doit la *cautio judicatum solvi* et cela dans toute action, aussi bien dans les actions personnelles que dans les actions réelles (G. IV, 101). Si cependant le défendeur est un *cognitor*, la *cautio* doit être fournie par le *dominus litis* lui-même (11).

285. — III. *Procédure in judicio*. — 1° *Marche de l'instance*. — La *litis contestatio* a mis fin à la procédure *in jure*. Dès ce moment, le procès entre dans sa seconde phase, le *judicium*. Une règle domine la marche générale du débat dans cette dernière période. A l'inverse de ce qui se passait *in jure*, la présence des deux adversaires n'est plus nécessaire *in judicio* ; le juge peut faire son office en l'absence de l'un d'eux. Il y a eu en effet accord entre les parties. Elles sont convenues de s'en rapporter à la sentence à intervenir, elles en ont librement débattu *in jure* tous les éléments, et la formule les indique au juge. Il suffit par conséquent que celui-ci ait connaissance de la formule pour qu'il puisse statuer. Un débat contradictoire devant lui n'est donc pas nécessaire. La sentence rendue par défaut aura la même autorité qu'une décision contradictoire (1).

Devant le juge, les parties exposaient librement l'affaire. Le

(10) Il n'est pas besoin d'insister pour montrer que la *cautio judicatum solvi* du droit romain n'a de commun que le nom avec celle qu'on est en droit d'exiger du demandeur étranger, conformément à l'art. 166, C. proc. civ.

(11) Sous Justinien, ces règles ont été quelque peu modifiées. Si l'on plaide *suo nomine*, on doit dans toute action réelle ou personnelle promettre, lorsqu'on est défendeur, de rester dans l'instance, *de re defendenda* (§ 2. Inst., *De satisdat.*, IV, 11). Si l'on plaide *alieno nomine*, comme demandeur on doit la *cautio ratam rem dominum habiturum*, sauf le cas d'une *procuratio* insinuée *apud acta*, et comme défendeur on doit la *cautio judicatum solvi* telle qu'elle était fournie autrefois, avec ses trois chefs, *de re defendenda*, *de re judicata*, *de dolo malo*.

285. — (1) Mais le juge ne peut statuer qu'après avoir examiné au préalable le bien-fondé de la prétention de la partie comparante. Il y est tenu de par la teneur de la formule qui ne lui permet de condamner que si l'*intentio* est vérifiée et d'absoudre dans le cas contraire (73, pr. Dig., *De judic.*, V, 1, Ulp.). (V. art. 150, C. pr. civ.).

demandeur était tenu de prouver son droit. A défaut de cette preuve, le défendeur devait être absous. Mais de son côté il était obligé de prouver les faits invoqués par lui à titre de défense ou d'exception⁽²⁾. Les moyens de preuve étaient : 1° la preuve testimoniale, vue avec moins de défiance que par le droit moderne, admissible par conséquent, quelle que fût la valeur de l'intérêt en litige (V. art. 1341, C. civ.); 2° la preuve écrite résultant des *instrumenta, cautiones, chirographa*; 3° l'aveu qui a la même force probante que l'aveu *in jure*; 4° le serment déféré par la partie à son adversaire, serment qui est *necessarium* à l'égal de celui déféré *in jure* et emporte forcément gain de cause au profit de celui qui l'a prêté⁽³⁾; 5° les présomptions qui, suivant les cas, ont une force probante plus ou moins grande. Avec leur rare bon sens pratique les Romains se sont bien gardés d'établir entre ces divers modes de preuve un ordre de préférence. Ils ont laissé au juge pleine liberté pour apprécier selon les circonstances la valeur des preuves invoquées devant lui⁽⁴⁾.

2° *Fin de l'instance in judicio*. — La fin normale du *judicium* est la *sententia*, c'est-à-dire la décision du juge qui tranche le litige. Mais il peut prendre fin d'une façon anormale, sans qu'il y ait sentence. Tel est le cas où l'instance est périmée, c'est-à-dire quand un certain délai s'est écoulé depuis la *litis contestatio*, sans qu'il y ait eu sentence. On dit alors que le *judicium expirat, moritur*. Les pouvoirs du juge cessent et le droit nouveau, né de la *litis contestatio*, périt en même temps. Le délai de cette péremption était différent, selon que le *judicium* était *legitimum* ou *imperio continens*. Le premier était périmé au bout de dix-huit mois, le second finissait avec les pouvoirs du magistrat qui avait organisé l'instance (G. IV, 104, 107). C'est là un des rares intérêts pratiques de la distinction des *judicia* en *legitima* et *imperio continentia* ⁽⁵⁾. Il n'y aurait pas à y insister davantage si elle n'avait pas

(2) Ces deux principes formulés par Marcien et Ulpien : *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit; reus in exceptione actor est* (21. Dig., *De probat.*, XXII, 3; 1. Dig., *De except.*, XLIV, 1) sont encore admis aujourd'hui.

(3) En cas d'insuffisance des preuves, le juge peut déférer d'office le serment à l'une quelconque des parties. Celle-ci n'est pas tenue de jurer; cependant elle fera bien de ne pas refuser le serment, car, en fait, le juge lui donnera gain de cause si elle jure, et lui donnera tort, dans le cas contraire. Ce serment appelé *jusjurandum judiciaire* est admis sous le nom de serment supplétoire dans notre droit (V. art. 1366, C. civ.).

(4) Un rescrit d'Hadrien, rapporté par Callistrate (3, § 2. Dig., *De test.*, XXII, 5) énonce en des termes d'une haute portée l'idée que le juge doit se décider par son intime conviction. C'est la condamnation du système de la preuve toute faite ou système des preuves légales.

(5) On en a déjà signalé un autre à propos de l'effet extinctif de la *litis contestatio*

joué un rôle fort important dans l'histoire du système formulaire (6).

Selon l'opinion qui paraît prévaloir, l'origine de cette distinction remonte à la création des premières formules. Lorsque le préteur eut admis la procédure pérégrine, le *judicium* organisé à la suite de la délivrance d'une *formula* était dépendant de son *imperium*, *imperio continens*. A côté de lui, il n'y avait que la *legis actio* qui tirait toute sa force de la loi et qui n'était faite que pour les citoyens. Lorsque le procédé de la *formula* fut étendu aux citoyens, le *judicium* organisé par le préteur fit concurrence à la *legis actio*, à la procédure éminemment et strictement quiritaire. Ce *judicium* ressemblait le plus à l'antique forme de procéder quand le personnel du procès (parties et juge désigné), quand le lieu où il se débattait étaient romains. Aussi l'appella-t-on *judicium legitimum* s'il était organisé à Rome ou dans le premier mille autour de la ville, entre parties ayant toutes la qualité de citoyens, avec renvoi devant un juge unique également citoyen (G. IV, 104) (7). L'une de ces conditions manquant, le *judicium* n'était plus qu'*imperio continens*. Quand disparurent les *legis actiones* et que tous les *judicia* furent la conséquence de l'octroi d'une *formula*, l'antithèse entre les deux espèces de *judicia* n'eut plus de raison d'être. Elle persista pourtant, indice irrécusable des tentatives par lesquelles on essaya de ménager la transition de l'ancien système de procédure au nouveau (8).

(V. n° 283, note 4). Il y en a d'autres. On en trouvera l'énumération dans Girard, *Manuel élément.*, p. 1021.

(6) Les questions que soulève l'origine de cette distinction sont loin d'être élucidées. Les travaux les plus récents, ceux surtout de Wlassak : *Römische Prozessgesetze*, ont contribué à éclaircir le problème. V. aussi Sohm, *Institutionen*, §§, 49, 50, pp. 239, 241, 247.

(7) L'expression *legitimum* est caractéristique. Elle marque bien que c'est une loi, vraisemblablement la loi *Æbutia*, qui a reconnu l'existence du *judicium*. Le soin minutieux avec lequel sont précisées les conditions auxquelles un *judicium* est *legitimum* décèle des prescriptions légales. Il est remarquable que dans les rares textes où il est question de la distinction des *judicia*, les jurisconsultes établissent une gradation descendante entre ces trois termes : *lege agere*, *judicio legitimo agere*, *judicio imperio continenti agere*. V. par. ex. : Ulp., *Reg.*, XI, 24, 27.

(8) La différence entre les deux classes de *judicia*, quant aux effets de la *litis contestatio* s'explique aisément. Il n'y a de *litis contestatio* véritable qu'à la suite d'une *legis actio*. Alors seulement, l'action s'éteint *ipso jure*, car alors seulement s'applique le principe : *bis de eadem re ne sit actio*. Mais dans le système nouveau, ce que les parties ont fait *in jure* n'est pas une *actio*, dans le vrai sens du mot. On n'a pas procédé comme il fallait pour éteindre le droit. Le demandeur peut donc agir une seconde fois, mais son action échouera devant l'*exceptio rei in judicium deducta*. Telle est la règle pour le *judicium imperio continens*. Mais le *judicium legitimum* reste soumis à la règle ancienne, quand il est *in jus* et *in personam*. Ici la *litis contestatio* équivaut à celle de l'ancien droit, elle éteint le droit *ipso jure* (G. III, 180, 181). Si on exige que le *judicium* soit *in jus*, c'est parce qu'il ressemble encore à la *legis actio*. Qu'il doive être *in personam*, cela tendrait à prouver que les premières actions où la loi *Æbutia*

3° *Office du juge.* — En ce qui concerne la sentence, le juge n'est plus, comme pour les preuves, absolument libre de se laisser guider par son intime conviction. Certaines règles doivent être observées par lui. Elles forment ce qu'on appelle son *officium*. On peut résumer d'un mot l'*officium judicis* : il consiste à se conformer aux instructions de la formule. Le contenu de la *sententia* doit correspondre au contenu de la *formula*. Cette idée conduit aux conséquences suivantes :

1° Le juge n'a de latitude d'appréciation que dans les cas et dans la mesure où cette liberté lui est laissée par la formule. Ses pouvoirs sont plus restreints dans les formules à *intentio certa*. Ils sont plus larges dans celles où l'*intentio* est *incerta*, notamment dans l'action *incerta* où l'on a ajouté la clause *ex fide bona* (V. n° 301).

2° Le juge doit suivre les indications de la formule, alors même qu'elles lui paraîtraient contraires à l'équité ou au droit. Ainsi il ne peut pas tenir compte des exceptions invoquées pour la première fois devant lui, parce qu'elles ne figurent pas dans la formule (V. n° 281). De même, il ne peut rectifier les erreurs commises par le demandeur dans l'*intentio*, notamment lorsque celui-ci a demandé plus qu'il ne lui était dû, *plus petere, plus petitio* (9). Que par exemple, le créancier de 10 réclame 20, le juge, auquel la formule ne laisse le choix qu'entre deux solutions extrêmes : condamner si les 20 sont dus, absoudre dans le cas contraire, ne pourra que prononcer l'absolution puisqu'il est prouvé que le défendeur ne doit pas 20. Il ne pourra pas condamner le défendeur aux 10 dus effectivement par lui. Et non seulement le demandeur sera repoussé, *plus petendo causa cadit*, mais comme le moins est compris dans le plus, il aura en réclamant 20, consommé son droit d'action pour 10 et ne pourra plus ultérieurement les réclamer, *rem perdit* (G. IV, 53, 68). Ce double résultat auquel aboutit la *plus petitio* n'est point une peine infligée au plaideur téméraire, ce n'est que la conséquence nécessaire des principes. Mais il ne se produit que dans les actions à *intentio certa*. En effet, l'*intentio incerta* avec son *quidquid dare facere oportet* ne peut être taxée d'exagération, et le demandeur ne peut être jamais repoussé comme ayant trop demandé (10).

a admis la procédure par la formule furent les actions personnelles qui étaient du domaine de la *judicis postulatio* et de la *condictio*.

(9) La rectification pourra être faite par le magistrat auquel le demandeur s'adressera pour obtenir que la formule soit modifiée (G. IV, 57) (V. n° 284).

(10) La *plus petitio* dont il est parlé au texte s'appelle *plus petitio re*. Il peut aussi

3° Dans les formules sans *condemnatio*, c'est-à-dire dans les actions préjudicielles, le juge doit se borner à une déclaration sur l'existence ou la non existence du droit prétendu par le demandeur, *pronuntiatio*, mais il ne peut condamner (V. n° 280). Si la formule contient une *condemnatio*, le juge peut condamner ou absoudre (11).

4° La condamnation est toujours pécuniaire et ne peut jamais être prononcée que contre le défendeur (V. n° 280). L'impossibilité pour le défendeur de faire condamner le demandeur l'obligeait à une action séparée contre ce dernier. Cela avait de sérieux inconvénients quand la réclamation du défendeur dérivait de la même cause que le droit à raison duquel il était actionné, par exemple d'un contrat *consensu*. Il est équitable qu'en pareil cas, un même juge statue sur la prétention et la contreprétention. Aussi finit-on par accorder au défendeur le droit de former *in jure* contre le demandeur une demande reconventionnelle. Mais elle ne se confondait pas avec la demande principale. Le magistrat tenant compte de l'existence de deux demandes, *mutuæ petitiones*, délivrait deux formules portant nomination d'un seul et même juge, en sorte que celui-ci pouvait condamner le demandeur sans que pour cela il fût porté atteinte aux principes (38, pr. Dig., *Mandati*, XVII, 1, Marcell.).

286. — *De la sententia et de ses effets.* — La *sententia* a des effets différents selon qu'elle absout ou condamne le défendeur. Le défendeur est-il absous, il n'a rien à fournir au demandeur. Est-il condamné, il doit exécuter la condamnation, *judicatum facere*. L'obligation mise à sa charge par la *litis contestatio* cesse alors d'exister. A sa place la *sententia* en fait naître une nouvelle (1). Le demandeur poursuivra l'accomplissement de cette obligation par les voies d'exécution (V. n° 289). En tout cas, et quelle que soit la décision qu'elle consacre, la sentence met fin au débat.

Mais il est à craindre que ce débat ne vienne à être soulevé de nouveau. Celui des plaideurs qui n'a pas eu gain de cause cherche

y avoir *plus petitio tempore* lorsqu'on agit avant l'arrivée du terme (V. n° 209, note 4), et *plus petitio loco*, lorsqu'on demande son paiement dans un lieu autre que celui convenu (V. nos 198).

(11) A mentionner également le pouvoir d'*arbitrium* que reçoit le juge dans les actions arbitraires (V. nos 280, 301).

286. — (1) Dans l'hypothèse d'une action *in personam*, Gaius exprime comme suit cette série de transformations subies par le droit du demandeur : *ante litem contestatam, dare debitorem oportere, post litem contestatam, condemnari oportere, post condemnationem, judicatum facere oportere* (G. III, 180).

naturellement à remettre en question les droits de celui qui a triomphé. Il doit néanmoins échouer. Il importe à l'intérêt général et à la paix de la société qu'on ne puisse pas par des procès sans cesse renaissants contester des droits reconnus par la justice (6. Dig., *De except. rei judic.*, XLIV, 2, Paul). D'où ce principe que la sentence fait obstacle à toute contestation ultérieure ayant le même objet : *post rem judicatam nihil quæritur* (56. Dig., *De re judic.*, XLII, 1, Ulp.). Les Romains le justifient en le rattachant à une présomption irréfragable. La sentence est censée être l'expression absolue de la vérité sur la question en litige : *res judicata pro veritate accipitur* (207, Dig., *De reg. jur.*, L, 17, Ulp.). Ce qui a été jugé ne peut donc plus être remis en question.

Ces raisons d'ordre supérieur justifient encore aujourd'hui l'autorité de la chose jugée (V. art. 1350-3°, 1351, C. civ.). Elles ne se sont pas révélées du premier coup aux Romains. Il y a eu à cet égard une évolution dont il importe de retracer sommairement les phases. L'impossibilité de renouveler le procès fut d'abord considérée comme une conséquence de l'effet produit par la *litis contestatio*. L'action, une fois déduite *in judicium*, était consommée. Le défendeur absous pouvait repousser l'action nouvelle, soit *ipso jure*, soit par l'*exceptio rei in judicium deductæ*. Mais le demandeur n'était point pareillement protégé contre le défendeur cherchant à recommencer le procès. Il a triomphé, par exemple, dans l'action en revendication, et obtenu la restitution de sa chose. Si le défendeur s'avise de revendiquer à son tour, il ne sera pas repoussé par le principe de la consommation de l'action. Car ce n'est pas lui qui agit dans le premier procès. Il ne fait que résister à la demande ; il n'a point déduit son droit *in judicium* (2). La question de propriété déjà tranchée, va donc être remise en question. Il fallait empêcher ce résultat. On y parvint en autorisant le demandeur à faire valoir la chose jugée à son profit, *res secundum se judicata*, par le moyen d'une *præscriptio*, transformée plus tard en exception, l'*exceptio rei judicatæ* (3). Cette fonction première de l'exception de chose jugée, fonction dite positive, suggéra très vraisemblablement l'idée d'étendre cette protection au profit du défendeur. On permit à celui-ci d'invoquer lui aussi la *res secundum se judicata*, pour repousser une demande tendant à renouveler un procès déjà jugé à son

(2) Cela tient à ce que, dans le système formulaire, le défendeur n'est pas obligé, comme dans la *legis actio*, de faire une *contra vindicatio*. Il se contente de repousser la *vindicatio* du demandeur.

(3) Il pouvait arriver que le demandeur eût à invoquer la chose jugée à son profit par voie de *replicatio* (16, § 5. Dig., *De pign.*, XX, 1. Marcian.).

profit. Négligeant le moyen tiré de la consommation du droit, il put s'abriter derrière l'*exceptio rei judicatæ*, opposer la fonction dite négative de la chose jugée⁽⁴⁾. Ainsi s'est dégagée l'idée nouvelle que la chose jugée doit être respectée et que chacune des parties peut également en invoquer le bénéfice par voie d'exception⁽⁵⁾.

Une action nouvelle ne peut donc être écartée par l'*exceptio rei judicatæ* que si elle tend à remettre en question ce qui a été une première fois jugé. Il faut donc qu'il y ait identité entre les deux demandes⁽⁶⁾. Cela suppose la réunion de trois conditions : l'identité d'objet, l'identité de cause, l'identité de parties (12-14, pr. Dig., *De except. rei judicat.*, XLIV, 2, Paul, Ulp.) (V. art. 1351, C. civ.).

1° *Identité d'objet*. — Pour savoir s'il y a identité d'objet, le juge devra voir si la conformité entre les deux prétentions est de nature à remettre en question ce qui a été jugé. Il n'y a pas d'autre règle. C'est là une pure question d'appréciation. Ainsi il peut y avoir identité d'objet quand la seconde demande tend à obtenir le même corps certain, *idem corpus*, ou aussi la même quantité, *eadem quantitas*, ou aussi le même droit, *idem jus*.

2° *Identité de cause*. — Le fondement juridique du droit réclamé, *causa petendi*, *causa proxima actionis*, doit être le même dans les deux procès. L'action peut être différente, si la *causa* est identique, l'exception de chose jugée sera opposable⁽⁷⁾. En sens inverse, l'exception de chose jugée cesse d'être opposable lorsque la même chose est réclamée en vertu d'une *causa* nouvelle. Toutefois cette solution n'est vraie que pour les actions *in personam*. Quand on agit *in rem*, on est censé avoir soumis d'un seul coup au juge toutes les *causæ petendi* qu'on pouvait faire valoir. De là vient l'obstacle au renouvel-

(4) Le défendeur eut donc le choix entre les deux exceptions : *rei judicatæ et in iudicium deductæ* la première pour le cas où il y aurait eu jugement à son profit, la seconde, à titre de secours subsidiaire, au cas où il n'y aurait pas eu jugement. Aussi, est-ce pour cela que Gaius assemble toujours les deux moyens dans l'ordre qu'on vient de dire, établissant entre eux une hiérarchie invariable (G. III, 181; IV, 106, 107, 121).

(5) L'autorité de la *res judicata*, moyen fondé sur l'ordre public, ne produit donc son effet qu'*exceptionis ope*. Cela prouve la date relativement récente de son introduction. L'exception de chose jugée a une fonction purement supplétoire en présence du moyen fondé sur la consommation du droit, lequel agit tantôt *ipso jure* tantôt *exceptionis ope*.

(6) On se contenta d'abord de cette condition : *exceptio rei judicatæ obstat quoties... eadem quaestio revocatur*. Ainsi parle Julianus cité par 7, § 4, Dig., *De except. rei judic.*, XLIV, 2, Ulp. Cela suffit d'ailleurs à un juge intelligent. Les conditions plus détaillées qu'exigea la pratique ultérieure rentrent toutes dans celle-là.

(7) C'est ainsi que l'action *redhibitoria* fait obstacle à l'action *quantum minoris* pour le même vice et réciproquement. L'existence du vice est la *causa petendi*. Elle est la même dans les deux actions (25, § 1, Dig., *De except. rei judic.*, XLIV, 2, Julian.).

lement de l'action en vertu d'une cause nouvelle. Cela tient à la rédaction de la formule de l'action *in rem*. Comme elle n'a pas de *demonstratio*, le juge se trouve en face d'une prétention exprimée en termes généraux : *si paret rem Aⁱ Aⁱ esse*, qui l'obligent à examiner à la fois toutes les causes d'acquisition que peut avoir à invoquer le demandeur à l'appui de sa prétention (8).

3° *Identité de personnes*. — Il est clair que la chose jugée ne peut être opposée que si les parties sont les mêmes dans le second procès. La sentence, comme tout autre acte juridique, ne peut profiter ou nuire qu'à ceux-là seuls qui y ont été parties : *res inter alios iudicatas aliis non præjudicare* (63. Dig., *De re iudicat.*, XLII, 1, Macer). La chose jugée ne produit que des effets relatifs. Il y a d'ailleurs des cas exceptionnels où elle produit des effets au regard de certains tiers qui, restés étrangers à l'action, sont censés y avoir participé et par conséquent ne peuvent plus remettre en question ce qui a été jugé. Ainsi les héritiers sont liés par la chose jugée avec leur auteur et peuvent aussi l'invoquer. De même les ayants cause à titre particulier, acheteurs, donataires, créanciers hypothécaires, doivent respecter la chose jugée contre leur auteur, ou en sens inverse peuvent invoquer le bénéfice de la chose jugée à son profit, alors du moins que le jugement est antérieur à leur titre. On va même jusqu'à admettre que les effets de la chose jugée sont opposables à toute personne, *facit jus*, dans certaines contestations en matière d'état des personnes : *præjudicium* relatif à la paternité et au droit de puissance qui en découle, *præjudicium de libertate*, et *de ingenuitate* (9).

287. — IV. *Cas et procédure de la cognitio extraordinaria*. — Déjà sous le système formulaire, il y avait des cas où le magistrat statuait lui-même sans donner de formule, sans renvoi devant un *judex*, *cognitio extra ordinem*. Ces cas devinrent, dès les débuts de l'époque impériale, de plus en plus nombreux. On ne peut les classer d'une façon méthodique. Citons notamment les contestations sur aliments entre ascendants et descendants ou entre patrons et affranchis, les demandes d'honoraires de la part de ceux

(8) Aussi suffisait-il que le demandeur, en agissant pour la première fois, fit insérer dans la formule une *præscriptio* indiquant la cause d'acquisition qu'il prétendait soumettre à l'examen du juge, se réservant ainsi la faculté d'en invoquer ensuite d'autres. C'est ce que Paul appelle *expressa causa agere* (14, § 2. Dig., *De except. rei iudicat.*, XLIV, 2).

(9) Mais il fallait pour qu'il en fût ainsi, que le procès eût eu lieu avec celui que les sources appellent *contradictor*, *justus contradictor*, c'est-à-dire celui qui a seul qualité pour contredire la prétention, et qu'il n'y eût eu aucune collusion.

qui s'occupent des *studia liberalia* (médecins, avocats, professeurs), les contestations relatives aux fidéicommiss (1. Dig., *De extraord. cognit.*, L, 13, Ulp. ; G. II, 278) (V. n° 260).

La procédure de la *cognitio extra ordinem* diffère de la procédure ordinaire. 1° Ici l'action en justice s'appelle *persecutio* (178, § 2. Dig., *De verb. signif.*, L, 16, Ulp.). 2° Comme il n'y a pas de formule, il n'est pas question de *litis contestatio*. Toutefois, il n'est pas indifférent de savoir à quel moment précis l'affaire peut être considérée comme engagée définitivement. On admit donc qu'il y aurait une sorte de *litis contestatio* dès l'instant où les deux parties auraient produit pour la première fois leurs prétentions respectives. 3° Les pouvoirs du magistrat sont beaucoup moins restreints que ceux du juge. Il n'est pas obligé de prononcer une condamnation pécuniaire, et il peut, en vertu de son *imperium*, ordonner l'exécution en nature. Il est autorisé, d'ailleurs, à examiner la demande reconventionnelle et à condamner le demandeur.

288. — V. *Voies de recours* (1). — Dans les principes de l'ancien droit romain, la sentence du juge ou le décret du magistrat étaient inattaquables, la sentence, puisqu'elle tire toute sa force du libre accord des parties, les décrets, puisqu'ils émanent du pouvoir souverain du magistrat. Toutefois, dès l'époque républicaine, on admettait certaines voies de recours extraordinaires.

1° *Intercessio*. — La partie qui avait à se plaindre de la décision du magistrat pouvait recourir, *appellare*, à tout magistrat de rang égal ou supérieur, ou même aux tribuns de la plèbe et solliciter leur *intercessio*. Mais le magistrat intervenant n'avait pas le pouvoir de réformer l'acte attaqué, c'est-à-dire de substituer sa propre décision à celle qu'on lui déférait. Simple veto, l'*intercessio* n'avait qu'un effet négatif, celui de paralyser l'acte, de l'empêcher de pouvoir être exécuté. Ce recours n'existait d'ailleurs qu'à Rome; dans les provinces, le pouvoir du magistrat était sans limites.

2° *Revocatio in duplum*. — Le défendeur pouvait opposer la nullité de la sentence, par exemple pour incompétence du tribunal ou inobservation des formes essentielles. Pour avoir raison du défendeur, le demandeur avait l'action *judicati*, qui tendait, comme l'indique son nom, à faire reconnaître l'existence du *judicatum*, de l'obligation créée par la sentence à la charge du défendeur (V. n° 286). Si cette action réussissait, la résistance injuste du défen-

288. — (1) Accarias, t. II, n° 778; Keller, *Procédure civile* (trad. Capmas), § LXXXII; Girard, *Manuel élément.*, pp. 1035, 1036.

deur entraînait la condamnation au double. Mais s'il ne voulait pas attendre la poursuite du demandeur, il pouvait prendre les devants et provoquer par voie d'action l'annulation de la sentence. Cette voie de recours portait le nom de *revocatio in duplum*, car elle exposait également le défendeur à la peine du double (Paul, *Sent.*, V, 5^a, § 5, 7^a).

3° *Restitutio in integrum*. — Enfin, la *restitutio in integrum* était ouverte contre tout acte du magistrat ou la sentence du juge, mais dans certains cas seulement (V. n° 307).

Ces voies de recours étaient extraordinaires; elles ne pouvaient réussir que si on invoquait contre la décision attaquée des griefs de nature exceptionnelle. De plus, elles n'étaient ouvertes, sauf la *restitutio in integrum*, qu'au défendeur. L'*intercessio* disparut avec la liberté politique. Mais à côté des deux autres s'introduisit, dès les débuts de l'époque impériale, une voie nouvelle, d'une portée bien autrement large, l'*appellatio* ou appel.

De l'appel. — L'Empereur, magistrat suprême, investi de tous les pouvoirs autrefois exercés séparément par les divers magistrats, notamment de la puissance tribunitienne, pouvait, sur l'*appellatio* d'un plaideur, intervenir par voie d'*intercessio*. Mais il ne se contenta pas d'opposer son veto, il prit le droit de réformer l'acte attaqué en le remplaçant par une décision nouvelle. Ainsi naquit l'appel qui, avec les progrès du pouvoir impérial et la tendance de plus en plus marquée vers une organisation hiérarchique des magistratures, prit une importance toujours grandissante. A l'époque classique, il est la voie de recours régulière et normale contre toute décision émanant soit d'un magistrat, soit d'un juge (2). Les règles auxquelles il était soumis ont en grande partie été conservées par le droit moderne.

1° L'appel suppose toujours qu'on s'adresse à un tribunal d'ordre supérieur à celui dont la décision est attaquée. Ainsi l'appel de la *sententia* du juge est porté devant le magistrat qui l'a désigné et a organisé l'instance, l'appel de la décision d'un magistrat municipal est porté devant le gouverneur de la province. Les parties ont d'ailleurs le droit de remonter, d'appel en appel, tous les degrés de la hiérarchie judiciaire; une même affaire peut faire l'objet de

(2) Ulpien est quelque peu sceptique à l'égard des bienfaits de l'appel, mais il en constate le fréquent emploi : *Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem judicantium vel imperitiam corrigat, licet nonnumquam bene latis sententias in pejus reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est* (1, pr. Dig., *De appellat.*, XLIX, 1).

plusieurs appels successifs et finalement être portée au tribunal de l'Empereur.

2° En principe, l'appel est possible, si minime que soit l'importance du litige, sauf pour l'appel à l'Empereur, qui n'est admis qu'au delà d'un certain chiffre.

3° L'appel est une voie de recours ordinaire, c'est-à-dire qu'il est recevable en toute hypothèse sur le fondement d'un simple mal jugé (3, § 3. Dig., *De appellat.*, XLIX, 1, Ulp.).

4° L'effet de l'appel est suspensif et dévolutif. D'une part, l'exécution de la décision attaquée est suspendue jusqu'à la nouvelle décision à intervenir. D'autre part, le juge de l'appel est autorisé non seulement à infirmer la décision soumise à son examen, mais encore à lui substituer une décision nouvelle après examen à nouveau de toute l'affaire (1, pr., § 1. Dig., *Nihil innov.*, XLIX, 7, Ulp.) (V. art. 457, C. pr. civ.).

289. — VI. *Voies d'exécution : exécution contre la personne, exécution sur les biens.* — Sous le premier système de procédure, la seule voie d'exécution donnée au demandeur pour obtenir l'exécution de la condamnation était la *manus injectio judicati* (V. n° 274). La rigueur excessive de cette procédure amena un adoucissement notable dans son application. Le demandeur ne put plus procéder lui-même *extra jus* à la saisie du défendeur; il lui fallut actionner celui-ci, le conduire *in jure* et demander l'*addictio* du *judicatus*. L'*addictus* pouvait être retenu *in carcere privato*, jusqu'à ce qu'il eût par son travail, acquitté sa dette; mais il ne perdait pas son *status libertatis*; il ne pouvait plus être vendu comme esclave, encore moins mis à mort (1).

La contrainte corporelle ainsi transformée n'a pas disparu avec la procédure ancienne. Théoriquement, elle subsiste comme la voie d'exécution normale. En fait, elle tendait à être de moins en moins pratiquée. D'une part, en effet, une loi *Julia*, peut-être l'une des deux *leges judiciaræ*, permit au débiteur de s'y soustraire, à la condition d'abandonner ses biens à ses créanciers. C'est le bénéfice de cession de biens (G. III, 78) (V. art. 1265 et suiv., C. civ.). D'autre part, l'introduction des voies d'exécution sur les biens fit perdre plus de terrain encore à l'exécution sur la personne, véri-

289. — (1) Ces transformations se sont accomplies sans doute sous la pression des événements politiques, mais assez lentement semble-t-il. La nécessité de demander l'*addictio* du défendeur ne paraît pas encore exister à l'époque de la loi *Julia Genetiva* (Ch. 61). V. Girard, *Textes*, p. 84. Mais cette loi ne parle plus que de la détention du débiteur : *jure civili vincitum habeto*.

table acte de vengeance privée qui ne procure pas au créancier la satisfaction qu'il poursuit. L'exécution sur les biens au contraire peut faire obtenir au demandeur le paiement de ce qui lui est dû. La première en date, et la plus générale de ces voies d'exécution nouvelles est la *venditio bonorum*. A côté d'elle on trouve plus tard la *bonorum distractio* et le *pignus ex causa judicati captum*.

290. — *Procédure et effets de la venditio bonorum.* — Cette procédure créée par le préteur Publius Rutilius s'applique principalement aux *judicati* et aux *confessi* qui leur sont assimilés (G. IV, 35) (1). Elle est alors une voie d'exécution des jugements. Mais elle est encore suivie contre l'*indefensus*, contre le débiteur qui a usé du bénéfice de cession de biens, ou est mort sans laisser d'héritier, de *bonorum possessor* ou autre successeur universel (G. III, 78) (V. n° 284). Elle comprend : une phase préparatoire dans laquelle les créanciers réclament au préteur l'envoi en possession des biens, *missio in possessionem*, une seconde phase qui a pour objet la mise en vente, *venditio bonorum*. Ces formalités et ces lenteurs sont destinées à protéger à la fois les intérêts des créanciers et ceux du débiteur.

Première phase. — Missio in possessionem. — La demande d'envoi en possession faite et obtenue par l'un des créanciers profite à tous. L'envoi n'a pas pour effet d'enlever au débiteur la possession; les créanciers n'ont qu'un droit de garde et de surveillance, *custodia rerum et observatio*, simple mesure conservatoire d'où le nom de *missio in possessionem rei servandæ causa*. Le préteur exige alors que les créanciers procèdent à la *proscriptio bonorum*, c'est-à-dire à l'annonce publique de la *missio*, de façon à provoquer l'intervention de ceux qui voudraient payer pour le débiteur. Puis, sur la convocation du magistrat, les créanciers nommaient un *magister*, qu'ils choisissaient parmi eux ou en dehors d'eux, pour gérer les biens et préparer, s'il y avait lieu, la *lex bonorum vendendorum*, sorte de cahier des charges de la vente (G. III, 79). On passait ensuite à la *venditio bonorum* (2).

290. — (1) Il est probable que l'idée de cette procédure a été empruntée à l'usage suivi par le trésor public à l'égard de ses débiteurs. Lorsque ceux-ci refusaient de payer, on envoyait un questeur en possession de leurs biens, et cette *missio in bona* était suivie d'une vente en masse du patrimoine, *sectio bonorum*, au profit du Trésor. Ce n'est point le seul cas où le droit privé est allé puiser des inspirations et chercher des modèles dans le droit administratif.

(2) La *venditio* n'a pas lieu nécessairement à la suite de la *missio*. Le préteur ne l'autorise pas toujours. Il faut qu'on soit dans un des cas où l'édit a déclaré : *bona... possideri proscribi veniri que jubebo*. Ainsi dans certains cas d'*indefensio* le préteur n'autorise que la *missio* (V. n° 284).

Deuxième phase. — Venditio bonorum. — On sait déjà que la vente portait sur le patrimoine tout entier qui était attribué par voie d'*addictio* à celui qui offrait aux créanciers le dividende le plus élevé (V. nos 205, 265). Reste à étudier ses effets à l'égard des diverses personnes qui sont intéressées à cette procédure.

a) *Effets à l'égard du débiteur.* — 1° Elle entraîne l'infamie à laquelle le débiteur n'échappe que s'il a usé du bénéfice de *bonorum cessio* (G. II, 154). 2° Le débiteur est libéré jusqu'à concurrence du prix payé aux créanciers par l'acheteur, *bonorum emtor*. Mais il est exposé à subir de nouveau la *venditio bonorum*, s'il acquiert des biens par la suite (G. II, 155) (3).

b) *Effets à l'égard de l'acheteur.* — Le *bonorum emtor* est un successeur *in universum jus* (G. III, 77). Mais comme cette *successio per universitatem* est une création prétorienne, l'acquéreur est dans la situation d'un *bonorum possessor*. Sur les choses corporelles, il n'a que l'*in bonis habere* et il ne devient *dominus* que par l'usucapion (G. III, 80) (V. n° 111). Quant aux choses incorporelles, droits réels et créances, le *bonorum emtor* en est investi aux lieu et place du débiteur. Il est tenu également des dettes de ce dernier, mais seulement dans la proportion de ce qu'il s'est engagé de payer aux créanciers. Mais comme il n'est qu'un successeur prétorien, les actions du débiteur ne sont données à lui ou contre lui qu'à titre utile (4).

c) *Effets à l'égard des créanciers.* — Le *bonorum emtor*, débiteur de son prix envers les créanciers, sera poursuivi en paiement par le *magister bonorum vendendorum*, qui ensuite opère la répartition au *prorata* des créances de chacun. Aucune cause de préférence n'est admise, si ce n'est au profit de ceux qui ont un *privilegium inter personales actiones* ou un droit d'hypothèque sur une chose faisant partie de la masse.

291. — *Effets de la venditio bonorum* (Suite). — d) *Effets à l'égard des tiers, action paulienne.* — La *venditio* produit aussi effet vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire des personnes qui, avant la *missio in possessionem*, ont conclu avec le débiteur des actes de nature à créer ou à augmenter l'insolvabilité. Les créanciers peuvent faire tomber ces actes, s'ils ont été faits en fraude de leurs droits.

(3) Mais celui qui avait usé de la cession de biens, jouissait en pareil cas du bénéfice de compétence (§ 40. Instit.. *De act.*, IV, 6).

(4) La formule était rédigée de façon à indiquer la substitution du *bonorum emtor* au débiteur, soit avec transposition (*formula rutiliana*) (V. nos 280, 284, note 6), soit avec une fiction supposant au *bonorum emtor* la qualité d'*heres* (*formula serviana*) (G. IV, 35).

Le droit prétorien a cherché par ce moyen, à compléter son œuvre en donnant à l'exécution sur les biens une efficacité qui sans cela lui eût fait défaut.

Jure civili de pareils actes étaient inattaquables. Ils avaient pu, il est vrai, diminuer le patrimoine du débiteur. Mais les créanciers ne pouvaient être admis à les critiquer, quand ils avaient été faits avant la *missio in possessionem*, c'est-à-dire à une époque où le débiteur était encore libre d'administrer à sa guise sa fortune. La *venditio bonorum* ne comprend en effet que les biens composant le patrimoine au moment où les créanciers se font envoyer en possession. Toutefois, il y a des circonstances où l'acte présente à un si haut degré le caractère frauduleux que l'équité exige qu'il soit considéré comme non venu. Le débiteur, en effet, a pu le conclure à un moment où il se savait déjà insolvable et en vue de favoriser, au détriment de ses créanciers, le tiers avec qui il a traité. On ne peut donc maintenir cet acte et pourtant il faut aussi respecter le droit des tiers qui pourraient avoir agi de bonne foi. C'est ce double résultat qu'atteint la jurisprudence prétorienne, par l'interdit fraudatoire, l'action paulienne, la *restitutio in integrum*.

Ces trois moyens n'ont fait leur apparition que successivement sans qu'on puisse déterminer la date précise de leur introduction. En tout cas, s'ils ont été pratiqués simultanément pendant un certain temps, l'un d'entre eux, l'interdit, a cessé, à un moment donné, d'être en usage et a été remplacé par l'action paulienne. Celle-ci, bien qu'elle fût d'une application générale ne fit pas disparaître la *restitutio in integrum*. Ses principes reproduits par le droit français méritent une attention spéciale (V. art. 1167, C. civ.)⁽¹⁾.

1° *Action paulienne*. — L'action paulienne a son fondement dans la fraude commise par le débiteur, *fraudator, defraudator*. Le préteur la considère comme un délit qui, analogue à celui de dol, donne naissance à une action personnelle *in factum* tendant à la réparation du préjudice (14; 10, § 18. Dig., *Quæ in fraud.*, XLII, 8, Ulp.). Tous les actes par lesquels le débiteur a diminué son patrimoine : aliénations, obligations, remise de dette, etc., peuvent être attaqués ainsi. Il n'y a d'exception que pour ceux par lesquels il a simplement manqué de s'enrichir, tels, par exemple, que le refus de faire adition d'une hérédité à lui déférée⁽²⁾. Pour réussir dans

291. — (1) Le texte de l'Édit qui l'établit est rapporté par Ulpien, 1, pr. Dig., *Quæ in fraud.*, XLII, 8. L'action n'est désignée qu'une seule fois dans les sources sous le nom d'*actio pauliana* (38, § 4. Dig., *De usur.*, XXII, 1, Paul.). V. Girard, *Manuel élément.*, pp. 421, 423.

(2) Mais il faut que l'acte soit de nature à pouvoir être révoqué. C'est ainsi que les

leur action, les créanciers étaient tenus de prouver la fraude du débiteur, *consilium fraudandi*, c'est-à-dire la connaissance qu'avait le débiteur de son insolvabilité au moment où il avait fait l'acte, et le préjudice, *eventus damni*, c'est-à-dire l'influence de cet acte sur l'état d'insolvabilité qu'il avait contribué à créer ou à augmenter (3). Il fallait aussi que l'action fût intentée dans l'année utile depuis la *venditio bonorum* (4).

Théoriquement, l'action est possible contre le débiteur lui-même, puisqu'elle a pour source le délit de *fraus* commis par lui. Mais elle n'aboutira à aucun résultat utile (5). Aussi est-elle ouverte en pratique contre les tiers qui ont traité avec lui. Mais le succès est subordonné à des conditions différentes, suivant que ces tiers ont traité à titre onéreux ou à titre gratuit. Dans le premier cas le tiers, en échange du droit qu'il a obtenu, a fourni un équivalent qui a enrichi d'autant la masse. Révoquer l'acte qu'il a fait, c'est évidemment lui faire subir une perte et, par conséquent, sa situation est aussi digne d'intérêt que celle des créanciers. De lui, comme de ces derniers, on peut dire : *certat de damno vitando*. Aussi l'action n'est-elle recevable que s'il est complice de la fraude commise par le débiteur. On se montre au contraire plus sévère à l'égard du tiers qui a traité à titre gratuit avec le débiteur. Car, n'ayant fourni à la masse aucune valeur en échange de celle qu'il a reçue, il cherche à réaliser un gain au détriment des créanciers, *certat de lucro captando*. On sacrifie donc son intérêt à celui des créanciers, on révoque l'acte passé avec lui, sans rechercher s'il a ou non connu la fraude du débiteur (6). Sa bonne foi lui vaudra seulement de n'être tenu que jusqu'à concurrence de son enrichissement (6, §§ 8, 11. Dig., *Quæ in fraud.*, XLII, 8, Ulp.).

L'effet de l'action, c'est la révocation de l'acte frauduleux, c'est-à-

affranchissements émanant d'un débiteur ne peuvent être révoqués par l'action paulienne, la liberté une fois acquise étant considérée comme irrévocable. Il fallut la disposition formelle de la loi *Ælia Sentia* pour les faire tomber (V. n° 27).

(3) Comme on n'est certain de l'insolvabilité qu'après la *venditio*, on voit que l'action paulienne se rattache nécessairement à titre d'incident à la procédure de la *venditio*. Ainsi s'explique la place qu'elle occupe au Digeste et au Code (Dig., XLII, 8; Cod., VII, 75).

(4) L'annalité de l'action est une preuve de son caractère délictuel, les actions préto-riennes pénales étant toutes annales (V. n° 295).

(5) Il n'a plus de biens en effet pour répondre de la condamnation. Aussi Venuleius fait-il observer que ce qu'on obtient contre lui c'est une *pœna* (25, § 7. Dig., *Quæ in fraud.*, XLII, 8), qu'il ne pourra pas payer, ce qui l'exposera à la contrainte corporelle.

(6) Ici, l'action paulienne ressemble à l'*actio quod metus causa*; elle est *in rem scripta*, donnée contre ceux qui, sans être complices du délit, en ont profité. V. en ce sens : Girard, *Manuel élément.*, p. 421.

dire le rétablissement du patrimoine dans l'état où il était avant l'acte attaqué. Ainsi, les aliénations seront rescindées, et le juge ordonne au défendeur de retransférer la propriété des choses aliénées ainsi que tous leurs accessoires. De même, les obligations contractées en fraude seront tenues pour non avenues et le défendeur devra en faire acceptilation. Enfin, les créances dont le *fraudator* a fait remise, seront rétablies (14 ; 17, pr. Dig., *Quæ in fraud.*, XLII, 8, Ulp. Julian.) (7). A défaut par le défendeur de fournir aux créanciers ces satisfactions ordonnées par le juge, il était exposé à une condamnation pécuniaire. L'action paulienne fait, en effet, partie des actions arbitraires (V. n° 301, II).

2° *Restitutio in integrum*. — Les créanciers pouvaient aussi demander au préteur la *restitutio in integrum*, c'est-à-dire l'annulation de l'acte attaqué et le rétablissement des choses dans l'état antérieur. La *restitutio in integrum* persista même après la création de l'action paulienne. Mais il semble qu'on l'ait réservée pour le cas d'aliénation ou de constitution de droit réels. Le préteur sur la demande des créanciers, rescindait l'acte et leur permettait d'agir par l'action en revendication ou toute autre action *in rem* tendant à reprendre la chose et à la faire rentrer dans la masse. L'action ainsi restituée n'était donc que l'action qui avait appartenu au débiteur et qu'il avait perdue par l'effet de l'acte conclu avec le tiers. Le préteur rendait cette action aux créanciers, mais en y inscrivant une fiction consistant à supposer que l'acte frauduleux n'avait pas eu lieu. Cette action réelle fictive ne doit pas être confondue avec l'action paulienne, qui est *in personam* (8). Mais il est évident que les conditions auxquelles est subordonné son succès, tant à l'égard des créanciers qui l'intentent qu'à l'égard du tiers acquéreur contre qui elle est dirigée, sont identiques à celles exigées pour l'action paulienne.

292. — *Autres voies d'exécution sur les biens.* — *Pignus ex causa judicati captum et bonorum distractio.* — *La venditio bonorum* avait le grave inconvénient d'obliger les créanciers à vendre le patrimoine tout entier et d'exposer le débiteur à l'infra-

(7) Antérieur à la *missio in possessionem*, le paiement fait par le débiteur à l'un de ses créanciers doit être maintenu, car le créancier ne commet aucune fraude en recevant ce qui lui est dû (6, § 7. Dig., *Quæ in fraud.*, XLII, 8, Ulp.). Postérieurement à la *missio* il n'en est plus de même, car le créancier, en se faisant payer à un moment où la condition de tous doit être égale, a commis une fraude.

(8) § 6. Inst., *De act.*, IV, 6. C'est à tort qu'on a voulu voir dans cette action une variété de l'action paulienne, l'action paulienne *in rem*. Il n'y a là qu'une application de la *restitutio in integrum dato iudicio* (V. n° 307).

mie. A cela on n'avait trouvé d'autre remède que le bénéfice de *bonorum cessio* qui exonérait de l'infamie, ou le recours à un arrangement amiable avec les créanciers qui, en échange d'un dividende à recevoir, renonçaient à leur créance ainsi qu'à l'exercice de la *venditio bonorum*. Le *pignus ex causa judicati captum* et la *bonorum distractio* qui datent tous deux de l'Empire permirent d'arriver aux mêmes résultats, d'une façon plus directe et plus avantageuse pour les créanciers. Il a été parlé du *pignus* à propos de l'hypothèque (V. n° 224)⁽¹⁾. Quant à la *bonorum distractio* on a vu qu'elle fut introduite en faveur des personnes faisant partie de l'*ordo senatorius* pour leur éviter l'infamie (V. n° 30). Elle se distingue en outre de la *venditio bonorum* en ce qu'après la *missio in possessionem*, le magistrat désigne un *curator* chargé de vendre les biens isolément jusqu'à concurrence des sommes nécessaires pour désintéresser tous les créanciers. Il n'y a donc plus ici ni vente en masse, ni *successio per universitatem*. L'avantage pour les créanciers est clair. Car la liquidation d'un patrimoine était une opération assez longue, assez chanceuse. Les *bonorum emtores* ne devaient donc jamais offrir aux créanciers de dividendes fort élevés, en sorte que la *venditio bonorum* ne produisait pas toujours les résultats qu'une vente en détail eût pu donner. Avec la *bonorum distractio*, les créanciers ont plus de chance d'être payés. Aussi tendit-elle à se généraliser et à se substituer dans tous les cas à la *venditio bonorum*.

Troisième système de procédure.

Systeme extraordinaire.

293. *Origines de ce système. — Ses différences avec le précédent.* — La distinction du *jus* et du *judicium* était le trait caractéristique des procédures anciennes. Elle devait disparaître devant un principe nouveau encore en vigueur aujourd'hui dans les procès en matière civile. La fonction du magistrat et celle du juge au lieu d'être séparées sont désormais confondues ; le procès ne se décompose plus en deux phases ; l'instance se déroule du commencement jusqu'à la fin devant la même personne qui, sous le nom de *judex*, entend les parties et rend la sentence (V. n° 267).

292. — (1) Comme la *bonorum distractio*, le *pignus ex causa judicati captum* permet au créancier de se faire payer sur certains biens seulement, et par suite ne porte pas sur tout le patrimoine.

Des causes multiples contribuèrent à ce résultat. Sans vouloir les énumérer toutes, on va indiquer celles qui l'ont le plus directement préparé⁽¹⁾. Avec les progrès du régime absolu, les magistrats, surtout les magistrats de création impériale, *præfecti urbis, vigillum, annonæ*, sont devenus des délégués du magistrat suprême, de l'Empereur. Or, l'Empereur quand il rend la justice, statue comme l'avaient fait les Rois de l'époque légendaire. Il connaît du débat tout entier, sans renvoi à un *judex*. En tout cas, s'il se décharge de l'affaire sur un magistrat délégué, il lui confère le droit qu'il a lui-même d'examiner l'affaire dans son entier et de rendre la sentence. Il était naturel que cet exemple fût suivi par les magistrats. Telle était déjà la pratique dans les affaires de plus en plus nombreuses où l'on procédait par *cognitio*, en pleine floraison du système formulaire (V. n° 287). Il était dans l'ordre des choses que cette pratique se généralisât. La *cognitio extra ordinem judiciorum* devenait la procédure normale, celle de droit commun. De la sorte, le magistrat tendait à se transformer en juge⁽²⁾. Mais, par un mouvement en sens inverse, le juge se haussait au rôle du magistrat. Le système formulaire l'avait en effet associé plus pleinement que par le passé à l'œuvre de dire le droit (V. n° 277, note 7). Un double courant contradictoire, le second d'époque déjà très ancienne, tendait donc à égaliser les deux situations de magistrat et de juge.

En même temps s'accomplissait une autre transformation. Depuis Hadrien, les magistrats avaient perdu le droit de modifier par un édit nouveau les principes du droit proclamés par l'Édit, en sorte qu'ils étaient liés par ses prescriptions tout autant que le juge l'était autrefois par la loi elle-même (V. n° 13). Le magistrat devenait donc comme le juge un simple instrument d'application de la loi, sa fonction s'écartait de plus en plus de celle qu'il exerçait autrefois, lorsqu'à côté de la *jurisdictio* il avait le *jus edicendi*, lorsqu'il pouvait en même temps qu'appliquer la loi, la faire lui-même, en donnant des formules nouvelles ou en modifiant les formules existantes. Désormais, il n'est qu'un simple fonctionnaire, investi par l'autorité supérieure du droit d'appliquer la loi à la contestation

293. — (1) V. sur cette question des origines du système nouveau : Girard, *Manuel élément.*, pp. 1055 et suiv. ; Sohm, *Institutionen*, § 57.

(2) Il est bien clair qu'il y a eu des influences accessoires. Par exemple, les transformations de la procédure criminelle, la disparition des *questiones perpetuæ* où le magistrat jugeait avec l'assistance de *judices*, la généralisation par conséquent de la poursuite criminelle *extra ordinem*, ont dû habituer les esprits à voir dans le magistrat un simple jugeur.

qui lui est soumise. De là vient la force des décisions qu'il rend, de là aussi le droit de contrôle sur ces décisions elles-mêmes, attribué à d'autres plus élevés que lui dans la hiérarchie des magistratures. Ces principes sont encore aujourd'hui ceux sur lesquels repose l'organisation judiciaire de la plupart des États européens.

Le mouvement qui a amené la disparition de l'*ordo judiciorum privatorum* et le triomphe définitif de la *cognito extra ordinem* s'est accusé avec netteté dès le temps des Sévères pour se précipiter au moment où avec Dioclétien, le régime constitutionnel romain a toutes les allures des monarchies absolues. Une constitution de ce prince, consacre ou plutôt constate officiellement le nouvel ordre de choses. Elle prescrit en effet aux magistrats de garder autant que possible la connaissance des litiges, sans toutefois leur interdire absolument de les renvoyer à des *judices*, s'ils se trouvaient trop chargés de besogne (2. Cod., *De ped. jud.*, III, 3) (3). Sous Justinien tous les *judicia* sont devenus *extraordinaria* (§ 8, *Inst. De interd.*, IV, 15).

Il est clair que cette transformation profonde de l'ordre judiciaire dut par voie de répercussion modifier la procédure. Ainsi se forma un système nouveau, le système dit extraordinaire, puisqu'il est la généralisation pour tous les procès civils de la procédure *extra ordinem*. En quelques traits on va signaler les différences notables qui le séparent du précédent.

1° Le débat est aussi libre qu'autrefois. Il l'est même plus, en ce sens qu'il ne tend plus à l'obtention d'une formule écrite, proposée par le demandeur, acceptée par le défendeur. Le *jus* et le *judicium* n'étant plus distincts, une *formula* est inutile (4).

2° Puisqu'il n'y a plus besoin de formule, il n'est pas nécessaire que le défendeur soit présent pour concourir à l'organisation de l'instance. L'instance peut être suivie contre lui par défaut. C'est la procédure de l'*eremodicium* (5).

3° Le moment où l'instance est liée, n'est donc plus marqué par un acte formel, œuvre des parties. Mais il a toujours une grande importance, puisque le juge doit s'y référer pour apprécier l'existence et l'étendue du droit en litige. S'il n'y a plus de *litis contestatio*, il faut qu'il y ait quelque chose qui en tienne lieu. Aussi ad-

(3) Mais ces *judices* appelés *pedanei*, ne sont pas des *judices* dans le sens où on l'entendait sous le système formulaire. Ce sont des délégués du magistrat. Ils connaissent du procès dans son entier en son lieu et place.

(4) La disparition des formules est constatée par deux rescrits des IV^e et V^e siècles (1; 2. Cod., *De formul.*, II, 57).

(5) V. Girard, *Manuel élément.*, p. 1061.

mit-on, à l'exemple de ce qui se passait dans la *cognitio extra ordinem*, que la *litis contestatio* est censée se produire dès l'instant où, devant le juge, les parties exposent pour la première fois leurs prétentions respectives (1. Cod., *De lit. cont.*, III, 9)⁽⁶⁾.

4° D'une façon générale, on peut dire que les pouvoirs du juge sont devenus plus larges. Et cela tient à la disparition de la formule qui nécessairement limitait son action pour la séparer de celle du magistrat. C'est ainsi qu'il peut, dans toutes les actions, tenir compte au défendeur des satisfactions qu'il a fournies au demandeur et l'absoudre; qu'il peut accueillir toutes les exceptions, sauf les exceptions dilatoires; qu'il peut condamner le défendeur *ad ipsam rem*, sans être tenu comme autrefois de prononcer une condamnation pécuniaire; qu'il peut condamner le demandeur, en cas de demande reconventionnelle formée par le défendeur; qu'il est compétent pour veiller à l'exécution de sa sentence. Il n'y a guère de limitations apportées au pouvoir du juge qu'en ce qui concerne la preuve. Le Bas-Empire a inauguré le régime des preuves légales. La tendance à la réglementation qui caractérise l'époque ne pouvait manquer de produire ici ses fâcheux effets. La liberté de juger et de peser les preuves allait, elle aussi être amoindrie. Aux titres *de probationibus* et *de testibus* au Code de Justinien il y a tout un groupe de constitutions où les Empereurs graduent les preuves selon leur importance relative, proscrivent la force probatoire de certaines d'entre elles en présence d'autres⁽⁷⁾.

5° L'instance qui finit normalement par la sentence peut s'éteindre aussi d'une façon exceptionnelle par la péremption, dont le délai fixé à trente ans par Théodose, est ramené à trois ans par Justinien (13, § 1. Cod., *De jud.*, III, 1) (V. art. 397, C. pr. civ.).

6° Les voies de recours sont, à côté de l'appel, voie ordinaire, la *revocatio in duplum* et la *restitutio in integrum* (V. n° 288).

7° Les voies d'exécution sont : l'exécution *ad ipsam rem* quand elle est prescrite par le juge; le *pignus ex causa judicati captum*, ordonné par le juge et en cas d'insolvabilité la *distractio bonorum* (V. n° 292).

(6) Rappelons que sous Justinien la *litis contestatio* perd de son importance : elle ne produit plus son effet extinctif (V. nos 214, 220).

(7) Constantin surtout s'est signalé dans cette œuvre de réaction qui n'a pas été sans influence sur notre droit du moyen âge et par contre coup sur le droit moderne.

III. — DES ACTIONS EXCEPTIONS ET AUTRES VOIES DE DROIT

I. — Des actions.

294. — *Notion de l'action. — Classifications des actions.* — Le mot action a diverses significations. L'action est, soit la faculté de recourir à l'autorité judiciaire pour obtenir d'elle la reconnaissance des droits contestés ou violés, soit le fait d'exercer ce recours. Ces deux acceptions sont indépendantes des formes de la procédure. Mais le mot action a une autre signification. Par là on entend la façon d'agir, la forme extérieure que revêt l'exercice du recours en justice. Cette forme varie nécessairement avec les systèmes de procédure. Ainsi, sous les *legis actiones*, l'*actio* est l'accomplissement des rites solennels prescrits pour faire valoir son droit (V. n° 271). Toute poursuite qui se traduisait par des actes autres que ceux-là n'était pas une *actio*. Aussi, lorsque parurent les premières formules, le nom d'*actio* ne fut pas donné à la nouvelle forme de réclamer un droit, introduite par le préteur. On l'appela *judicium*, c'est-à-dire le fait de s'adresser au magistrat pour obtenir une *formula* et l'organisation d'une instance devant le ou les juges. L'*actio* et le *judicium* se font donc originairement antithèse (1). Plus tard, on a confondu ces deux expressions. Le *judicium* organisé par le droit prétorien fut appelé *actio*, sans distinction entre les formules d'origine civile et celles d'origine prétorienne (2). Enfin, avec le système extraordinaire d'où les formes sont presque absolument bannies, l'*actio* n'a plus d'autre signification que le sens général : recours à la justice, exercice de ce recours.

On sait qu'à chaque droit correspond une action où se reflètent les caractères du droit qu'elle sanctionne. L'étude des actions se confond donc avec celle des différents droits, droits de famille, droits réels, droits de créance. Aussi n'est-il plus nécessaire d'envisager les actions en elles-mêmes, au point de vue de leur histoire,

294. — (1) Les patientes recherches de Wlassak, *Processgetzê*, ont contribué à dégager définitivement cette opposition. Elle apparaît dans la façon dont s'exprime l'Édit. *Judicium dabo*, dit le préteur, lorsqu'il accorde une action que le droit civil n'admettait pas. Si l'action existe *jure civili*, elle n'a pas à être donnée par le préteur. On l'a par avance. De là l'opposition très nettement indiquée, par exemple dans Gaius (IV, 112) entre les actions *quæ ipso jure competunt aut a prætore dantur*.

(2) V. encore dans Julianus, 39, pr. Dig., *De noxal. act.*, IX, 4, l'antithèse entre la *juris civilis actio* et le *judicium honorarium*.

de leurs conditions d'exercice, de leurs effets, sauf pour quelques-unes, intentionnellement laissées de côté pour des raisons de méthode. Il reste à donner un tableau aussi complet que possible des classifications des actions.

295. — *Première division des actions : Actions civiles et actions honoraires.* — Au point de vue de leur origine, les actions se divisent en actions civiles ou honoraires, selon la source de droit à laquelle elles doivent leur création. Cette division, très importante au point de vue historique, n'a d'intérêt pratique qu'au point de vue de la durée de l'action (1). Civile, elle était perpétuelle; honoraire, elle était annale lorsqu'elle dérivait d'un délit ou quasi-délit, sinon elle était perpétuelle (G. IV. 110; 35, pr. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7, Paul) (2). Cette différence diminua d'importance lorsque Théodose eut décidé que les actions perpétuelles se prescriraient dorénavant par trente ans (1, Cod. Théod., *De act. cert. tempor. fin.*, IV, 14) (V. art. 2262, C. civ.).

Deuxième division des actions : Actions in jus et actions in factum. — On a déjà vu cette division qui se rattache aussi à l'origine des actions (V. n° 278). On a montré que l'action *in factum* sert le plus souvent à sanctionner des droits de création nouvelle, pour la garantie desquels le droit civil n'offre point d'action qui puisse servir de modèle au préteur. Parfois aussi le préteur a usé de l'action *in factum* pour étendre le domaine d'application d'une action du droit civil. C'est ce qu'il fait, lorsqu'il donne l'action *in factum ad exemplum legis Aquiliæ* (V. n° 181). L'action *in factum* fait alors partie de la catégorie des actions utiles dont il va être parlé.

Troisième division des actions : Actions directes et actions utiles. — A l'action directe, *actio directa*, on oppose l'action utile, *actio utilis*. Celle-ci n'est que l'application d'une action civile ou honoraire à un cas pour lequel cette dernière n'avait pas été primitivement faite. Dans un droit comme le droit romain, où les conditions d'exercice de chaque action étaient strictement déterminées à l'avance par la loi ou l'édit qui l'avait établie, la création des actions utiles s'imposait (3). Il arrivait souvent, en effet, que malgré l'ab-

295. — (1) La rédaction de la formule exprime de diverses manières cette différence d'origine (V. n° 278), qui se traduisait également par une différence de nom (V. n° 294).

(2) La non perpétuité de certaines actions honoraires décèle souvent leur caractère pénal. V. pour les actions édilitiennes, n° 150, note 8; pour l'action *de pecunia constituta*, n° 165, note 4.

(3) Il y a par conséquent des actions utiles, extension d'actions civiles, et des actions utiles destinées à élargir le cercle d'application des actions honoraires. Citons parmi

sence des conditions auxquelles était subordonné l'octroi de l'action, on jugeait à propos d'accorder l'action. C'est alors qu'elle était donnée à titre utile, *utilitatis causa*, parce qu'on considérait qu'il y avait utilité à étendre le champ d'application trop restreint de l'action directe, c'est-à-dire de l'action telle qu'elle avait été créée originellement par le droit civil ou honoraire (11. Dig., *De præscr. verb.*, XIX, 5, Pomp.). Aussi l'action utile est toujours de date plus récente que l'action directe qui lui a servi de modèle et dont elle emprunte d'ailleurs tous les effets (47, § 1. Dig., *De neg. gest.*, III, 5, Paul). C'est seulement par conséquent au point de vue de la rédaction de la formule qu'il y a intérêt à distinguer les actions directes et utiles. Celles-ci, en effet, n'étant que des imitations de l'action directe, ou bien reproduisent sa formule mais avec une fiction, ou bien ont une formule conçue sur le modèle de la formule ordinaire, mais rédigée *in factum* (4).

Quatrième division des actions : Actions tendant à obtenir une condamnation et actions préjudicielles. — En principe, l'action tend à obtenir une condamnation contre le défendeur. Il n'en est autrement que dans les actions dites préjudicielles, *præjudicia* (5). Ici, le demandeur cherche à faire constater judiciairement un droit ou un fait, sauf à tirer ultérieurement parti de la *sententia*, si elle est à son profit, lors d'un nouveau procès qu'il veut intenter ou qu'on intentera contre lui. Les plus importantes des actions préjudicielles ont trait aux questions d'état. Ce sont les *præjudicia de libertate, de ingenuitate, de civitate*, où la question posée au juge est de savoir si telle personne est libre ou esclave, affranchie ou ingénue, si elle a ou non le droit de cité.

Le plus connu de ces *præjudicia* est celui *de libertate*, appelé aussi *liberalis causa*. L'action prend alors des noms différents selon que la personne dont l'état est contesté est demanderesse ou défenderesse. Dans le premier cas, il s'agit d'un esclave qui se prétend libre; l'action est appelée *proclamatio* ou *vindicatio in libertatem*. Dans le second cas, il s'agit d'une personne considérée comme libre qui est revendiquée comme esclave par un tiers; l'ac-

les premières : l'*actio publiciana*, les actions données à ou contre le *bonorum possessor*, l'*actio ad exemplum legis Aquiliæ* (V. nos 111, 112, 299, 236, 249, 181). Parmi les secondes on notera l'action *ad exemplum institoria actionis* (V. n° 195).

(4) Il résulte de là que toute action fictive est nécessairement utile (G. IV, 34, 35, 36). Mais toute action *in factum* n'est pas dans ce cas, car il en est qui, ainsi qu'on l'a vu à propos de la deuxième division des actions, sont de franches innovations prétoriques, non calquées sur une action du droit civil.

(5) Dans le système formulaire, les *præjudicia* se distinguent des autres actions en ce que la formule n'a que l'*intentio* et n'a pas de *condemnatio* (V. n° 280).

tion s'appelle *vindicatio in servitutem* (6). Dans l'un et l'autre cas, la *liberalis causa* est soumise à deux règles qui remontent aux XII Tables : la personne dont l'état est en jeu ne peut pas plaider par elle-même et doit se faire remplacer par un *assertor libertatis*; durant tout le procès elle demeure libre (7). Sous Justinien, la *liberalis causa* existe encore, mais l'intervention de l'*assertor* a été supprimée.

Cinquième division des actions : Actions in rem et actions in personam. — Cette division correspond à celle des droits en droits réels et personnels (8). Aussi est-elle la plus compréhensive de toutes. Seuls les *præjudicia* restent en dehors puisque n'aboutissant pas à une condamnation, ils n'ont pas d'influence directe sur la composition du patrimoine.

I. *Actions in rem.* — Les actions *in rem* sont la sanction des droits réels. Or ceux-ci sont reconnus par le droit civil ou par le droit prétorien (V. n° 74). Les actions *in rem* sont donc civiles ou prétoriennes. Il n'y a que quatre actions *in rem* civiles : 1° la *rei vindicatio*, 2° la *petitio hereditatis*, 3° l'*actio confessoria*, 4° l'*actio negatoria* (V. nos 296, 297, 298). Les actions prétoriennes *in rem* sont de deux sortes. Les unes sont des actions originales qui n'ont point de modèle dans le droit civil. Elles sont peu nombreuses. Ce sont les actions *serviana* et *quasi serviana* ou *hypothecaria* (V. n° 223). Les secondes ne sont que les actions du droit civil étendues *utilitatis causa*. Elles correspondent par conséquent aux quatre types d'actions *in rem* civiles ci-dessus. Ce sont : 1° La *rei vindicatio* donnée *utilitatis causa* au propriétaire d'un fonds provincial, au superficiaire, à l'emphytéote, à celui qui n'a que l'*in bonis* ou la possession de bonne foi. Cette action, dans ces deux derniers cas, porte le nom d'action publicienne (V. nos 111, 112, 299). 2° La *petitio hereditatis* donnée aux *bonorum possessores* sous le nom de *petitio hereditatis possessoria*, et au fidéicommissaire universel qui a reçu la restitution conformément au sénatusconsulte Trébellien, sous le nom de *petitio hereditatis fideicommissaria* (V. nos 236, 249, 262). 3° L'*actio confessoria* donnée au superficiaire et à l'emphytéote pour réclamer la servitude prédiiale qui appartient

(6) On a vu que l'affranchissement *vindicta* s'accomplit par un procès fictif en revendication de la liberté sous la forme d'une *proclamatio in libertatem* (V. n° 26).

(7) Cette dernière règle est fort ancienne. La loi des XII Tables l'avait empruntée aux vieilles coutumes antérieures. Appius Claudius le décemvir, lors du procès de Virginie, avait volontairement méconnu cette disposition (2, § 24. Dig., *De origin. jur.*, I, 2, Pomp.) (Liv., III, 44, 48, 56, 57).

(8) Gaius (IV, 1) la place en tête de ses divisions des actions. A propos de la formule, on a vu comment s'y reflète le caractère réel ou personnel de l'action (V. n° 278).

au fonds sur lequel s'exerce leur droit. 4° L'*actio negatoria utilis* par laquelle ces mêmes personnes tendent à établir que le fonds est libre de toute servitude.

Toutes ces actions auraient dû être étudiées à propos des droits auxquels elles servent de sanction. Des raisons de méthode ont fait différer ces explications qui trouvent ici mieux leur place (V. n^{os} 296-299).

II. *Actions in personam*. — *Actions prétendues mixtes tam in rem quam in personam*. — L'action *in personam* est la sanction du droit d'obligation. Il n'est donc nécessaire ni de donner l'énumération des diverses actions qui ont ce caractère, ni d'entrer dans l'examen des particularités de chacune d'elles. Ces questions ont été traitées à propos de la théorie des obligations.

Entre les actions *in rem* et *in personam* y a-t-il une catégorie intermédiaire d'actions, auxquelles conviendrait le nom de mixtes, qui seraient *tam in rem quam in personam*? Justinien paraît attribuer ce caractère aux actions *familiæ herciscundæ, communi dividundo, finium regundorum* (§ 20. Inst., *De act.*, IV, 6). Or, elles sont, sans contredit, personnelles, puisqu'elles sanctionnent les obligations que font naître l'indivision ou le voisinage (V. n^{os} 185, 186). Elles aboutissent, il est vrai, parfois à l'établissement d'un droit réel (de propriété ou de servitude) au profit d'une des parties. Tel est le résultat du pouvoir d'*adjudicatio* donné au juge. Mais il n'y a là qu'une analogie apparente avec les actions réelles. Il faut se garder d'en être dupe (9). En effet, dans l'action en revendication, prototype des actions réelles, la décision du juge relative à l'attribution de propriété est déclarative : elle ne crée pas un droit nouveau, elle ne fait que reconnaître l'existence d'un droit de propriété antérieur au procès. Au contraire, dans ces trois actions, l'*adjudicatio* attribue la propriété à une partie qui ne l'avait pas encore, et cette décision loin de consacrer un droit de propriété préexistant, a pour effet d'établir un droit de propriété absolument nouveau. Or ce transfert de propriété auquel peut aboutir l'action n'est pas suffisant pour en faire une action réelle, car ce qui détermine le caractère d'une action, c'est, non ses résultats, mais la nature réelle ou personnelle du droit préexistant que l'action sanctionne (10).

(9) Le langage des Institutes montre bien que dans la pensée de leurs rédacteurs, il n'y a là qu'une simple comparaison dépourvue de toute portée scientifique ; ils eussent mieux fait de ne pas l'indiquer : *Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur*, etc.

(10) Mais les textes appellent avec raison ces actions *mixtæ*, en ce sens que chacune

296. — *Actions in rem civiles.* — 1^o *Action en revendication.*

— La revendication, *rei vindicatio*, la plus importante des actions *in rem*, sert de sanction au droit de propriété, *dominium ex jure quiritium*. Par elle, le propriétaire qui a perdu la possession de la chose ou simplement la détention, fait valoir son droit de propriété à l'encontre de tout tiers détenteur, et ce droit une fois prouvé, obtient comme conséquence la restitution de la chose et des accessoires de celle-ci. Mais cette notion de la revendication n'est pas celle du droit primitif, elle n'est pas non plus celle qui a définitivement prévalu. C'est celle du droit classique. La procédure tendant à faire restituer au propriétaire la chose qu'il n'a plus et qui se trouve aux mains d'un autre qui refuse de la rendre, a donc passé par des variations dont la reconstitution est curieuse à plus d'un titre (1).

I. On connaît déjà la procédure de la revendication sous les *legis actiones*. On sait qu'on lui appliquait le procédé du pari, *sacramentum* (V. n^o 272). En réalité, le débat *in jure* était moins dirigé contre l'adversaire que contre la chose elle-même, appréhendée par force, *quæ in jure vindicatur* (G. IV, 16). Et de là le nom : *rem vindicare, rei vindicatio*, revendication. Mais il n'en était plus de même *in judicio*. Pour l'esprit simpliste des Romains primitifs, le procès relatif à la propriété ne se conçoit en effet qu'entre deux personnes prétendant l'une et l'autre à ce droit, voulant chacune la chose au même titre. Ils n'admettaient pas que le procès pût se lier *in jure*, se suivre *in judicio*, contre tout tiers détenteur. Toute personne ne pouvait pas répondre à l'action. Il fallait se dire aussi propriétaire; opposer à la *vindicatio* une *contra vindicatio* (G. IV, 16). La seconde phase du débat, avait donc un caractère *in rem* moins marqué que la première.

II. Les choses changèrent lorsqu'on appliqua à la réclamation du *dominus* la procédure par formule (2). Les cérémonies symbo-

des parties y remplit à la fois le rôle de demandeur et de défendeur, particularité qui leur a fait aussi donner le nom de *judicia duplicia* (37, § 1. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7, Ulp.) (V. n^o 280).

296. — (1) L'histoire de ces transformations est sommairement retracée dans Gaius (IV, 91 et suiv.) auquel il faut joindre Cicéron, *In Ferr.* 2, act. II, 12; *Pro Mur.* 12. V. les détails dans Girard, *Manuel élément.*, pp. 333-344; G. May, *Grande Encyclopédie*, v^o *Revendication*.

(2) L'application du système nouveau à la revendication se fit attendre plus longtemps que pour les actions *in personam*. La transition fut ménagée par l'emploi de la *sponsio* imitation du *sacramentum* (V. n^o 276, note 7). La procédure *per sponsionem*, bien que soumettant la question de propriété d'une façon indirecte à la décision du juge, comme dans le *sacramentum*, a déjà des traits du système nouveau. L'action n'y est plus double. Il y a un demandeur qui doit prouver son droit, un défendeur qui n'a qu'à

liques de la *legis actio* sont supprimées. On ne procède plus *in jure* à la lutte simulée sur la chose, à la *vindicatio*. Le réclamant tend vers elle, *petere, petitio*, sans l'appréhender par la force. Le préteur met à sa disposition une formule, la *petitoria formula* où il réclame la chose comme sienne : *intendit rem suam esse* (G. IV, 91, 92). Or, la réclamation de la chose pouvant s'adresser à celui qui la détient, même s'il ne se dit pas propriétaire, on conçoit qu'on ait désormais donné l'action contre tout possesseur. Elle conserva il est vrai, son nom d'autrefois, *rei vindicatio*, mais elle devint *in rem* avec le sens qu'on a attribué depuis à cette expression. On peut dire d'elle qu'elle est l'action du propriétaire qui ne possède pas contre le non-propriétaire qui possède (3). A partir de ce moment, la pratique va dégager une à une les règles que formulent les textes classiques et qui précisent les conditions d'exercice de l'action et ses effets.

1° *Conditions d'exercice de l'action*. — Elle n'a pour objet que les choses dont on peut avoir le *dominium ex jure quiritium*. Elle n'est donnée qu'à celui qui se prétend *dominus* et à la condition qu'il ait été dépossédé. Si donc le propriétaire a la chose, il aura beau se prétendre troublé dans sa possession, il ne pourra agir par revendication contre les auteurs du trouble, il aura seulement la voie des interdits (§ 2. Inst. *De act.*, IV, 6; 1, § 6. Dig., *Uti possidet.*, XLIII, 17, Ulp.). Il n'y a donc pas ici une action *negatoria* comme celle qui existe en matière de servitudes. Un propriétaire qui se voit contester son droit ne peut, dès à présent, et sans attendre d'être dépossédé, agir contre son adversaire (V. n° 298). Cette action aurait cependant été avantageuse à celui qui, ayant des preuves sujettes à disparaître par la suite, aurait voulu les produire immédiatement. La revendication est donnée, non plus contre celui qui se prétend propriétaire, mais contre le possesseur véritable, contre le simple détenteur, en un mot contre quiconque ayant la chose en main, a la possibilité de la rendre : *ab omnibus qui tenent et habent restituendi facultatem* (9. Dig., *De rei vind.*, VI, 1, Ulp.).

2° *Sort de la chose revendiquée durant l'instance*. — La possession de la chose revendiquée n'est plus, comme autrefois, attribuée

le nier. Il est probable aussi que c'est là qu'on a usé tout d'abord de l'interdit pour attribuer les rôles respectifs aux parties dans le débat ultérieur, sur le pétitoire. La procédure *per sponsionem* a préparé les esprits à des conceptions différentes de celles qui avaient cours sous l'empire de la *legis actio*, elle a facilité l'introduction de la *petitoria formula*.

(3) C'est la définition donnée par Sohm, *Institutionen*, § 65.

par le magistrat à celui des plaideurs qu'il lui plaît (V. n° 272). Elle reste provisoirement à celui contre qui l'action est intentée, au défendeur. Seul le demandeur aura à prouver son droit de propriété. Le défendeur n'élève pas de prétention rivale à la propriété, il n'a rien à prouver. Pour triompher et garder la chose, il lui suffira de réduire à néant les preuves alléguées par son adversaire. De là est venue l'importance de la position de défendeur et le rôle des interdits possessoires, *uti possidetis, utrubi*, servant de préliminaire à l'action en revendication et fixant par avance les positions respectives des deux adversaires dans le procès sur le fond, *uter possidere, uter petere debeat* (G. IV, 148) (V. n° 306).

3° *Effets de la revendication.* — Le juge prononce directement sur la prétention du demandeur, *rem suam esse ex jure quiritium*, sans passer par la voie détournée par laquelle il arrivait autrefois à la solution du litige. Mais le juge ne se borne pas à une simple *pronuntiatio*, à une déclaration de droit concernant la réclamation portée devant lui. Il en déduit immédiatement les conséquences. Il absout ou condamne. Il y a absolution, lorsque le demandeur ne peut pas faire la preuve de son droit de propriété, ou lorsque le défendeur oppose avec succès une exception, telle par exemple l'*exceptio rei venditæ, donatæ, etc., et traditæ* (4). Il en est encore ainsi lorsque, se conformant au *jussus* du juge, le défendeur fournit toutes les satisfactions arbitrées par celui-ci, la revendication étant en effet du nombre des actions arbitraires (V. n° 304, II). Ces satisfactions se résument dans l'obligation de restituer la chose et ses accessoires, *rem et causam*. La *causa* comprend entre autres les fruits produits par la chose depuis la *litis contestatio* (5). Si le défendeur est de mauvaise foi, il doit même les fruits depuis le jour de son entrée en possession. Le possesseur de bonne foi au contraire, fait siens les fruits perçus jusqu'au jour de la *litis contestatio* et, par suite n'est pas responsable de ceux qu'il a négligé de percevoir (V. n° 97). On a vu que cette règle fut quelque peu modifiée dans le dernier état du droit, où le possesseur de

(4) L'*exceptio rei venditæ, donatæ et traditæ* est fondée sur ce fait que le demandeur lui-même a mis le défendeur en possession, en vertu d'une *justa causa* qui l'obligeait à le faire (V. nos 149, 168). La demande peut aussi échouer devant l'*exceptio doli* opposée par un défendeur auquel on refuse de rembourser ses impenses nécessaires et la plus-value due à ses impenses utiles. Le possesseur de mauvaise foi n'a droit qu'aux premières. *Adde*, Girard, *Manuel élément.*, p. 340.

(5) Peu importe que le défendeur les ait perçus ou qu'il ait négligé de les percevoir. A signaler aussi comme faisant partie de la *causa* : les actions données au possesseur à l'occasion de la chose, telles que les actions *furti, legis Aquiliæ*.

bonne foi était tenu de restituer les fruits qu'il n'avait pas consommés (6).

III. On a vu l'action en revendication donnée contre tout détenteur se substituer à l'action donnée contre celui qui se prétend *dominus*. A la fin de l'époque classique on alla plus loin encore. On admit l'action contre des personnes qui ne possédaient plus, ayant cessé de posséder par dol, *qui dolo desiit possidere*, ou qui n'ayant jamais possédé s'étaient frauduleusement présentées comme possédant, *qui liti sese obtulit* (7). Ces solutions nouvelles tendaient à altérer singulièrement le caractère de la revendication. Dans ces deux cas en effet l'action ne tend plus à la réclamation de la chose, elle tend à obtenir une indemnité contre celui qui la doit comme l'ayant perdue, ou qui s'est donné frauduleusement comme la devant. C'est l'idée d'obligation qui pénètre dans le domaine de l'action réelle et vient la compliquer d'un élément étranger. L'action en revendication du Bas-Empire, bien que présentée aux Institutes comme type de l'action *in rem*, affecte un caractère composite qui ne permet plus de la distinguer aussi nettement qu'autrefois de l'action *in personam* (§ 1, Inst., *De act.*, IV, 6).

297. — *Actions in rem civiles* (Suite). — 2° *Pétition d'hérédité*. — Cette action est la sanction du droit à l'hérédité (1). Elle est donnée à celui qui se prétendant *heres*, veut faire reconnaître ce titre qui lui est contesté, et comme conséquence demande la totalité de l'hérédité, soit tel ou tel bien qui en fait partie. Ainsi apparaît la différence fondamentale qui la sépare de la *rei vindicatio*. L'objet direct et immédiat de la *petitio hereditatis* ce n'est pas telle ou telle chose déterminée, mais bien le droit à l'hérédité tout entière. Aussi l'action est-elle dite *petitio* ou *actio in rem generalis*, par opposition à la revendication dite *specialis in rem actio*.

1° *Conditions d'exercice*. — L'objet de l'action étant la reconnaissance du titre d'*heres*, elle est donnée à quiconque se prétend, en vertu du droit civil, héritier testamentaire ou *ab intestat*. L'action est ouverte contre tout *possessor pro herede*, c'est-à-dire contre celui qui, se posant en rival de l'héritier demandeur, prétend qu'il

(6) Ce changement est dû à l'influence du sénatusconsulte Juventien qui traite le possesseur de bonne foi aussi durement que le possesseur de mauvaise foi (V. n° 297).

(7) V. détails et textes dans Girard, *Manuel élément.*, pp. 339 et note 1.

297. — (1) La procédure de la *petitio hereditatis* a dû passer par les phases qu'on a décrites à propos de la *rei vindicatio* (V. n° 296). Mais les documents font défaut pour reconstituer cette évolution.

a le droit, en qualité de successeur *in universum jus*, de conserver les choses ou valeurs qu'on lui réclame. Tel est le cas d'un individu qui se prétend *heres* ou simplement *bonorum possessor*. Mais l'action est également donnée contre le *possessor pro possessore*, c'est-à-dire celui qui ne peut alléguer d'autre titre à l'appui de sa possession que le fait de cette possession elle-même (9. Dig., *De heredit. pet.*, V. 3, Ulp.)⁽²⁾. Le défendeur peut être d'ailleurs un *possessor rei* ou un *possessor juris*. Le *possessor rei* est celui qui détient une chose corporelle faisant partie de l'actif héréditaire, le *possessor juris* est celui qui entend conserver et exercer un droit appartenant à l'hérédité, tel par exemple un débiteur qui, sous prétexte qu'il est héritier du créancier, refuse de payer en invoquant l'extinction de la dette par l'effet de la confusion (13, § 15. Dig., *De hered. pet.*, V, 3, Ulp.).

2° *Sort de l'hérédité durant l'instance.* — Comme dans la revendication, la possession intérimaire est laissée au défendeur. On voit par là l'intérêt qu'on avait à obtenir au préalable la *bonorum possessio*. Le *bonorum possessor* ayant la possession jouait le rôle de défendeur, ce qui mettait la preuve à la charge de son adversaire (V. n° 236).

3° *Effets de l'action.* — Ils sont les mêmes que dans la revendication. Mais ces deux actions diffèrent en ce qui concerne les restitutions à opérer par le défendeur. Des règles spéciales furent posées à ce sujet par une pratique assez récente dont le point de départ fut un sénatusconsulte, dit Juventien, rendu conformément à une *oratio* d'Hadrien⁽³⁾. On décida, en effet, qu'à l'égal d'un possesseur de mauvaise foi, le possesseur de bonne foi ne doit rien conserver des profits qu'il a pu retirer de sa possession : *omne lucrum auferendum tam bonæ fidei possessori quam prædoni* (28. Dig., *De hered. pet.*, V, 3, Paul). C'est ainsi qu'il est tenu de restituer le prix des choses héréditaires qu'il a aliénées avant d'être

(2) L'action donnée contre le *possessor pro possessore* est une singularité, dont l'explication paraît fournie par l'*usucapio pro herede*. Alors que tout possesseur pouvait, grâce à cette usucapion, acquérir l'hérédité, sa possession faisait de lui le contradicteur de l'héritier véritable, qu'il pouvait ainsi dépouiller de ses droits.

(3) Le texte du sénatusconsulte est rapporté par Ulpien, 20, § 6, Dig., *De hered. pet.*, V, 3. Il faut rapprocher cette décision d'un autre sénatusconsulte, rendu sous le même prince, et d'après lequel l'*usucapio pro herede* ne permet plus de repousser la *petitio hereditatis* (G. II, 57). Il est vrai que le sénatusconsulte Juventien est une décision d'espèce. Mais il s'inspire du même esprit : protéger efficacement l'héritier qui intente la *petitio hereditatis*. En tout cas, l'*oratio* précédant le sénatusconsulte Juventien paraît avoir été conçue en termes plus généraux que la décision sénatoriale, et c'est de là qu'on a dû tirer l'application extensive qu'on en fit par la suite (20, § 9. Dig., *De hered. pet.*, V, 3).

actionné par la *petitio hereditatis* (4). De même, il doit les fruits qu'il a perçus et qu'il n'a pas encore consommés, tandis qu'autrefois, il les faisait siens, alors qu'il ne les avait pas consommés. Les fruits en effet, forment un accroissement naturel de la chose, *augent hereditatem*. Ils doivent être restitués avec elle (5).

298. — *Actions in rem civiles* (Suite). — 3° et 4° *Action confessoire et Action négatoire*. — 3° *Action confessoire*. — L'*actio confessoria* est donnée au titulaire d'une servitude prédiiale ou personnelle contre tous ceux qui contestent l'existence de la servitude, ou en entravent l'exercice (G. IV, 3). Elle est au droit de servitude ce que la revendication est au droit de propriété (2, § 1. Dig., *Si servit. vind.*, VIII, 5, Ulp.). Mais, à la différence de la revendication, elle appartient non seulement à celui qui ne possède pas, mais encore à celui qui, exerçant déjà la servitude contestée, en a la *quasi possessio*. De là résulte que l'action est possible même contre ceux qui ne possèdent pas. Les règles suivies pour le règlement de la possession intérimaire, pour l'office du juge et les restitutions à faire sont les mêmes que pour l'action en revendication.

4° *Action négatoire*. — On appelle ainsi l'action par laquelle un propriétaire prétend faire reconnaître que sa chose est libre de toute servitude prédiiale ou personnelle (G. IV, 3; 2, pr. Dig., *Si servit. vind.*, VIII, 5, Ulp.)⁽¹⁾. Pour pouvoir l'intenter, il n'est pas nécessaire qu'on ait perdu la possession des droits que l'adversaire prétend exercer à titre de servitude sur la chose. De là résulte que l'action est ouverte non seulement contre ceux qui exercent déjà la servitude à laquelle ils élèvent des prétentions, mais aussi contre ceux qui ne l'exercent pas et n'en ont pas par suite la *quasi possessio* (2). Ici encore, les règles relatives au règlement de la possession intérimaire, à l'office du juge, aux satisfactions à fournir au demandeur sont celles de la revendication.

(4) Il s'opère ici une subrogation du prix à la chose : *in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse*, disait l'*oratio* d'Hadrien (22. Dig., *De hered. pet.*, V. 3, Paul.).

(5) C'est cette règle qui a fini par être appliquée à la revendication, au Bas-Empire (V. n° 296, note 6).

298. — (1) Il est évident qu'à chaque servitude correspond nécessairement et l'action confessoire par laquelle le titulaire du droit en réclame le bénéfice, et l'action négatoire qui tend à faire juger qu'elle n'existe pas (8 pr. Dig., *Si servit. vind.*, VIII, 5, Ulp.). Ce texte qualifie l'action négatoire d'*actio contraria*.

(2) Les prétentions du défendeur auraient pu se traduire par voie d'action confessoire dirigée contre celui qui entend faire considérer sa chose comme franche de toute servitude. La même personne pourra donc, suivant qu'elle aura ou non pris l'initiative des poursuites, être demanderesse à l'action négatoire ou défenderesse à l'action confessoire.

299. — *Actions in rem prétoriennes.* — *Action publicienne.*

— Les actions *in rem* prétoriennes sont presque toutes des actions utiles, calquées sur les actions du droit civil correspondantes. (V. n° 295) Parmi elles, l'action publicienne mérite seule une mention et une étude à part. Elle est donnée au possesseur en voie d'usucaper et lui permet de recouvrer la chose dont il avait commencé l'usucapion. Elle appartient donc au possesseur bonitaire et aussi au possesseur de bonne foi qui a reçu la tradition *a non domino*. Ces personnes avaient, il est vrai, la ressource des interdits, mais la voie possessoire paraissant insuffisante, un préteur nommé Publicius créa à leur profit une action pétitoire, l'action *Publiciana in rem* qui n'est que la *rei vindicatio* donnée à titre utile et sous la forme fictive (V. n°s 278, 295).

En accordant cette action au possesseur bonitaire, le préteur obéissait à de sérieuses considérations d'équité. La possession du bonitaire n'équivaut pas à la propriété, mais elle l'y conduit rapidement et sûrement, grâce aux délais fort courts de l'usucapion. Il mérite donc d'être protégé, d'autant plus qu'avant l'accomplissement de l'usucapion, personne, pas même le *nudus dominus*, n'a sur la chose de droits plus forts, plus complets que les siens. L'acquisition de la propriété n'est pour lui qu'une question de temps, en sorte qu'on peut sans inconvénient lui donner immédiatement cette action en revendication qu'il ne peut manquer d'avoir un jour. Mais comme on ne pouvait l'autoriser à agir par la *rei vindicatio* directe, il fallait introduire dans la formule de cette dernière une fiction qui consistait à supposer déjà accompli le délai de l'usucapion. Le possesseur agissait donc comme s'il était devenu propriétaire, *quasi dominus factus esset* (G. IV, 36). Mais il n'y avait aucune raison pour ne pas accorder aussi l'action au possesseur de bonne foi, auquel il ne manque également qu'une possession plus longue pour avoir le *dominium*. On finit par étendre cette protection au *dominus* lui-même, pourvu qu'il eût été, ne fût-ce qu'un instant, en possession. Il se comportera alors comme un possesseur en voie d'usucaper et qui a perdu la possession. De cette façon, il évitera les difficultés que présente toujours la preuve de la propriété, car il n'aura qu'à prouver la *justa causa* et le fait de la possession.

L'action publicienne étant la *rei vindicatio* donnée *utilitatis causa*, toutes les règles de celle-ci lui sont applicables (7, § 8. Dig., *De public.*, VI, 2, Ulp.). Les seules particularités à noter ont trait : aux conditions d'exercice de l'action et aux exceptions qu'on peut lui opposer. Les conditions d'exercice sont, sauf la durée de la pos-

session, les mêmes que pour l'usucapion. Il faut que le demandeur ait eu la possession *ex justa causa*, qu'il ait été de bonne foi au moment de la prise de possession, du moins lorsqu'il s'agit d'un possesseur ayant reçu tradition *a non domino*, et enfin qu'il s'agisse d'une chose susceptible d'usucapion (V. n° 92). En ce qui concerne les exceptions opposables par le défendeur, deux cas doivent être distingués. 1° Si le défendeur a la propriété quiritaire, il pourra l'invoquer en opposant l'exception appelée fort justement par les textes : *exceptio justi dominii* (16 ; 17. Dig., *De public.*, VI, 2, Papin. ; Nerat). Dans ce conflit entre la propriété prétorienne et la propriété civile le dernier mot doit rester à celle-ci. Opposée par le *verus dominus* au possesseur de bonne foi, cette exception réussira donc certainement. Mais opposée par le *nudus dominus* au possesseur bonitaire, elle sera paralysée par la *replicatio rei venditæ, donatæ, etc., et traditæ*. 2° Si le défendeur est un simple possesseur *in causa usucapiendi*, il peut opposer sous forme d'exception son droit à la publicienne. Mais cette exception pourra dans certains cas être paralysée par une réplique (1).

300. — *Sixième division des Actions : Actions reipersecutoriæ, poenæ persecutoriæ et mixtes.* — On a déjà signalé cette division des actions (V. n° 177). Les actions *reipersecutoriæ* comprennent toutes les actions ayant une cause autre que le délit ou le quasi-délit, et par conséquent toutes les actions *in rem* et toutes les actions *in personam* dérivant d'un contrat, d'un quasi-contrat ou d'un pacte prétorien ou légitime (1). Les actions *poenæ persecutoriæ* et mixtes dérivent des délits et des quasi-délits. Les principaux intérêts pratiques de cette division des actions sont déjà connus. On les a indiqués à propos de la transmissibilité active ou passive des obligations, et des actions noxales (V. nos 193 ; 184) (2).

299. — (1) C'est ce qui arrive, lorsque c'est un bonitaire qui agit contre un possesseur de bonne foi, ou lorsque tous deux sont possesseurs de bonne foi tenant la chose du même individu *ab eodem non domino*, si le demandeur a été mis en possession le premier. V. les textes et les détails dans Girard, *Manuel élément.*, p. 349.

300. — (1) Un délit peut avoir pour résultat une diminution du patrimoine et donner lieu par suite à des actions *reipersecutoriæ* (par exemple, en cas de vol, l'action en revendication). Celles-ci ne naissent pas, à proprement parler, du délit, mais à l'occasion du délit (V. n° 177).

(2) Cette division joue aussi un rôle capital dans la question du concours des actions. Lorsqu'un même fait licite ou illicite donne naissance à plusieurs actions au profit d'une même personne, on se demande si cette personne peut exercer cumulativement toutes les actions dont elle est investie ou si elle est tenue de faire un choix entre elles. La solution de ce problème est trop compliquée pour trouver place dans un ouvrage élémentaire.

Les actions pénales se subdivisent en actions privées et actions populaires. En principe, l'action pénale est privée, c'est-à-dire qu'elle n'appartient qu'à la personne lésée par le délit. Mais il est des délits qui, tout en atteignant plus spécialement telle personne, lèsent les droits légitimes de tous les citoyens. En pareil cas, l'action pénale cesse d'être privée, elle est ouverte à tout le monde et qualifiée de *popularis* (1. Dig., *De popul. act.*, XLVII, 23, Paul). Telle est l'action *de positis et suspensis* (V. n° 182). Mais une fois l'action intentée et poussée jusqu'à la *litis contestatio*, son caractère change. Le droit nouveau né du *judicium acceptum* se fixe sur celui qui a agi le premier, et le résultat de l'action lui appartient à l'exclusion de tous autres.

301. — *Septième et huitième divisions des actions* : — *Actions de droit strict et de bonne foi. Actions arbitraires et non arbitraires.* — Les précédentes divisions avaient trait, soit à la diversité d'origine des actions (1^{re}, 2^e, 3^e divisions), soit à la différence de nature des droits réclamés (4^e, 5^e, 6^e divisions). Celles dont il va être parlé ont en vue l'étendue plus ou moins grande des pouvoirs du juge.

Septième division : Actions de droit strict et de bonne foi. — Sous les *legis actiones*, et de fort bonne heure, semble-t-il, on dut faire une distinction entre les procès, suivant la plus ou moins grande latitude d'appréciation laissée au juge. Quand l'action était du domaine du *sacramentum*, la question était posée au juge de telle sorte qu'il ne pouvait y répondre que par oui ou non : *utrius sacramentum justum an injustum sit*. Cette nécessité de résoudre le litige par voie de sèche affirmation ou négation, ne permettait de soumettre au juge que des prétentions ayant pour objet un *certum*. Elle empêchait de lui confier les procès dont l'objet était un *incertum* et où il fallait que sa liberté d'appréciation fût moins enchaînée, qu'il ne fût pas réduit à opter entre deux solutions extrêmes, trop rigoureuses toutes deux. La *judicis postulatio* paraît avoir été créée précisément dans ce but (V. n° 272 et note 13). Il y aurait donc eu sous le premier système une opposition très marquée entre les actions certaines et rigoureuses (actions *in rem*, actions *in personam certæ*) et les actions incertaines, moins rigoureuses (actions *in personam incertæ*) (1).

301. — (1) Cicéron (*Pro Rosc. comæd.*, nos 10-13) désigne les premières sous le nom de *judicia*, les secondes sous le nom d'*arbitria*. En termes très précis, il note l'antithèse entre ces deux genres d'actions : *aliud est judicium aliud arbitrium; quid est in judicio? directum, asperum, simplex; quid est in arbitrio? mite, moderatum.*

Cette opposition a persisté sous le système formulaire. Mais les nombreuses créations d'actions dues au régime nouveau, devaient forcément influencer sur le nombre des actions composant chacune des deux catégories. Le principe ancien est resté debout. De droit commun, l'action est *certa*, par conséquent stricte. Telles sont toutes les actions *in factum* (V. n° 278) et, parmi les actions *in jus*, les actions *in rem*, les actions *in personam* qui naissent d'un contrat ayant un *certum* pour objet (*certa pecunia* ou *certaines*) (V. nos 278, 128, 136, 141). En face de cette classe très nombreuse, il n'y a eu d'abord qu'un groupe relativement minime d'actions incertaines. C'étaient celles qui dérivait d'une stipulation *incerta* (V. nos 136, 278), celles qui sont données sur le fondement d'un enrichissement sans cause, *condictio indebiti*, *sine causa*, *ob rem dati* (V. n° 187), certaines actions *ex delicto* (V. n° 278, note 8).

Ce qui différenciail l'action *incerta* de l'action *certa* et y rendait les pouvoirs du juge plus larges, c'était le *quidquid dare facere oportet* de l'*intentio* (2). Cette forme d'une imprécision voulue permet au juge de faire peser sur le débiteur toutes les conséquences qu'il lui plaît de faire découler du *negotium juris*, source de l'action. Mais cette latitude n'est pourtant pas si grande qu'il semble d'abord. Car ce *quidquid d. f. o.*, le juge ne peut l'isoler de l'acte de droit, du *negotium*, où il puise sa raison d'être. Or, ce *negotium* est un acte dont les limites d'application ont été restreintes par les parties elles-mêmes ou par le droit. C'est, par exemple, une *stipulatio incerta*, une *datio* sans cause. Le juge, pour déterminer ce que doit le défendeur, est donc tenu de se référer à cette cause d'obligation précisée dans la *demonstratio* et dont il ne peut interpréter à sa guise la portée.

Mais il y avait des cas où on pensa qu'il fallait donner au juge de l'action *incerta* un pouvoir d'appréciation moins étroit. Ici, le *negotium* d'où dérive l'action n'est plus coulé dans le moule rigide d'une stipulation, il n'est pas le résultat d'une dation sans cause, limité par conséquent dans ses effets par la *res* qui constitue cette dation. Il s'est formé par simple convention (entre deux associés, entre un mandant et son mandataire), ou sans convention (entre le tuteur et son pupille) (3).

(2) On a vu que dans certaines actions délictuelles, par exemple dans l'*actio furti*, il y a dans l'*intentio* sinon un *quidquid d. f. o.*, du moins une forme analogue réservant la libre appréciation du juge (V. n° 278, note 8).

(3) C'est de propos délibéré qu'on donne en exemple ces trois cas. Ils constituent en effet, avec la fiducie, les hypothèses les plus anciennes où le juge a reçu le pouvoir de décider *ex fide bona*. Les listes de *judicia bonæ fidei* que donne, à plusieurs reprises, Cicéron groupent toujours ensemble la tutelle, la société, le mandat. Citons notamment :

Or, ce *negotium* n'est point admis par le droit civil ancien comme générateur d'obligations. Si donc on veut que le juge puisse apprécier ce que le débiteur doit en vertu de cet acte, il faut qu'on lui indique pourquoi il est apte désormais à produire un effet de droit. C'est ce qu'on fera en ajoutant à la formule la clause : *ex fide bona*. Cette addition à la formule fait donc tout aussi bien partie de la *demonstratio* qu'elle fortifie en la complétant que de l'*intentio* qu'elle précise. Elle marque que la source de l'obligation *incerta* doit être cherchée, non pas seulement dans les faits juridiques mentionnés par la *demonstratio* (société, mandat, tutelle), mais dans la *fides*. Elle indique au juge que c'est de là, *ex fide*, qu'il doit faire découler l'interprétation qu'il donnera au *quidquid dare facere oportet*. Et la clause contient toutes les indications nécessaires pour guider le juge. Elle ne se borne pas à dire que la véritable source du droit est la *fides*, c'est-à-dire l'exactitude à remplir un engagement volontairement pris⁽⁴⁾. Elle caractérise, elle qualifie cet engagement. Elle montre que pour apprécier la façon dont il doit être exécuté, il faut se référer par voie de comparaison à l'exactitude que met un honnête homme, *bonus vir*, à accomplir sa promesse. Elle spécifie que le débiteur est tenu *ex fide bona*.

Ainsi furent transformées en *judicia bonæ fidei* certaines actions *incertæ*. Leur nombre d'abord assez restreint s'est accru lentement. D'autres sources d'ailleurs ont contribué à enrichir la liste de ces *judicia* qui n'est définitivement close qu'à l'époque de Justinien⁽⁵⁾. A cause du large pouvoir d'appréciation qu'elles confèrent au juge, ces actions sont parfois nommées *arbitria bonæ fidei*, plus souvent *judicia bonæ fidei*, très tardivement *actiones bonæ*

de off., III, 17 où d'après Q. Mucius Scævola, il écrit : *fideique bonæ nomen... versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis*. V. aussi : *de nat. Deor.* III, 30; *Top.* 17; 10; *Pro Cæc.* 3.

(4) Tel est bien le sens vulgaire du mot. Cicéron (*de off.* I, 7) définit ainsi la *fides* : *dictorum conventorumque constantia*. Dans le même ouvrage (*de off.* I, 5), il parle de la *rerum contractarum fides*. Maintes fois il écrit *dare fidem*, pour engager sa parole (*de off.* III, 28), et les jurisconsultes diront encore, plus tard : *fidem suam obligare* (27, § 2, Dig. *Ad. Sct. Vell.*, XVI, 1, Papin.; 54, Dig., *De fidej.*, XLVI, 1, Paul.).

(5) Certains *judicia bonæ fidei* dérivent d'actions prétoriennes *in factum*, devenues *in jus* avec addition de la clause *ex fide bona*. Telles sont certainement les actions *commodati*, *depositi* et très vraisemblablement l'action *pigneratitia* (V. n° 130). D'autres, comme l'action *fiduciæ* et l'action *rei uxoriæ* furent originellement *in factum*, mais avec une formule très voisine, sinon dans la forme, du moins dans le fond de celle des *judicia b. f.* (*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*, dans l'action *fiduciæ*; *ut æquius melius erit*, dans l'action *rei uxoriæ* qui est *in bonum et æquum concepta*) (V. nos 130, 174). Ces actions se sont très facilement fondues avec les *judicia b. f.* On ne peut sur tous ces points entrer dans le détail. Il fallait néanmoins signaler les sources multiples auxquelles s'est alimentée la classe des *judicia b. f.*

fidei (6). On peut les définir ainsi : des actions *in personam, in jus, incertæ*, à la formule desquelles on ajoute les mots : *ex fide bona* (7). A l'époque dernière, la liste comprend : les actions nées des quatre contrats *consensu*; des contrats *re* de commodat, dépôt, gage; l'action *præscriptis verbis* donnée en cas d'*æstimatum* et d'échange et sans le moindre doute aussi dans les autres cas de contrat in-nommé; les actions nées *quasi ex contractu* de la gestion d'affaires et de la tutelle; l'action *rei uxoriæ*, transformée par Justinien en action *ex stipulatu*; enfin les deux actions divisoires : *familiæ herciscundæ* et *communi dividundo* (8).

En même temps que s'enrichissait la liste des *judicia bonæ fidei*, les effets que la pratique judiciaire rattacha à la clause *ex fide bona* se précisaient en se multipliant (9). Tous ont trait à l'étendue des pouvoirs du juge. Les plus importants ont déjà été signalés (V. n° 449). Les autres qui l'ont été chemin faisant, concernent : les théories des pactes adjoints, des fautes, de la compensation, de la *litis contestatio*, et aussi la règle que *l'exceptio doli* n'a pas besoin d'être insérée dans la formule de l'action de bonne foi (V. nos 463, 490, 205, 283, 303). Le résultat de ce développement a été d'accuser de plus en plus l'antithèse entre les *judicia bonæ fidei* et les autres actions *in personam*, dont la formule est rédigée *in jus*. Dans celles-ci en effet le pouvoir du juge est resté ce qu'il était autrefois, étroit et rigoureux. On a dit alors que ces actions étaient de droit strict, *stricti juris* (10). On s'accorde à reconnaître que les actions

(6) *Arbitrium b. f.* est le terme le plus ancien. Il est employé par Q. Mucius Scævola cité par Cicéron (*de off.*, III, 17). *Judicium* est le nom qui l'a emporté dans l'usage. *Actio b. f.* est tout à fait de la dernière époque (§ 28. *Inst. De act.*, IV, 6).

(7) Cette définition est tirée de celle de Q. Mucius Scævola (V. note 6). C'est celle qui mérite le plus de crédit, puisqu'elle provient d'un jurisconsulte fort ancien, contemporain ou à peu près des premières apparitions des *judicia b. f.*

(8) A cette liste, Justinien a joint à tort la *petitio hereditatis* (V. Accarias, t. II, n° 870). Il a omis l'action *fiduciæ* qui n'était plus usitée de son temps. Les énumérations les plus intéressantes sont, dans l'ordre chronologique : 1° celle de Scævola (*de off.* III, 17); 2° celles de Cicéron (*de nat. Deor.*, III, 30; *Top.* 10, 17; *Pro Cæc.* 3); 3° celle de Gaius (G. IV, 62); 4° d'Ulprien (23 *Dig.*, *De reg. jur.*, L. 17); 5° enfin celle de Justinien (§ 28, *Inst. De act.*, IV, 6).

(9) C'est dans l'ouvrage de Pernice, *Labeo*, t. II, qu'on voit comment s'est effectuée cette évolution. Les effets de la bonne foi n'ont pas pu être dégagés tous d'un seul coup. Ce résultat est tout naturel. Les questions que la clause *ex bona fide* laisse à l'appréciation du juge ne se posèrent pas toutes à la fois. C'est le hasard des procès, les rencontres de la pratique qui amenèrent le juge à admettre dans telle action donnée une règle qu'on appliqua ensuite à toutes les actions de bonne foi.

(10) C'est seulement Justinien qui fait nettement l'opposition et qui parle d'*actiones stricti juris* (§ 28, *Inst. De act.*, IV, 6); Marcien (5, § 4, *Dig. De in lit. jur.* XII, 3) dit : *in actione stricti iudicii*, et Ulprien (3, § 2, *Dig. Commod.*, XIII, 6) parle de *stricti iudicia*.

de ce genre sont celles qui servent de sanction au *mutuum*, à la stipulation ayant un *certum* pour objet (*certa pecunia* ou *certaines*), au contrat *litteris*. Ces actions sont appelées d'un nom toujours identique, *condictio* (11). Il faut y joindre l'action personnelle donnée au légataire, *actio ex testamento*, toutes les *condictiones* fondées sur l'idée d'un enrichissement sans cause, et l'action dite *actio incerti ex stipulatu*, sanction de la stipulation *incerta* (V. n^{os} 128, 136, 141, 255).

L'opposition entre les deux classes d'actions a, en s'accroissant, suggéré l'idée de deux catégories de *negotia* : les uns où comme autrefois le pouvoir du juge est rigoureusement limité, les autres où il est très large et qu'on appelle parfois, *bonæ fidei contractus* (12). Mais qu'on ne s'y trompe pas. Cette conception purement doctrinale et les termes qui l'expriment ne sont pas de date ancienne. C'est une idée nouvelle qui s'est superposée à la conception première, purement pratique et procédurale. Les Romains n'ont pas commencé par parler de contrats de bonne foi, mais de procès, de formule de bonne foi.

Huitième division : actions arbitraires et non arbitraires. — On a vu, à propos de la *condemnatio*, que les actions sont ou non arbitraires, selon que le juge y est ou non investi du pouvoir (*arbitrium*) d'arbitrer quelles satisfactions le défendeur doit fournir au demandeur, s'il veut éviter la condamnation (V. n^o 280). L'insertion de la *clausula arbitraria* dans une formule est un accroissement de pouvoir pour le juge. On lui permet d'apprécier librement en pure équité, *ex bono et æquo*, quelles prestations sont dues au demandeur qui a prouvé son droit (§ 31, Inst., *De act.*, IV, 6). C'est en ce sens que l'action arbitraire ressemble à l'action de bonne foi (13). Elle en diffère cependant. Car, dans celle-ci, c'est la cause même du droit, le bien-fondé de l'*intentio*, que le juge apprécie d'après la bonne foi, tandis qu'ici, l'appréciation libre, en équité, a trait uniquement à la nature et à l'étendue des prestations à four-

(11) Le nom de *condictio* est emprunté à la procédure créée par les lois *Silia* et *Calpurnia* (V. n^o 272). Il y a de graves difficultés sur l'attribution de ce nom à toutes les actions de droit strict. Il est préférable de ne pas le considérer comme générique.

(12) Ce sont les jurisconsultes des temps classiques qui parlent des *bonæ fidei contractus*. V. par exemple : 27, § 2, Dig., *De pact.*, II, 14, Paul; 108, § 12, Dig., *De legat.*, I^o XXX, African.; 11, § 18, Dig. *De act. emt.*, XIX, 1, Ulp., etc.

(13) Bien qu'il y ait une nuance entre *bona fides* et *bonum et æquum*, on a fini par identifier ces deux expressions. Ainsi Gaius dira que dans les contrats *consensu* le débiteur est obligé *de eo quod alter alteri ex bono et æquo præstare oportet* (G. III, 137), tandis que parlant du mandat, il écrit dans deux autres passages : *de eo quod ex bona fide alterum alteri etc.; in id quod... bona fide præstare oportet* (5 pr. Dig., *De obligat. et act.*, XLIV, 7; G. III, 155).

nir comme conséquence de la vérification de l'*intentio* (14). Cette latitude laissée au juge est d'ailleurs renforcée par un pouvoir qu'il n'a que dans les actions arbitraires, le *jussus*, le droit de commander au défendeur de fournir les satisfactions arbitrées, sous peine d'encourir la condamnation pécuniaire. Est-on allé plus loin encore? A-t-on, à la fin de l'époque classique, autorisé le juge à ordonner l'exécution de son *jussus* par la force, *manu militari*? C'est là un point fort douteux (15).

La liste des actions arbitraires ne peut être donnée avec une absolue certitude. On s'accorde à y faire figurer toutes les actions *in rem* civiles ou prétoriennes, et certaines actions *in personam* telles que l'action *de eo quod certo loco, ad exhibendum, de dolo, quod metus causa, pauliana* (V. nos 296, 225, 198). Pour d'autres actions personnelles, notamment les actions de bonne foi, leur caractère arbitraire est plus douteux (16). Quant à la nature des satisfactions arbitrées, il est clair qu'elle varie avec l'action. Ce sera, dans la revendication, la restitution de la chose et de ses accessoires, dans l'action hypothécaire, le paiement de la dette ou le délaissement de la chose hypothéquée, dans l'action paulienne, le retour à la masse de la valeur qui en était sortie, etc.

302. — *Neuvième division des actions : Actions au simple et actions au double, au triple, au quadruple.* — Cette division a pour base la comparaison entre le montant de l'intérêt en litige et celui de la condamnation. Lorsque le chiffre de celle-ci doit être égal à la valeur de l'intérêt litigieux, l'action est dite au simple; elle est au double, au triple, au quadruple lorsque la condamnation doit être du double, du triple, du quadruple de cette valeur (§ 21 et suiv. Inst., *De act.*, IV, 6).

a) Les *actions au simple* forment la majorité. Ce sont toutes les actions réipersécutoires et un certain nombre d'actions pénales, comme l'*actio injuriarum*. De là résulte que celles qui n'ont pas ce caractère sont nécessairement des actions pénales ou mixtes.
b) *Actions au double.* Les unes sont toujours au double, et telle est, par exemple, l'action *furti nec manifesti* (V. n° 179). Les autres

(14) Ajoutons que la classe des actions arbitraires comprend un certain nombre d'actions qui sont en dehors de la division en actions de droit strict et de bonne foi : ce sont toutes les actions *in rem* et un certain nombre d'actions *in personam* dérivant des délits.

(15) Le texte capital est celui d'Ulpien (68, Dig. *De rei vind.*, VI, 1). Il paraît fortement suspect d'interpolation. V. détails dans Girard, *Manuel élément.*, p. 1010, note 3.

(16) V. les difficultés et les détails dans Girard, *Manuel élément.*, p. 1008.

sont celles qui ne sont données au double que contre le défendeur qui, injustement, résiste à la demande (*infittatio*). Ce sont les actions *legis Aquiliæ*, *judicati* et l'action donnée au légataire *per damnationem* (G. IV, 9, 171). c) *Actions au quadruple*. Dans cette classe, citons les actions *furti manifesti*, *vi bonorum raptorum*, *quod metus causa* (V. n^{os} 179, 182) (1).

A cette division, on peut en rattacher une autre qui distingue les actions données *in solidum*, c'est-à-dire qui aboutissent à une condamnation comprenant nécessairement tout ce qui est dû par le défendeur, et celles où la condamnation peut être inférieure au montant de la dette. Ces dernières forment l'exception. Telles sont les actions *de peculio* ou *de in rem verso*, où la condamnation est prononcée jusqu'à concurrence seulement du pécule ou de la *versio in rem* (§ 36, Inst., *De act.*, IV, 6) (V. n^o 194). Dans la même catégorie rentrent les actions où le défendeur a droit au bénéfice de compétence. Les interprètes désignent ainsi l'avantage accordé à certaines personnes de n'être condamnées que jusqu'à concurrence de ce qu'elles possèdent actuellement. De cette façon, elles évitent l'emprisonnement auquel les exposerait une condamnation *in solidum* que leur état de fortune les met dans l'impossibilité d'exécuter. On opposait ce bénéfice par voie d'exception, *exceptio in id quod facere potest*. Pouvaient l'invoquer : l'associé poursuivi par l'action *pro socio* (V. n^o 157), le mari par l'action *rei uxoriæ* (V. n^o 175) et par voie de réciprocité la femme poursuivie par son mari, le patron par son affranchi, le donateur par le donataire, le débiteur qui a usé du bénéfice de *cessio bonorum* (§§ 38, 40. Inst., *De act.*, IV, 6).

II. — Des exceptions.

303. — *Divisions des exceptions.* — L'exception est une création du préteur. Elle n'existe avec ses caractères particuliers, décrits plus haut, que depuis le système formulaire (G. IV, 108) (V. n^o 281). Elle y a joué un rôle capital ; car elle a permis au préteur de protéger le défendeur contre une demande valable dans la rigueur du droit civil ancien, mais que l'équité ou des principes plus récents commandaient d'écarter. Bien qu'assez nombreuses, les exceptions rentrent dans l'une des trois catégories suivantes : 1^o Le défendeur allègue une cause de nullité ou d'inefficacité contemporaine de la formation du droit réclamé, par exemple les exceptions

302. — (1) Pour les actions au triple, on n'en trouve que deux exemples dans l'ancien droit, les actions *furti concepti et oblati*.

senatusconsulti Macedoniani, Velleiani, legis Cinciae, doli, quod metus causa. 2° Le défendeur allègue un fait qui a rendu inefficace le droit du demandeur, mais depuis sa naissance. Ici trouvent place les exceptions *pacti conventi, jurisjurandi, longi temporis.* 3° Le défendeur invoque un fait juridique qui lui assure un droit indépendant du droit du demandeur et dont l'effet est de le paralyser : par exemple une créance contre son créancier, ce qui l'autorise à opposer la compensation par voie d'*exceptio doli.*

Les classifications des exceptions, moins nombreuses, moins importantes que les classifications des actions, sont presque dénuées d'intérêt pratique. Cela tient à ce que toutes les exceptions sont des créations prétorienne, qui ont trouvé dans la formule une place toujours identique, une expression qui ne varie pas, et grâce à cette identité de rédaction une presque absolue similitude d'effets. Toutefois, il existe entre elles certaines diversités d'origine, d'objet, d'effets qui méritent d'être signalées.

1° *Diversité d'origine.* — Les exceptions proviennent du pouvoir propre du magistrat, *ex jurisdictione prætoris proditæ*, ou bien tirent leur raison d'être de la loi ou d'une source de droit assimilée à la loi, *ex legibus... substantiam capiunt* (G. IV, 118). Citons parmi les premières : les exceptions *doli, quod metus causa, pacti conventi, jurisjurandi, rei in iudicium deductæ et judicatæ*; dans les secondes : les exceptions *legis Cinciae, senatusconsulti Macedoniani, Velleiani, Trebelliani*, et l'exception par laquelle le fidéjusseur oppose le bénéfice de division *ex epistola Hadriani*. Mais les exceptions de la seconde classe ne sont pas, comme on serait tenté de le croire, des exceptions civiles. Elles sont, aussi bien que les premières, des créations du droit honoraire; en la forme, comme au fond, elles sont œuvre prétorienne. Seulement ici, l'idée de l'exception vient d'une loi, d'un sénatusconsulte, d'une constitution impériale, qui, sans parler d'elle expressément ont suggéré sa création au préteur (1). En la donnant, celui-ci ne fait pas acte d'initiative, il réalise pratiquement les intentions du législateur, du Sénat, de l'Empereur (2). La division dont il est question ici n'a donc qu'un intérêt historique.

2° *Diversité d'objet.* — A lire Gaius, toutes les exceptions ont

303. — (1) V. Carré de Malberg, *Des exceptions*; Girard, *Manuel élément.*, p. 1018.

(2) L'observation a été faite pour le sénatusconsulte Macédonien (n° 129, note 3), pour le Velléien (n° 226, note 4), pour le Trébellien (n° 262, note 2), pour la loi Cincia (n° 168, note 4). Ajoutons pour cette dernière que le préteur l'introduisit, à une époque postérieure au vote de la loi qui est d'un temps où la procédure formulaire n'existait pas au profit des citoyens.

pour unique fonction la sauvegarde de l'équité contre les principes rigoureux du droit civil (G. IV, 116). Il est vrai que tel est le but des plus importantes : l'*exceptio doli, quod metus, pacti conventi, non numeratæ pecuniæ*. Mais il en est aussi qui, fondées sur des considérations d'ordre public, peuvent aboutir parfois à violer l'équité. Citons les exceptions *rei judicatæ, jurisjurandi, legis Cincix, senatusconsulti Macedoniani et Velleiani*. Il est clair par exemple, que le défendeur, absous injustement, qui oppose l'exception *rei judicatæ* fait valoir un moyen qui n'est pas conforme à l'équité et que cependant le préteur lui permet d'employer dans un intérêt supérieur d'ordre social.

Pratiquement cette distinction s'est traduite par deux règles : 1° Toute exception fondée sur l'équité peut être remplacée par l'*exceptio doli* (3). 2° Dans les actions de bonne foi, l'exception de dol et par voie de conséquence les autres exceptions fondées sur l'équité, n'ont pas besoin d'être insérées dans la formule (4).

3° *Diversité d'effet*. — L'exception peut être perpétuelle ou temporaire. Elle est perpétuelle quand elle peut être invoquée à toute époque. Son effet est donc perpétuel comme elle. Puisqu'elle aboutit à paralyser absolument l'action, elle est dite *peremptoria* (G. IV, 121). Telles sont presque toutes les exceptions : *doli, quod metus causa, pacti, legis Cincix, senatusconsulti Macedoniani*, etc. L'exception temporaire ne peut être opposée que pendant un temps, par exemple l'exception *pacti* en cas de pacte *de non petendo intra certum tempus* (G. IV, 122). Le demandeur s'il agit avant le terme, risque qu'on lui oppose l'exception, et comme il a déduit son droit *in judicium*, il ne peut plus renouveler son action. Pour éviter ce danger, il devra attendre l'expiration du délai laissé au défendeur. L'exception temporaire est, à cause de cela, nommée dilatoire (G. IV, 123).

Au point de vue de l'influence qu'elles ont sur la condamnation, toutes les exceptions se ressemblent. Cela tient à la façon dont est rédigée cette partie de la formule. Elle est une condition de la *condemnatio* (V. n° 281). Si donc, cette condition fait défaut, la *condemnatio* ne saurait être encourue, l'absolution doit être nécessairement prononcée. On ne put pas, semble-t-il, se tenir longtemps à ce résultat logique mais trop rigoureux. C'est surtout dans

(3) 2, § 5. Dig., *De exc. doli*, XLIV, 4, Paul.), et les doutes exprimés à cet égard par Girard, *Manuel élément.*, p. 1018.

(4) Les jurisconsultes expriment cette règle en disant : *doli exceptio inest bonæ fidei judiciis* (21, Dig., *Solut. matr.*, XXIV, 3, Ulp.), *hoc judicium fidei bonæ est et continet in se doli exceptionem* (84, § 5, Dig. *De legat.*, I° XXX, Julian.).

les exceptions d'équité et notamment dans l'*exceptio doli*, qu'il parut contraire au but même de l'exception. On admit que tantôt l'exception écarte la condamnation, que tantôt elle la diminue (22. pr. Dig., *De except.*, XLIV, 1, Paul). Ce résultat s'imposait quand l'exception, non exprimée par la formule, était opposée à une action de bonne foi. On l'étendit aux actions de droit strict, bien qu'avec une certaine hésitation (5).

III. — Des voies de droit autres que les actions.

304. — *Notion générale : Stipulations prétorienne, interdits, restitutio in integrum.* — A côté de l'action, le droit romain admet d'autres voies de droit qui, sans porter le même nom, tendent au même but. Ici le magistrat ne procède pas comme d'ordinaire, il n'organise pas de *judicium*, il ne renvoie pas l'affaire devant un juge. En vertu de son *imperium*, il donne des ordres aux parties, prend les mesures qu'il juge nécessaires et assure leur exécution (V. n° 10)⁽¹⁾. Ces voies de droit ont toutes un caractère commun ; elles sont des procédés dus à l'initiative prétorienne et destinés à remédier à l'absence d'une action. Ce sont : la stipulation prétorienne, l'interdit, la *restitutio in integrum*. Toutes trois remontent très vraisemblablement à une date antérieure à l'établissement définitif du système formulaire. En elles on peut donc voir les premières tentatives du droit prétorien s'essayant à remédier aux lacunes du droit civil, à corriger ce qu'il avait d'imparfait ou de rigoureux. Leur étude met en pleine lumière par conséquent le rôle original du préteur dans le développement du droit.

1° Stipulations prétorienne. — Ici le moyen dont se sert le magistrat pour sanctionner des droits est emprunté au droit civil. Il s'agit en effet de certains faits de dommage qui, s'ils venaient à se produire, ne donneraient pas ouverture à une action civile en réparation du préjudice. Mais comme le magistrat veut que le dommage puisse être réparé, il impose à la partie qui doit en répondre une promesse éventuelle d'indemnité. Pour devenir obligatoire, cette promesse doit être faite en forme de stipulation (2).

(5) Il fallut bien donner cette solution équitable au cas où le fidéjusseur opposait le bénéfice de division, puisqu'il ne doit être condamné qu'à sa part. Aussi Gaius dit-il de lui *adjuvatur in parte* (G. III, 121, a). L'exception du sénatusconsulte Velleien est également signalée par Africain comme permettant de repousser *pro parte* le créancier dans 17, § 2, Dig., *Ad Senat. Velleian.*, XVI, 2.

304. — (1) Mais on verra plus loin que l'intervention du magistrat peut aboutir éventuellement à l'organisation d'un *judicium* soumis aux règles ordinaires de la procédure.

(2) Comme le dit très bien Ulpien, ces stipulations : *instar actionis habent et ut sit nova actio intercedunt* (1, § 2. Dig., *De stip. prat.*, XLVI, 5).

De là vient que toutes les stipulations de ce genre, appelées préto-riennes, *prætorix*, et auxquelles conviendrait mieux le nom de stipulations nécessaires, sont opposées aux stipulations volontaires ou *conventionales* (5, pr. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Pomp.) (3).

Le plus souvent, la promesse qu'imposait le préteur devait être garantie par des fidéjusseurs et était appelée alors *satisfactio*. Quelquefois il se contentait d'une promesse non garantie, *nuda repositio*. Au cas où la partie refusait de fournir la promesse, le préteur l'y contraignait par différents moyens, en permettant de saisir sur elle un gage, *pignoris capio*, ou en envoyant l'adversaire en possession de ses biens. Si la promesse était fournie conformément à l'ordre du préteur, le promettant était obligé civilement et l'inexécution de son engagement donnait ouverture contre lui à l'action qu'engendre toute stipulation. Ainsi, le résultat visé par le magistrat était atteint. Il avait sanctionné un fait jusqu'alors dépourvu de sanction. Il l'avait élevé au rang de droit.

Les stipulations préto-riennes les plus connues sont : la stipulation imposée à l'usufruitier avant son entrée en jouissance, *cautio usufructuaria* (V. n° 108); celle imposée au propriétaire d'une maison ou construction menaçant ruine et dont l'écroulement peut causer au propriétaire voisin un dommage, *damnum infectum (non factum)*, *cautio damni infecti* (G. IV, 31); la stipulation imposée aux tuteurs, *cautio rem pupilli salvam fore* (V. n° 61); la stipulation relative aux vices imposée par l'édit des Ediles au vendeur d'esclaves (V. n° 150) (4). Dans le cas de la tutelle, la *cautio* a joué un rôle fort important. Elle a été l'amorce d'une réforme plus complète. Elle a fait envisager le droit de créance du pupille, désormais muni d'une sanction civile, comme apte à être sanctionné par sa vertu propre, comme engendrant une action spéciale. La *cautio* imposée à certains tuteurs a dû préparer les esprits à l'idée de la responsabilité née de la tutelle. L'action *ex stipulatu*, produit de la *cautio*, a servi de précurseur à l'*actio tutelæ* donnée contre tout tuteur, même en l'absence d'une promesse *rem pupilli salvam fore* (V. n° 61).

(3) Les préteurs n'ont pas été les seuls à imaginer le procédé de la stipulation nécessaire. Les édiles curules en ont fait autant, mais dans un cas seulement. Il serait donc plus exact de parler de stipulations honoraires. Mais les stipulations imposées par le préteur forment la majorité, l'expression *stipulationes prætorix* comprend les stipulations édilitiennes (5, pr. Dig., *De verb. obligat.*, XLV, 1, Pomp.).

(4) Signalons aussi les promesses destinées à assurer le fonctionnement d'une instance et notamment la *cautio judicatum solvi* imposée au défendeur dans toute action *in rem* (V. n° 284).

305. — 2° *Des interdits.* — *Notion générale.* — *Histoire de la procédure d'interdit.* — *Divisions des interdits.* — De même que la stipulation prétorienne, l'interdit est destiné à remédier à l'absence d'action, à combler une lacune du *jus civile*. Mais le procédé pour y arriver est un peu plus compliqué que celui de la stipulation, quoiqu'en définitive il aboutisse souvent au même résultat : l'octroi d'une action. La partie qui a à se plaindre d'une atteinte apportée à l'exercice de son droit, doit s'adresser au magistrat qui usant de son *imperium*, rend un décret appelé interdit, *interdictum*, par lequel il ordonne ce qui doit être fait par l'adversaire ou prohibe ce qui ne doit pas être fait (G. IV, 139) (1). Ainsi, par exemple, il ordonne la restitution d'une chose dont le demandeur a été dépossédé par violence (*interdictum unde vi*), ou défend de troubler le demandeur dans sa possession actuelle (*interdictum uti possidetis* ou *utrubi*). Une fois rendu, l'interdit tient lieu de la loi qui faisait défaut dans l'espèce. Mais c'est une mesure prise pour la circonstance et qui, au lieu d'affecter l'allure d'une disposition générale, applicable à tous, est restreinte dans son application et ses effets aux seules parties en cause. Elle crée en somme à la charge de l'une d'elles ou de toutes deux une obligation, qui consiste à exécuter l'ordre du magistrat. Le lien de droit qui jusqu'alors n'existait pas est créé par le magistrat lui-même. Les choses se trouvent donc maintenant au point où elles en sont lorsqu'une promesse a été faite par l'une des parties sur l'ordre du préteur, ou lorsque dans une clause de son édit il a spécifié les conditions de fait auxquelles il subordonne l'organisation d'un *judicium* (2). Comment le préteur va-t-il assurer l'exécution de l'obligation qu'en vertu de son *imperium* il a imposée?

Si la partie à laquelle l'ordre s'adresse l'accomplit volontairement, si elle fait ce qu'on lui a ordonné ou s'abstient de ce qu'on lui a défendu, tout se trouve terminé et la contestation prend fin. Mais la partie peut résister aux injonctions du préteur, soit par pure chicane, soit en soutenant que les conditions auxquelles le préteur lui-même subordonne la force obligatoire de son interdit font dé-

305. — (1) L'expression *interdictum* avait été réservée d'abord pour les cas où le préteur prohibait quelque chose, ce qui correspond à l'étymologie du mot. Pour désigner l'ordre de faire quelque chose, on se servait du terme *decretum* (G. IV, 140). Mais dans la pratique on avait fini par donner au mot *interdictum* un sens général (G. IV, 141 et suiv.; § 1. Inst., *De interd.*, IV, 15).

(2) Mais, dans le cas d'interdit, le préteur ne s'adresse qu'aux parties, tandis que l'édit promettant le *judicium* : *Si... judicium dabo*, a un caractère général et réglementaire.

faut dans l'espèce (3). En pareil cas, le préteur n'a plus qu'à procéder comme lorsqu'un débiteur essaie de se soustraire à l'accomplissement de son obligation. Sur la demande de la partie lésée, il organise un *judicium*, donne un juge ou des juges (*recuperatores*), leur confie la mission d'examiner si la résistance du défendeur est légitime et leur permet de condamner ou d'absoudre (G. IV, 141).

Comment le préteur a-t-il eu l'idée de l'interdit, comment, au lieu de recourir tout de suite au procédé si simple consistant à donner une action (*in factum*), a-t-il imposé cette voie détournée qui finit pourtant par y aboutir? On ne peut guère se l'expliquer que par la date relativement assez ancienne des interdits. Au temps où le préteur n'avait pas cru encore pouvoir créer des actions nouvelles, c'est dans son *imperium* seul qu'il puisait le droit de donner des ordres aux particuliers, afin de mettre un terme à des contestations de nature à troubler la tranquillité publique. L'interdit revêt donc au début l'aspect d'une mesure d'ordre et de police (G. IV, 139) (V. n° 10). Aussi est-il présumable qu'avant de le rendre, le magistrat procédait à un examen des faits allégués par le demandeur, *cognitio causæ*. Cette *cognitio causæ* faisait de l'interdit une décision de circonstance. Le magistrat n'était pas lié pour l'avenir parce qu'il avait décidé et pouvait prendre d'autres mesures lorsque se représentait un cas identique. A cette époque, par conséquent, les interdits sont, comme les *bonorum possessiones* à leurs débuts, *decretales* (V. n° 249).

Sous le système formulaire, le magistrat cessa de procéder à la *cognitio causæ*. Il tient comme établis les faits allégués par le demandeur. Sans examen préalable, il édicte l'interdit, sauf ensuite à organiser un *judicium* si le défendeur résiste et conteste la prétention de son adversaire. L'Édit indiquait par avance les conditions auxquelles est subordonnée la réussite de l'interdit, et dont la vérification appartient au juge (4). De *decretales*, les interdits devinrent donc des décisions qu'on peut qualifier *edictales*. L'interdit est alors inscrit dans l'Édit comme une disposition générale et réglementaire, il y figure au même titre que la promesse d'une action *in factum* pour tel cas donné (commodat, dépôt, gestion

(3) Tout interdit est en effet conditionnel, le magistrat ayant fait dépendre l'efficacité de l'interdit d'un certain nombre de circonstances qu'il indique par avance comme par exemple, lorsqu'il exige que la possession ne soit ni violente, ni clandestine, ni précaire à l'égard de l'adversaire (V. n° 306).

(4) Voilà pourquoi dans cette seconde phase de leur histoire qui correspond aux belles époques du système formulaire, les interdits sont conditionnels (V. note 3, ci-dessus).

d'affaires, etc.). Comme les autres institutions prétoriennes c'est dans l'Édit qu'il a sa source et qu'il trouve sa sanction.

Il semble que, dès cet instant, la procédure de l'interdit eût dû se simplifier. Il n'en fut rien toutefois. Comme par le passé, on continua à s'adresser au magistrat dans chaque cas, pour lui demander la délivrance d'un interdit spécial conforme à l'Édit, et s'il y avait lieu, l'organisation d'un *judicium* à la suite de cet interdit (5). Cependant, avec le temps, certains rapports de droit, originellement sanctionnés par la voie des interdits, furent considérés comme pouvant engendrer directement une action. Ainsi on voit l'action paulienne donnée à côté de l'interdit fraudatoire, l'action servienne admise concurremment avec l'interdit salvien, la *petitio hereditatis possessoria* à côté de l'interdit *quorum bonorum* (V. nos 291, 306, 249). Cette tendance devait s'accroître de plus en plus et amener forcément, dans le dernier état du droit, la disparition complète des interdits, en tant que décision précédant la délivrance d'une action. Désormais, on donne immédiatement une action, comme si l'interdit avait été demandé au magistrat, délivré par lui et comme si l'adversaire avait désobéi à l'ordre que le magistrat lui avait donné (pr. § 8. Inst., *De interd.*, IV, 15) (6).

Principales divisions des interdits. — L'indication des divisions des interdits va montrer combien est vaste leur champ d'application. I. On les divise en interdits *de divinis rebus* ou *de humanis rebus* (1, pr. Dig., *De interd.*, XLIII, 1, Ulp.). Les premiers ont pour but la protection des droits qu'on peut avoir sur les *res sacræ* ou *religiøsæ*. Tels les interdits *ne quid in loco sacro fiat, de mortuo inferendo* (7). Les seconds se subdivisent en : 1° interdits *ad publicam utilitatem pertinentia*, qui sont destinés à garantir à

(5) La procédure de ce *judicium* n'est pas toujours la même. Elle a lieu selon les cas, *per sponsionem* ou *per formulam arbitriam* (G. IV, 141). La première forme rappelle la procédure qui a servi à ménager le passage entre les *legis actiones* et le régime formulaire (V. n° 276, note 7). Elle est d'ailleurs fort compliquée. La seconde, plus simple, est d'époque plus récente, contemporaine sans doute des premiers essais d'application du système formulaire. Le magistrat délivre une formule *in factum arbitria*, où, comme dans les actions arbitraires, le juge reçoit le double pouvoir d'arbitrer les satisfactions dues par le défendeur et de le condamner, faute de les avoir fournies, à la somme que le demandeur fixe lui-même sous serment. V. pour les détails, Girard, *Manuel élément.*, pp. 1043-1047.

(6) Cette action est *in factum* et ne porte pas de nom particulier. Justinien dit formellement : *Sequitur ut dispiciamus de interdictis sive actionibus quæ pro his exercentur.*

(7) Ces interdits ont pour but : le premier, d'empêcher qu'on ne se serve d'un terrain sacré pour des usages particuliers; le second d'empêcher qu'aucun obstacle ne soit apporté à l'enterrement d'un mort dans un lieu religieux ou à l'érection d'un tombeau (V. n° 73).

chacun le libre usage des *res publici juris*, comme par exemple l'interdit *ne quid in loco publico fiat* et une foule d'autres (8). 2° interdits *rei familiaris causa*, ayant pour objet la protection des droits qui font partie du patrimoine, comme sont entre autres l'interdit fraudatoire et les interdits possessoires. II. On distingue aussi les interdits en interdits *quæ rei persecutionem continent* et *quæ possessionis persecutionem continent*. Les premiers sont ceux qui mettent fin irrévocablement à toute contestation ultérieure entre les parties, car ils supposent que le débat engagé a porté sur le fond du droit, *interdicto totum finitur* (1, § 45. Dig., *De aqua.*, XLIII, 20, Ulp.). Tels sont les interdits *publici juris* et quelques-uns des interdits *rei familiaris*. On leur oppose ceux qui n'ont trait qu'à la possession. Ces interdits laissent subsister une difficulté entre les parties : la défaite subie au possessoire par l'une d'elles n'est pas un préjudice irréparable et ne l'empêche pas de triompher ultérieurement de son adversaire sur la question de propriété (35. Dig., *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2, Ulp.). Ces interdits sont appelés possessoires. Ils méritent des explications plus complètes que celles qui viennent d'être données pour les autres.

306. — *Des interdits possessoires.* — Déjà on a signalé l'importance de ces interdits, donnés au possesseur pour faire respecter sa possession et montré qu'ils ont fait de la possession un droit véritable (V. n° 77). On les divise en trois classes, suivant qu'ils tendent à faire acquérir la possession qu'on n'avait pas encore, *adipiscendæ possessionis causa* ; à faire maintenir quelqu'un dans la possession qu'il a déjà, *retinendæ possessionis causa* ; à faire recouvrer une possession perdue, *recuperandæ possessionis causa* (G. IV, 143).

I. *Interdits adipiscendæ possessionis.* — Les principaux sont : 1° L'interdit *quorum bonorum*, par lequel le *bonorum possessor* se fait mettre en possession des choses corporelles héréditaires détenues par tout *possessor pro herede* ou *pro possessore* (G. IV, 144) (V. n° 249). Mais son succès sur l'interdit n'était qu'une victoire au possessoire ; il était exposé à succomber sur la *petitio hereditatis*, où d'ailleurs il avait l'avantage de la situation de défendeur. 2° et 3° Les interdits *possessorium* et *sectorium* donnés au *bonorum emtor* et au *bonorum sector* pour se faire mettre en pos-

(8) Par le moyen de l'interdit *ne quid in loco publico fiat*, on s'oppose à ce que quelqu'un construise sur un terrain public. Citons également tous les interdits destinés à protéger le libre usage des voies de communication terrestres ou fluviales. *Adde*, Accarias, t. II, n° 952.

session des biens qui font partie du patrimoine acquis à la suite de la *bonorum venditio* ou *sectio* (G. IV, 145, 146). 4° L'interdit salvien donné au *locator* d'un fonds rural pour lui permettre de prendre possession des choses mobilières affectées par le *colonus* au paiement de la *merces* et apportées par lui sur le fonds (G. IV, 147). Il remplit exactement la même fonction que l'*actio serviana* dont il est très vraisemblablement le précurseur (V. n° 223). 5° L'interdit fraudatoire qui a peut-être précédé l'action paulienne et fait le même office qu'elle (V. n° 291).

II. *Interdits retinendæ possessionis*. — Dans cette classe, il n'y a à mentionner que les deux interdits, *uti possidetis* et *utrubi*, le premier relatif aux immeubles, le second aux meubles (G. IV, 149)⁽¹⁾. Ils sont régis par un certain nombre de règles communes.

1° Ils tendent au maintien de la possession et, par conséquent, sont donnés au possesseur pour faire cesser les troubles émanant de tiers qui prétendent à la possession de la chose. Ils servent habituellement au possesseur menacé d'une revendication, à s'assurer avec la possession dans laquelle on le maintient, le rôle de défendeur à la *rei vindicatio* (V. n° 296)⁽²⁾.

2° Ces interdits n'étant donnés que contre ceux qui se prétendent possesseurs, le défendeur ne se contente pas de nier le droit du demandeur à la possession, il affirme l'existence de ce droit à son profit et demande lui aussi le maintien de sa possession. Il joue donc à la fois le rôle de demandeur et de défendeur et c'est pourquoi ces interdits sont appelés doubles (G. IV, 160)⁽³⁾.

3° On ne protège ici que la *possessio civilis* ou *justa*, celle qui exige le *corpus* et l'*animus*. Mais il faut qu'elle soit exempte de certains vices à l'égard de l'adversaire. Elle ne doit pas lui avoir été enlevée par violence, ou clandestinement, ni obtenue de lui à titre de concession à précaire, *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario* (G. IV, 150) (V. n° 78). Il importe peu que la posses-

306. — (1) Ces interdits, comme d'ailleurs un grand nombre d'autres, sont ainsi nommés à raison des premiers mots de l'Édit cité par Ulpien (1, pr. Dig., *Uti possidet.*, XLIII, 17; 1, pr. Dig., *De utrubi.*, XLIII, 31; 1, pr. Dig., *Quor. bonor.*, XLIII, 2; G. IV, 160).

(2) C'est sur cette seconde fonction de l'interdit qu'insiste Gaius. Le jurisconsulte le présente comme étant toujours le préliminaire de la *rei vindicatio* (G. IV, 148). Mais c'est en donner une idée incomplète, car on pouvait en user alors qu'on n'était nullement menacé de la revendication et simplement pour faire cesser le trouble apporté à la possession.

(3) La formule de l'interdit exprime ce caractère double, car le préteur adresse sa prohibition à chacune des deux parties : *Uti.... alter, ab altero possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto*. Chacun se prétendant possesseur, il faut bien que le préteur s'adresse à chacun pour lui défendre de troubler l'autre.

sion soit vicieuse vis-à-vis d'un tiers autre que l'adversaire, cela n'empêche pas le possesseur de triompher. Mais si le vice existe à l'égard de l'adversaire, si c'est lui qui a été dépossédé par violence, si c'est à son préjudice qu'a eu lieu la prise de possession clandestine, si c'est lui qui est le concédant à précaire, le possesseur ne mérite pas de l'emporter. Son adversaire aura gain de cause, bien qu'il ait perdu le *corpus*, en sorte qu'on peut considérer ces interdits comme étant *recuperandæ possessionis* en même temps que *retinendæ possessionis*.

Il n'y a de différence entre les deux interdits qu'en ce qui concerne le temps pendant lequel on doit avoir possédé. Dans l'interdit *uti possidetis*, celui-là l'emporte, qui possède avec toutes les conditions requises au jour de l'émission de l'interdit. C'est en effet la possession actuelle que protège le préteur, c'est-à-dire qu'il défend de rien changer à l'état de choses existant au jour où il a été appelé à interposer son autorité pour mettre fin au trouble : *utinunc possidetis quominus ita possideatis vim fieri veto* (G. IV, 160). Le préteur n'exige donc pas que la possession ait duré un certain temps. Toute autre était la règle, du moins à l'époque classique, pour l'interdit *utrubi*. Celui-là triomphait qui avait possédé plus longtemps que son adversaire dans l'année avant la délivrance de l'interdit (G. IV, 150). Cet interdit ne protège donc pas seulement la possession actuelle, il pouvait servir aussi à recouvrer une possession perdue et peut être rangé dans la catégorie des interdits *recuperandæ possessionis*. Cette particularité de l'interdit *utrubi* semble avoir disparu au Bas-Empire. Sous Justinien c'est le possesseur actuel qui l'emporte.

III. *Interdits recuperandæ possessionis*. — Le plus important est l'interdit *unde vi* (4). Il est donné à celui qui a été dépossédé par violence, *vi dejectus*, de la possession d'un immeuble (G. IV, 154 ; 4, pr. Dig., *De vi.*, XLIII, 16, Ulp.). La violence pouvait être ordinaire, *vis quotidiana*, ou à main armée, *vis armata*, qui s'entend aussi de la violence commise par un rassemblement d'hommes même non armés. A ces deux espèces de violence correspondent deux variétés de l'interdit : *unde vi quotidiana*, *unde vi armata* (5).

Tous deux exigent que le *dejectus* soit *justus possessor*, mais il y a entre eux une différence essentielle. Pour pouvoir triompher

(4) Citons à côté de l'interdit *unde vi*, l'interdit *de precario* donné au concédant à précaire à l'effet de reprendre la chose concédée (V. n° 162).

(5) Le plaidoyer de Cicéron *pro Cæcina* roule tout entier sur l'interdit *unde vi*. V. May et Becker, *Précis des institutions du droit privé de Rome*, p. 113.

par l'interdit *unde vi quotidiana*, il faut posséder *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario*, ce qui revient à dire que lorsque la possession n'a été obtenue que par violence, clandestinité ou à la suite d'un précaire, on ne peut se plaindre, si celui vis-à-vis de qui la possession est vicieuse la reprend par violence. Tout autre est la solution au cas de *vis armata*. Le fait que la possession est vicieuse *ab adversario* n'empêche pas le *dejectus* de triompher par l'interdit et d'obtenir la restitution, décision qui se justifie parfaitement par la gravité des faits de violence reprochés au *dejiciens* (G. IV, 154, 155). Cette différence a disparu dans le dernier état du droit. Le *dejectus* par la *vis quotidiana* obtiendra la restitution, alors même que sa possession est vicieuse *ab adversario* (6).

Rappelons que, pour la protection de la quasi-possession des servitudes, le préteur donnait des interdits quasi-possessoires. Ce sont les interdits ordinaires, *uti possidetis, utrubi, unde vi*, étendus *utilitatis causa* (*Vat. frag.*, §§ 90-93) (V. n° 80).

307. — *Restitutio in integrum*. — On appelle ainsi une voie de droit que le préteur met à la disposition des parties pour leur permettre d'éviter un préjudice auquel les expose l'application rigoureuse des principes du droit civil. Le préteur, en présence d'actes valables *jure civili*, tient ces actes pour nonavenus et remet les choses en l'état où elles étaient avant que ces actes n'eussent eu lieu. De là l'expression *restitutio in integrum* (1).

Avec l'action fictive et l'exception, la *restitutio* a été l'un des moyens employés par le préteur pour corriger l'excessive rigueur d'un droit qui n'admettait aucun des tempéraments que commandent les circonstances, les personnes, l'équité. L'énergie et la franchise du procédé semblent prouver que son introduction dans l'Édit est d'époque assez tardive. C'est d'ailleurs le cas de toutes les créations prétoriennes qui corrigent le droit au lieu de se contenter de le compléter (2).

(6) V. Accarias, t. II, n° 973. La règle du droit nouveau est indiquée dans § 6. *Inst., De interd.*, IV, 15. Elle a passé du droit romain dans le droit du moyen âge où les canonistes la formulent ainsi : *Spoliatus ante omnia restituendus*.

307. — (1) Les différentes dispositions de l'Édit prétorien qui accordent le bénéfice de la *restitutio in integrum* sont conçues chacune dans des termes qui, dissemblables dans la forme, expriment toujours dans le fond la même idée, à savoir que le préteur ne tiendra aucun compte de l'acte; par exemple : *ratum non habebo* (1. Dig., *Quod met. caus.*, IV, 2) : *perinde quasi id factum non sit judicium dabo* (2, § 1. Dig., *De cap. min.*, IV, 5). C'est dans la partie de l'Édit contenant la *clausula generalis* qu'est employée la formule : *in integrum restituam* (1. Dig., *Ex quib. caus.*, IV, 6).

(2) Aussi y a-t-il dans certains cas (dol, violence, fraude), à côté de la *restitution*

Bien que destinée à faire prévaloir l'équité, la *restitutio* n'est pas accordée dans toute circonstance. Le magistrat qui puise dans son *imperium* le pouvoir nécessaire pour l'octroyer, procède à une *cognitio causæ*. La pratique prétorienne a fini par dégager à ce sujet quelques règles générales dérivant toutes de l'idée que la *restitutio* est une voie anormale, un *extraordinarium auxilium* destiné à triompher du droit au lieu, comme l'action, d'aider au triomphe du droit (3). Elle n'est possible que : 1° si l'on a à se plaindre d'un préjudice sérieux ; 2° s'il n'existe pas d'autres voies de droit commun pour réparer ce préjudice ; 3° s'il ne s'est pas écoulé un trop long temps depuis l'acte attaqué (un an, à l'époque classique, quatre ans sous Justinien) ; 4° s'il y a une des justes causes énumérées limitativement par l'Édit : l'âge (minorité de vingt-cinq ans) et pour les majeurs de vingt-cinq ans : l'absence, la violence, le dol, la *capitis deminutio*, l'erreur (V. n^{os} 63, 121, 66) (4).

L'effet produit par la *restitutio* est l'anéantissement de l'acte contre lequel elle est dirigée. Mais le préteur procède à cet égard de deux façons. Tantôt il tire lui-même les conséquences de la rescision prononcée et ordonne de faire ce qui est propre à rétablir l'état de choses antérieur. C'est ainsi qu'un mineur de vingt-cinq ans ayant vendu une chose pour un prix notablement inférieur à sa valeur, le préteur tiendra la vente pour non avenue et ordonnera à l'acheteur de restituer la chose et les fruits, à charge par le mineur de rendre le prix qu'il a touché, *ut unusquisque in integrum jus suum recipiat* (24, § 4 ; 27, § 1. Dig., *De minor.*, IV, 4, Paul, Gaius). Mais parfois le préteur laisse la partie intéressée déduire elle-même les conséquences de la *restitutio* prononcée à son profit. Il lui rend simplement les actions que l'acte attaqué lui avait enlevées ou lui donne l'exception contre les actions fondées sur cet acte. Qu'un mineur de vingt-cinq ans ait livré une chose en exécution d'une vente, s'il obtient la *restitutio in integrum*, le préteur lui rendra l'action en revendication, de façon à lui permettre de reprendre sa chose entre les mains des tiers détenteurs (13, § 1, Dig., *De*

une action *in factum* (*de dolo, quod metus causa, pauliana*) qu'on peut considérer comme antérieure à la *restitutio*, qui a survécu à sa création et a fait dès lors double emploi avec elle. V. Girard, *Manuel élément.*, pp. 1048, 1050.

(3) C'est la formule donnée par Sohm, *Institutionen*, § 56, p. 287. V. 16, pr. Dig., *De min.*, IV, 4, Ulp.

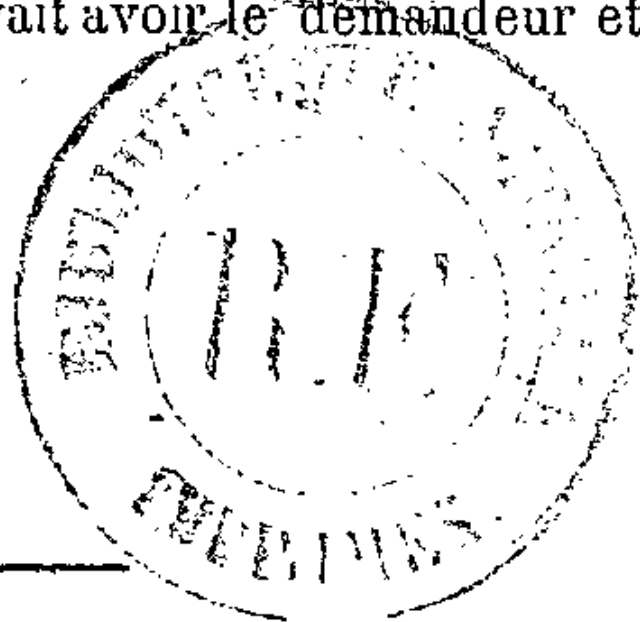
(4) En cas d'absence, le préteur peut restituer *in integrum* la partie à qui l'absence a causé un préjudice ; par exemple lorsqu'une usucapion a été accomplie au préjudice d'un absent, le préteur pourra déclarer par ce moyen l'usucapion non avenue. C'est seulement à l'hypothèse d'absence qu'aurait trait la *clausula generalis* (1, § 1. Dig., *Ex quib. caus.*, IV, 6). v. en ce sens, Girard, *Manuel élément.*, p. 1049.

minor., IV., 4) (5). Mais il faudra donner cette action sous forme fictive, la fiction consistant à supposer que l'acte rescindé n'a pas eu lieu.

Le second procédé paraît avoir été le plus fréquent. Il est clair qu'avec lui, les effets de la *restitutio* ne sont pas aussi pleins qu'avec le premier. L'action ou l'exception rendues par le préteur pouvaient échouer. Mais cette façon d'agir s'imposait, lorsque la *restitutio* eut entraîné le magistrat à des vérifications de fait ou de droit trop compliquées. Le défendeur pouvait prétendre conserver la chose en vertu de droits ayant leur cause dans un acte distinct de celui dont le demandeur réclamait la rescision. Le préteur se bornait alors à rendre au demandeur son action ; il la lui laissait intenter à ses risques et périls. La *restitutio* (*restitutio dato iudicio*) a donc ici la même fonction que les stipulations prétoriennes et les interdits. Elle aboutit à donner au demandeur une action que le droit civil, trop rigoureux, lui refuse. Elle lui rouvre l'accès des voies de droit commun, tout en protégeant les droits que peut avoir le défendeur. On a eu à signaler déjà une application intéressante de ce procédé, à propos de l'action paulienne (V. 291). On en peut citer une seconde, au cas où le préteur rescinde une usucapion déjà accomplie et donne à la personne à qui l'usucapion était opposable la faculté de reprendre la chose soit par la revendication, soit par toute autre action *in rem* (§ 5. Inst., *De act.*, IV, 6) (6).

(5) Les actions ainsi rendues par le préteur sont appelées par Gaius et Ulpian *restitutoriae* ou *rescissoriae* (46, § 3. Dig., *De procur.*, III, 3; 28, § 5, 6. Dig., *Ex quib. caus.*, IV, 6). Les interprètes modernes désignent le décret du magistrat qui a rendu l'action au demandeur sous le nom de *iudicium rescindens*. De là est venue la distinction entre le rescindant et le rescisoire en matière de requête civile.

(6) La fiction consiste ici à supposer l'usucapion non accomplie. C'est précisément le contraire de la fiction sur le fondement de laquelle est donnée l'action publicienne. De là le nom d'action contre-publicienne donné par les interprètes à l'action ainsi restituée. Il ne s'agit pas là d'une action spéciale, ayant des caractères à part, mais simplement, comme le dit Justinien, de l'action *in rem* que pouvait avoir le demandeur et que l'usucapion lui avait fait perdre.



RÉPERTOIRE ALPHABÉTIQUE (1)



Acceptilatio, (201) 399; (202) 401; (203) 404.
Accessio, (98) 191.
Accessio possessionum, (92) 181.
Accipere iudicium, (283) 583.
Accipiens, (126) 246; (130) 254.
 Accroissement dans les institutions d'héritier, (252) 515.
 Accroissement dans les legs, (259) 527.
Acta du magistrat, (168) 321.
Actio, (271) 547; (294) 612.
Actio ad exhibendum, (185) 361.
 » *æstimatoria*, (150) 290.
 » *arborum furtim cæsarum*, (180) 350; (182) 354; (271) 548.
 » *bonæ fidei*, (301) 627.
 » *civilis in factum*, (160) 306; (161) 307.
 » *civilis incerti*, (160) 306; (161) 307.
 » *commodati contraria*, (131) 257.
 » *commodati directa*, (131) 257.
 » *commodati in factum*, (130) 254.
 » *commodati in jus*, (130) 254.
 » *communi dividundo*, (96) 187; (158) 302; (186) 364.
 » *conducti*, (153) 293.
 » *confessoria*, (298) 622.
 » *contraria* (négatoire de servitude), (298) 622.
 » *de æstimato*, (162) 309.
 » *de constituta pecunia*, (165) 314.
 » *de dolo*, (121) 237; (161) 306; (181) 353; (182) 355; (190) 372.
 » *de eo quod certo loco*, (198) 394.
 » *de effusis et dejectis*, (182) 354.
 » *de in rem verso*, (194) 387.

Actio de incendio ruina naufragio, (182) 356.
 » *de iurejurando*, (166) 316.
 » *de pauperie*, (184) 360.
 » *de peculio*, (194) 385.
 » *de positis et suspensis*, (182) 355.
 » *depensi* (219) 439.
 » *depositi contraria*, (132) 258.
 » *depositi directa*, (132) 258.
 » *depositi in factum*, (130) 255.
 » *depositi in jus*, (130) 255.
 » *depositi sequestraria*, (132) 259.
 » *emti*, (146) 280; (149) 285; (150) 288.
 » *ex stipulatu duplæ*, (149) 285.
 » *ex stipulatu* (en cas de dot), (174) 335; (175) 335, 336, 337.
 » *ex testamento*, (255) 520.
 » *exercitoria*, (194) 385.
 » *exercitoria utilis*, (195) 388.
 » *familiæ herciscundæ*, (96) 187; (186) 364.
 » *fiduciæ contraria*, (130) 255.
 » *fiduciæ directa*, (130) 255; (222) 448.
 » *finium regundorum*, (96) 187; (185) 362.
 » *furti*, (179) 347.
 » *hypothecaria*, (223) 452.
 » *in bonum et æquum concepta*, (174) 334.
 » *in factum* (subsidaire de l'*actio de dolo*), (181) 353; (182) 354.
 » *in rem generalis*, (297) 620.
 » *in rem specialis*, (297) 620.
 » *incerti ex stipulatu*, (136) 265; (278) 570.
 » *injuriarum æstimatoria*, (183) 358.

(1) Le chiffre en caractères gras mis entre parenthèses renvoie au numéro du texte, le second en caractères ordinaires renvoie à la page.

Actio institoria, (194) 385.
 » *institoria utilis*, (195) 388.
 » *interrogatoria*, (284) 589.
 » *judicati*, (288) 600.
 » *legis Aquiliæ*, (181) 351, 352.
 » *legis Aquiliæ in factum*, (181) 352, 353.
 » *legis Aquiliæ utilis*, (181) 352.
 » *locati*, (153) 293.
 » *mære pœnalis*, (177) 343.
 » *mandati contraria*, (155) 298; (156) 298.
 » *mandati directa*, (155) 298; (156) 298.
 » *negatoria* (298) 622.
 » *negotiorum gestorum contraria*, (65) 138; (155) 297; (186) 362.
 » *negotiorum gestorum directa*, (61) 127; (65) 138; (155) 297; (186) 362.
 » *negotiorum gestorum in factum*, (186) 363.
 » *noxalis* (184) 360.
 » *pauliana*, (291) 605.
 » *pigneratitia contraria* (133) 259; (222) 449.
 » *pigneratitia directa*, (133) 259; (222) 449; (223) 454.
 » *pœnæ persecutoria ou pœnalis*, (177) 343; (300) 624.
 » *popularis*, (300) 625.
 » *præscriptis verbis*, (160) 306.
 » *pro socio*, (157) 300; (158) 302.
 » *publiciana*, (111) 211; (299) 623.
 » *quanti minoris*, (150) 290.
 » *quasi serviana*, (223) 452; (225) 456.
 » *quod jussu*, (194) 385.
 » *quod metus causa*, (121) 239; (182) 355.
 » *rationibus distrahendis*, (61) 127.
 » *redhibitoria*, (150) 289.
 » *rei persecutoria*, (177) 343; (300) 624.
 » *rei uxoriæ* (174) 334; (175) 335.
 » *restitutoria*, (226) 462.
 » *serviana*, (223) 452; (225) 456.
 » *stricti juris*, (301) 628.
 » *subsidiaria* (61) 129; (65) 138.
 » *tributoria* (194) 386.
 » *tutelæ contraria*, (61) 129; (186) 364.
 » *tutelæ directa*, (61) 128, 129; (62) 131; (186) 364.
 » *tutelæ utilis*, (61) 129.
 » *vectigalis*, (112) 213.
 » *venditi*, (146) 280; (151) 290.
 » *vi bonorum raptorum*, (182) 356.
 Action contre publicienne, (307) 644.

Action en complément de la quarte; (244) 501.
 » en revendication, (V. *vindictio rei*).
 Actions *adjectivæ qualitatis*, (194) 384.
 » arbitraires, (301) 629.
 » au double *contra infitiantem*, (181) 352; (302) 631.
 » *certæ*, (278) 569.
 » civiles, (278) 567; (295) 613.
 » de bonne foi, (301) 625.
 » de droit strict, (301) 625.
 » de la loi, (270) 545.
 » directes, (295) 613.
 » en partage, (96) 186.
 » fictives, (278) 568.
 » honoraires, (278) 568; (295) 613.
 » *in factum*, (278) 568; (295) 613.
 » *in jus*, (278) 567; (295) 613.
 » *in personam*, (272) 550; (278) 567; (295) 616.
 » *in rem*, (272) 550; (278) 567; (295) 615.
 » *in solidum*, (302) 631.
 » *incertæ*, (278) 569.
 » mixtes (*tam in rem quam in personam*), (295) 616.
 » mixtes (*tam rei quam pœnæ persecutoriæ*), (177) 343; (181) 351; (300) 624.
 » préjudicielles, (295) 614.
 » *quæ vindictam spirant*, (193) 381.
 » *restitutoriæ seu rescissoriæ* (307) 644.
 » utiles (295) 613.
 Actor, (269) 543.
 Actus, (103) 198.
 Actus legitimi, (87) 173; (209) 418.
 Addicere, (26) 64; (87) 172; (178) 346; (268) 541.
 Addictio, Addictus, (289) 602.
 Ademptio legati, (258) 525.
 Aditio (d'hérédité), (246) 504.
 Adjectus solutionis gratia, (198) 393; (217) 435.
 Adjudicatio, (96) 186; (280) 577; (295) 616.
 Adoptio, (47) 105; (48) 106; (49) 108, 109.
 » *minus plena*, (49) 108.
 » *plena*, (49) 108.
 » *testamentaria*, (47) 105.
 Adpromissores, (219) 438.
 Adrogatio, (47) 105; (48) 105, 106; (49) 108, 109.
 Adscriptitius, (29) 69.
 Adstipulatio, (180) 351; (217) 434.

Adstipulator, (180) 350; (217) 435.
Adulterium, (43) 95.
Adversaria, (139) 269.
Advocatus, (269) 543.
Æs, (84) 168.
 » *rude*, (85) 170; (126) 246.
 » *signatum*, (85) 170; (126) 247.
Æstimare, (272) 552; (280) 574.
Æstimatum, (162) 309.
Ætas legitima, (63) 134.
Affectus furandi, (178) 345.
Affinitas, (41) 93.
Affranchissement, (25) 62.
 » *censu, vindicta, testamento*, (26) 63, 64.
Ager compascuus, (72) 149.
 » *occupatorius*, (72) 148, 149.
 » *privatus*, (72) 148.
 » *publicus*, (72) 148.
 » *romanus*, (72) 148.
 » *vectigalis*, (112) 213.
Agere, (9) 22; (271) 546; (276) 559.
 » *lege*, (271) 547.
 » *præscriptis verbis*, (161) 307.
Agnatio, (44) 96.
Agnats, (44) 97; (235) 482.
Agnatus proximus, (235) 483.
Album, (10) 27.
Album iudicum, (268) 541.
Alliance, (41) 93.
Animus, (78) 161; (88) 173.
 » *donandi*, (167) 318.
 » *novandi*, (199) 397; (200) 397.
Antestari, (272) 549.
Antichrèse, (222) 451.
Antipherna, (176) 340.
Apocha, (202) 401; (277) 564.
Appellatio, (288) 601.
Appulsus (pecoris ad aquam), (103) 198.
Aquæductus, (103) 198.
Aquæhaustus, (103) 198.
Arbiter, (268) 542.
 » *litis æstimandæ*, (280) 576.
Arbitrium, (301) 625.
 » *bonæ fidei*, (301) 632.
 » *litis æstimandæ*, (280) 574.
 » *rei uxoriæ*, (174) 334.
Arca, (139) 270.
Argentarii, (142) 273; (164) 314; (205) 408; (206) 410.
Arrhâ, (218) 435.
 » *sponsalitia*, (218) 436.
Ascendentes, (240) 493; (243) 500.
Assertor libertatis, (26) 63; (295) 615.
Auctor, (59) 124; (148) 284.
Auctoritas (12) 34; (148) 283.

Auctoritas principis, (13) 37.
 » *tutoris*, (57) 121; (59) 124; (62) 131; (64) 137.
Auxilium extraordinarium, (307) 643.

B

Barbarus, (32) 76.
Bénéfice de cession d'actions, (220) 441; (221) 445.
 » *de cession de biens*, (289) 602; (292) 608.
 » *de compétence*, (175) 336; (302) 631.
 » *de discussion*, (220) 443; (221) 445.
 » *de division*, (220) 442; (221) 445.
 » *d'inventaire*, (248) 507.
Bona, (67) 141, 142; (227) 463; (236) 485.
 » *adventitia*, (36) 85.
 » *materna*, (36) 85.
Bonne foi (acquisition des fruits), (97) 188.
 » *(usucapion)*, (92) 179.
Bonorum addictio (libertatum servandarum causa), (265) 536.
 » *distractio*, (292) 608.
 » *emtor*, (205) 408; (206) 410; (222) 447; (290) 604.
 » *possessio*, (236) 485; (240) 493.
 » *possessio contratabulas*, (237) 487; (242) 498.
 » *possessio cum re, sine re*, (236) 486, 487; (249) 509.
 » *possessio decretalis*, (249) 508.
 » *possessio edictalis*, (249) 509.
 » *possessio ex testamento*, (237) 487.
 » *possessio intestati*, (237) 487.
 » *possessio secundum tabulas*, (233) 480; (237) 487.
 » *possessio unde cognati*, (238) 489.
 » *possessio unde legitimi*, (238) 489.
 » *possessio unde liberi*, (238) 488.
 » *possessio unde vir et uxor*, (238) 490.
 » *possessor*, (236) 485.
 » *sectio*, (290) 603.
 » *separatio*, (248) 507.
 » *venditio*. V. *venditio bonorum*.
Bonum et æquum, (301) 629.

C

- Caduca*, (252) 516; (259) 527.
Cælibes, (251) 514; (252) 517.
Capitis deminutio, (66) 138.
 » » *maxima*, (66) 139.
 » » *media*, (66) 139.
 » » *minima*, (66) 139.
Capito, (14) 40.
Captivitas, (22) 57.
Caput, (20) 54; (66) 138; (129) 252.
Carcer, (274) 556; (289) 602.
Carmen famosum, (183) 357.
Castrati, (40) 91.
Casus fortuitus, (191) 376.
Causa, (119) 229; (121) 235; (296) 619.
 » *justa*, (88) 175; (92) 179.
 » *lucrativa*, (197) 392; (258) 525.
 » *perpetua*, (102) 196.
Causæ centumvirales, (276) 562.
 » *conjectio*, (273) 554.
 » *obligationum*, (208) 417.
 » *peroratio*, (273) 554.
Cautio, (135) 263; (139) 269; (142) 273.
 » *damni infecti*, (304) 635.
 » *de dolo*, (190) 372.
 » *de evictione*, (148) 284; (150) 289.
 » *judicatum solvi*, (284) 591; (304) 635.
 » *ratam rem dominum habiturum*, (284) 592.
 » *rei uxoriæ*, (174) 334.
 » *rem pupilli salvam fore*, (61) 128; (304) 635.
 » *usufructuaria*, (108) 205; (304) 635.
Cautionnement, (219) 438.
Cavere, (9) 22.
Celsus, (14) 40.
Centumvirs, (243) 499; (268) 542.
Cera, (230) 470.
Chirographum, (135) 263; (139) 269; (142) 273.
Circitores, (162) 309.
Civis, (30) 70.
 » *minuto jure*, (32) 74.
 » *optimo jure*, (32) 73.
Civitas, (20) 54.
Clarissimi, (30) 71.
Clause stipulatoire, (135) 264.
Clausula arbitraria, (280) 576; (301) 629.
 » *doli*, (138) 268; (190) 374.
 » *generalis*, (307) 643.
Client, (162) 309.
Code grégorien, (16) 45.
 » *hermogénien*, (16) 45.
 » *théodosien*, (16) 45.
 » *justinien*, (17) 46.
Codex, (16) 45.
Codices accepti et expensi, (139) 269.
Codicillus, (264) 533.
Codification, (15) 43.
Coemptio, (38) 88.
Cognati, (238) 489.
Cognatio, (44) 96.
Cognitio causæ, (305) 637; (307) 643.
 » *extra ordinem*, (267) 540; (287) 599; (293) 609.
Cognitor, (284) 589.
Cognomen, (26) 65.
Collatéraux, (240) 494; (243) 500.
 » *ordinaires*, (240) 494.
 » *privilégiés*, (240) 494.
Collatio dotis, (250) 511.
 » *emancipati*, (250) 510.
 » *legum mosaicarum et romanarum*, (16) 45.
Collegium, (20) 53.
Colliberti, (159) 303.
Colonat, (29) 68.
Colonus, (29) 69; (153) 292.
Commodator, (131) 256.
Communio, (96) 186.
Comperendinatio, (272) 551.
Compensatio, (204) 406; (205) 408.
Composition pécuniaire, (177) 341; (183) 357.
Concubina, (46) 103.
Concubinatus, (46) 103.
Condemnare, (280) 576.
Condemnatio, (280) 571.
 » *certæ pecuniæ*, (280) 577.
 » *incerta cum taxatione*, (280) 577.
 » *incerta et infinita*, (280) 577.
 » *incertæ pecuniæ*, (280) 577.
Condicere, (165) 314.
Condictio, (272) 552; (301) 629.
 » *causa data causa non secuta*, (161) 306.
 » *certa*, (139) 269; (278) 570.
 » *certæ pecuniæ*, (128) 250; (136) 265.
 » *certæ rei*, (136) 265.
 » *ex injusta causa*, (187) 368.
 » *ex lege*, (167) 317.
 » *ex mutuo*, (128) 250.
 » *furtiva*, (179) 348.
 » *indebiti*, (187) 366; (189) 370.

Condictio ob rem dati, (161) 306; (187) 368.
 » *ob turpem causam*, (187) 369.
 » *obligationis*, (142) 274; (187) 368.
 » *sine causa*, (138) 263; (141) 273; (187) 368.
 » *triticaria*, (128) 250; (136) 265.
Conditio, (209) 421.
 Condition résolutoire, (209) 422; (210) 423.
 » *suspensive*, (209) 421.
Conductor, (153) 292; (154) 295, 296.
Confarreatio, (38) 88.
Confessio in jure, (284) 587.
Confessus, (274) 556; (284) 587; (290) 603.
 Confusion, (105) 200; (197) 392.
Congruentia (verborum), (135) 263; (202) 401.
Consensus, (121) 234.
 » *curatoris*, (64) 137.
Consilium principis, (14) 39.
 » *propinquorum*, (35) 82; (45) 101.
 Consolidation (de l'usufruit), (110) 207.
Constituere, (165) 314.
Constitutum, (165) 314; (203) 403; (221) 446.
 Constitutions impériales, (12) 35.
Consuetudo, (7) 16.
Consulares, (268) 541.
Consulere, (9) 22.
Continuatio possessionis, (92) 181.
Continuus actus, (135) 262.
Contra vindicatio, (272) 550.
Contractus, (114) 217; (118) 227.
Contradictor (justus), (286) 599.
Contrarius actus, (196) 391; (201) 398.
 Contrats de bonne foi, (119) 233.
 » *de droit strict*, (119) 232.
 » *formels*, (119) 230.
 » *synallagmatiques parfaits*, (119) 232; (143) 275.
 » *synallagmatiques imparfaits*, (130) 256; (156) 299.
 » *unilatéraux*, (119) 232.
Contrectatio rei, (178) 345.
Contubernium, (23) 58; (46) 103.
Contumelia, (183) 357.
Conventio, (118) 226; (121) 234.
Conventus, (269) 545.
 Corréalité, (212) 427.
Corrector, (268) 541.
Correi, (212) 427.
Corpus (possessionis), (78) 161; (88) 174.
 Coutume, (7) 16.
 Créance litigieuse, (207) 414.

Creditor, (114) 217, 218.
Creditum, (221) 446.
Cretio, (246) 504, 505.
 » *perfecta*, (246) 504.
Crimen, (178) 346; (183) 358.
 » *suspecti curatoris*, (65) 137, 138.
 » *suspecti tutoris*, (61) 127.
Culpa, (180) 350; (190) 372, 374.
 » *lata*, (190) 374.
 » *levis*, (190) 374.
 » *levissima*, (190) 375.
Cura, (63) 132.
 Curatelle des fous, (63) 132.
 » *des mineurs de 25 ans*, (63) 133.
 » *des prodigues*, (63) 133.
 Curateurs permanents, (63) 135.
Curatio, (54) 116; (63) 132.
Curator bonorum vendendorum, (292) 608.
Curie, (51) 110.
Custodia, (59) 123; (146) 280; (179) 348; (190) 374.
Custodia et observatio bonorum, (284) 587; (290) 603.

D

Damnare, (272) 552; (280) 575.
Damnas esto, (255) 520.
Damnatio, (280) 575.
Damnum, (192) 379.
 » *emergens*, (192) 379.
 » *infectum*, (276) 562.
 » *injuria datum*, (180) 349; (182) 354.
 » *sine injuria datum*, (184) 360.
Dare, (123) 241.
 » *formulam, judicium*, (277) 564; (283) 583.
Datio in solutum, (203) 403.
 » *dotis*, (172) 329.
 » *tutoris*, (56) 119.
Debitor, (114) 217, 218.
Decemviri legibus scribendis, (7) 18.
 » *litibus judicandis*, (268) 542.
Decreta, (12) 35; (305) 636.
Deductio (du bonorum emtor), (205) 408; (206) 410.
 » *(servitutis)*, (104) 199; (109) 206.
Defendere, (284) 587.
Defensio, (186) 363.
Defensor, (284) 590.
Defraudator, (205) 408; (291) 605.
 Degrés de parenté, (41) 92.

Delegare, (140) 272.
Delegatio, (140) 272.
 Délégation, (207) 416.
Delictum privatum, (177), 342.
 Délit, (177), 340.
 » public, (177) 342.
Demonstratio, (279) 570.
Denegatio actionis, (277) 563.
Denuntiatio, (149) 286, (207) 416; (272) 552, (277) 563.
 Dépôt, (132) 258.
 Dépôt irrégulier, (132) 259.
 » nécessaire ou misérable, (132) 258.
Derelictio, (99) 191.
Descendentes, (240) 493; (243) 500.
 Détention, (78) 161.
Dicta aut promissa, (150) 288.
Dictio dotis, (134) 260; (172) 329.
Dies, (209) 417.
 » *cedit*, (209) 417; (257) 523.
 » *fasti*, (9) 21; (269) 544.
 » *feriati*, (269) 545.
 » *incertus*, (209) 417; (232) 475.
 » *judiciarii*, (269) 545.
 » *nefasti*, (9) 21; (269) 544.
 » *venit*, (209) 417; (257) 523.
 Digeste, (17) 47.
Diligentia, (190) 374.
Dissensus, (201) 400.
Distractio (bonorum), (222) 446.
Divortium, (45) 101.
 Dol, (121) 236; (190) 372, 374.
Doli capacitas, (177) 343.
Dolus bonus, malus, (121) 237.
Dominium ex jure quiritium, (75) 155; (111) 209; (296) 617.
 » *nudum*, (107) 203; (111) 211.
Dominus, (155) 296; (227) 464.
 » *nudus*, (111) 211.
 » *rei gestæ*, (186) 362.
Domus, (34) 79; (75) 154; (246) 503, 504.
Donatio sub modo, (168) 322.
Donatio mortis causa, (169) 323.
Donatio inter virum et uxorem, (170) 325.
Dos, (171) 328.
 » *adventitia*, (172) 329.
 » *profectitia*, (172) 329.
 » *receptitia*, (174) 335.
 Droit, (1) 2, 4.
 » coutumier, (8) 19.
 » de rétention, (222) 449; (223) 453.
 » naturel, (2) 6.
 » pénal, (177) 341.
 » positif, (2) 5.
 » privé, (3) 7.

Droit public, (3) 7.
 » personnel, (67) 141.
 » réel, (67), 141.
Duoviri, (268) 541.
Duplicatio, (282) 581.

E

Edere judicium, (283) 583.
Edictum, (10) 24; (12) 35.
 » *perpetuum*, (10) 27; (13) 37.
 » *repentinum*, (10) 27.
 » *successorium*, (237) 488.
 » *tralatitium*, (10) 27.
Édit de alterutro, (175) 337.
 » des Édiles curules, (150) 289.
Editio actionis, (277) 563.
 Émancipation, (52) 112; (238) 488; (250) 510.
 Empereur, (268) 541; (288) 501; (293) 609.
Emphyteusis, (112) 212.
Emtio venditio, (144) 276.
Emtor, (144) 277.
 Enrichissement sans cause, (187) 365.
Epistola Hadriani, (220) 442.
Eremodicium, (293) 610.
Ereptoria, (265) 536.
 Erreur (dans les conventions), (121) 236.
Erroris causæ probatio, (51) 110.
 Estimation, (173) 331.
Exceptio, (281) 578.
 » *doli*, (121) 237; (138) 268; (141) 273; (144) 278; (162) 310; (220) 442; (222) 449.
 » *in id quod facere potest*, (302) 631.
 » *jurisjurandi*, (166) 316; (203) 405; (284) 588.
 » *justi domini*, (299) 624.
 » *legis Cincix*, (168) 320.
 » *longæ possessionis*, (94) 184.
 » *longi temporis*, (94) 184.
 » *non numeratæ pecuniæ*, (142) 274.
 » *pacti conventi*, (163) 311; (164) 313; (203) 404.
 » *peremptoria*, (303) 633.
 » *quod metus causa*, (121) 239.
 » *rei donatæ et traditæ*, (168) 321; (296) 619.
 » *rei in judicium deductæ*, (283) 584; (286) 597.
 » *rei judicatæ*, (203) 405; (286) 597.

Exceptio rei venditæ et traditæ, (149) 288 ; (296) 619.
 » *restitutæ hereditatis*, (262) 531.
 » *Senatusconsulti Macedoniani*, (129) 251.
 » *Senatusconsulti Velleiani*, (226) 462.
Exception d'hypothèque, (225) 459.
Excussio personalis, realis, (225) 457.
Exercitor, (194) 385.
Expensilatio, (140) 271.
Expressa causa agere, (286) 599.
Expromissor, (226) 461.

F

Facere, (123) 241.
Familia, (20) 54 ; (67) 142 ; (70) 146 ; (75) 154 ; (227) 463 ; (230) 469 ; (236) 485.
Familix emtor, (230) 469.
Familiaris, (23) 59.
Famille, (33) 76.
Famulus, (23) 59.
Fas, (6) 13 ; (9) 21.
Fenus, (129) 252.
 » *nauticum*, (129) 252.
Festuca, (26) 63 ; (134) 261 ; (272) 550.
Fidéicommis, (253) 517.
Fideicommissarius, (260) 528.
Fideicommissum, (260) 528.
 » *singulæ rei*, (260) 528.
Fidejussio, (219) 440.
 » *indemnitas*, (220) 443.
Fidepromissio, (219) 438.
Fidepromissor, (219) 439.
Fides, (61) 128 ; (124) 244 ; (130) 254 ; (190) 374 ; (230) 470 ; (260) 529 ; (301) 627, 628.
Fides (bona), (119) 233 ; (124) 244 ; (130) 256 ; (301) 627.
Fiducia, (130) 254 ; (222) 447.
Fiduciarius, (260) 528.
Filiafamilias, (34) 79.
Filius primo gradu, (242) 497.
Filiusfamilias, (34) 79.
Fisc, (259) 527 ; (265) 536.
Fonds italiques, (72) 148.
 » *provinciaux*, (72) 149.
Formula, (276) 559 ; (293) 610.
 » *arbitraria*, (280) 576 ; (305) 638.
 » *petitoria*, (296) 618.
 » *rutiliana*, (290) 604.
 » *serviana*, (290) 604.

Formulæ præjudiciales, (280) 574.
Fraudator, (291) 605.
Fruits, (97) 189 ; (108) 204.
Fundi patrimoniales, (112) 213.
Furiosus, (63) 132 ; (64) 135.
Furor, (63) 132.
Furtum, (178) 345.
 » *manifestum*, (178) 345 ; (179) 347.
 » *nec manifestum*, (178) 345 ; (179) 347.

G

Gaius, (14) 40.
Gens, (44) 98 ; (235) 483.
Gentilis (44) 98 ; (235) 483.
Genus, (127) 248.
Gestio (negotiorum), (155) 297 ; (186) 362.
 » *pro herede*, (246) 505.
 » *tutoris*, (57) 121 ; (59) 124.
Gestor (negotiorum), (155) 297 ; (186) 362.
Gradus, (41) 92.

H

Habitatio (106) 202.
Hasta, (268) 542 ; (272) 550.
Hereditas, (227) 463 ; (249) 510.
 » *fideicommissa*, (260) 528.
 » *jacens*, (246) 504.
Heredium, (75) 154.
Heres, (227) 463 ; (297) 620.
 » *domesticus*, (235) 482 ; (246) 503.
 » *ex asse*, (232) 475.
 » *extraneus*, (246) 504 ; (248) 507.
 » *legitimus*, (228) 466.
 » *necessarius*, (246) 503 ; (248) 507.
 » *suus et necessarius*, (235) 481 ; (246) 503 ; (248) 506.
 » *voluntarius*, (246) 504.
Herus, (181) 352 ; (227) 463.
Honorarium, (154) 296 ; (155) 298.
Hostis, (32) 73.
Hypotheca, (223) 451, 453.

I

Id quod interest, (179) 347 ; (181) 352 ; (192) 379.
Imperium, (10) 24 ; (268) 540 ; (276) 360 ; (304) 634 ; (305) 636 ; (307) 643.

Impetratio dominii, (225) 457.
Impubère, (40) 91.
In bonis habere, (111) 210.
In causa caduci, (252) 516.
In diem addictio, (210), 423.
In jure cessio, (87) 172.
 » » » *hereditatis*, (265) 536.
In jus vocatio, (272) 549; (277) 563.
Indebitum solutum, (187) 366.
Indefensio, (284) 587.
Indefensus, (290) 603.
Indivision, (96) 186; (186) 364.
Infans, (58) 122.
Infantiæ proximus, (58) 122.
Infamie, (143) 276; (156) 298; (157) 300;
 (182) 355; (186) 363; (290) 604; (292)
 608.
Infitiatio, (150) 288; (181) 353; (187) 367;
 (302) 631.
Ingenui, (25) 62.
Injuria, (180) 351; (183) 356.
 » *atrox*, simple, (183) 358.
Inquilinus, (29) 69; (153) 292.
Insani, (63) 132.
Insinuatio, (168) 321.
Institor, (194) 385; (195) 388.
Institutes de Justinien, (17) 47.
Instrumentum, (135) 263; (139) 269;
 (285) 593.
 » *dotale*, (46) 103.
Intentio, (278) 566.
Intercessio, (226) 461; (288) 600.
Interdiction, (63) 133.
Interdictum, (77) 157; (305) 636.
Interdit de mortuo inferendo, (305) 638.
 » *de precario*, (162) 309; (306)
 641.
 » *de superficie*, (112) 214.
 » *fraudatoire*, (306) 640.
 » *ne quid in loco publico, sa-
 cro fiat*, (305) 638, 639.
 » *possessorium*, (306) 639.
 » *quorum bonorum*, (236) 485;
 (306) 639.
 » *salvianum*, (323) 452, (306)
 640.
 » *sectorium*, (306) 639.
 » *unde vi*, (306) 641.
 » *uti possidetis*, (306) 640.
 » *utrubi*, (306) 640.
Interdits adipiscendæ possessionis,
 (306) 639.
 » *de divinis rebus*, (305) 638.
 » *de humanis rebus*, (305) 638.
 » *doubles*, (306) 640.
 » *possessoires*, (78) 160; (306)
 639.

Interdits publici juris, (305) 639
 » *quæ rei persecutionem con-
 tinent*, (305) 639.
 » *quæ possessionis persecutio-
 nem continent*, (305) 639.
 » *quasi possessoires*, (80) 164;
 (306) 642.
 » *recuperandæ possessionis*,
 (306) 641.
 » *rei familiaris*, (305) 639.
 » *retinendæ possessionis*, (306)
 640.
Intérêts, (129), 252.
 » *conventionnels, moratoires*,
 (192) 380.
Interpres, (9) 20.
Interpretatio, (9) 20.
Interrogatio in jure, (284) 589.
Invecta illataque, (223) 452.
Inventarium, (61) 129.
Iter, (103) 198.

J

Judex, (267) 539; (268) 542; (277) 565.
 » *datus*, (268) 543.
 » *pedaneus*, (268) 543; (293) 610.
 » *unus*, (268) 542.
Judicatus, (274) 556; (280) 574; (284)
 587; (290) 603.
Judicatum, (280) 574; (288) 600.
Judicia, (301) 625.
 » *bonæ fidei*, (301) 627.
 » *duplicia*, (280) 573, (295) 617.
 » *extraordinaria*, (293) 610.
Judicium, (267) 539; (273) 553; (285)
 592; (293) 610; (294) 612.
 » *centumvirale*, (268) 542.
 » *imperio continens*, (285) 593.
 » *legitimum*, (285) 593.
 » *tutelæ*, (61) 129.
Jura, (69) 145; (101) 194.
 » *patronatus*, (26) 65.
Juridici, (268) 541.
Jurisdictio, (10) 24; (268) 540.
Jurisperitus, (9) 21.
Jurisprudens, (9) 21.
Jurisprudentia, (9) 21.
Jus (droit profane), (6) 13; (9) 21.
 » (première phase de l'instance),
 (267) 539; (272) 549; (277) 563;
 (293) 610.
Jus abstinendi, (248) 506.
 » *abutendi*, (75) 153.
 » *accrescendi*, (252) 515.

Jus accrescendi ad certam portionem, (242) 498.
 » *arenæ fodiendæ*, (103) 198.
 » *caduca vindicandi*, (252) 516.
 » *calcis coquendæ*, (103) 198.
 » *capiendi ex testamento*, (251) 513; (258) 525.
 » *civile*, (5) 12; (6) 14; (9) 23; (11) 30.
 » *commercii*, (30) 70.
 » *connubii*, (26) 64; (30) 70; (41) 91.
 » *distrahendi*, (222) 450; (225) 457.
 » *emphyteuticum*, (112) 212.
 » *fraternitatis*, (157) 300.
 » *frucendi*, (75) 153; (108) 204.
 » *gentium (système du)*, (11) 30.
 » *habitandi domum*, (106) 202.
 » *honorarium*, (10) 24, 27.
 » *in agro vectigali*, (112) 212.
 » *italicum*, (72) 151.
 » *liberorum*, (239) 491.
 » *moribus constitutum*, (7) 16.
 » *naturale*, (11) 30.
 » *non scriptum*, (7) 16.
 » *novum*, (12) 33.
 » *offerendæ pecuniæ*, (225) 459.
 » *oneris ferendi*, (103) 198.
 » *paganorum*, (264) 534.
 » *parietum*, (103) 198.
 » *pascendi*, (103) 198.
 » *postliminii*, (25) 62.
 » *projiciendi*, (103) 198.
 » *proprium civium romanorum*, (5) 12; (6) 14.
 » *respondendi*, (13) 37.
 » *scriptum*, (7) 16.
 » *stillicidii vel fluminis recipiendi*, (103) 198.
 » *tigni immittendi*, (103) 198.
 » *utendi*, (75) 153; (108) 203.
Jusjurandum judiciale, (285) 593.
 » *liberti*, (134) 260.
 » *necessarium*, (284) 588; (285) 593.
 » *voluntarium*, (166) 316;
Jussus judicis, (280) 577.
Juste titre putatif, (92) 179.
Justice privée, (266) 537; (271) 548; (274) 554.
Juventius Celsus, (14) 40.

K

Kalendarium, (139) 269.

L

Labeo, (14) 40.
Latini, (32) 74.

Latini coloniarii, (32) 74.
 » *juniani*, (27) 66.
 » *veteres*, (32) 74.
Latium majus, minus, (32) 75.
Legare, (228) 465; (230) 469; (255) 518.
Legatarius, (254) 518.
Legatum, (230) 469; (255) 518.
 » *partitionis*, (256) 522.
Legatus Cæsaris, (268) 541.
Leges, (15) 43.
 » *caducarix*, (252) 516.
 » *data*, (12) 33.
 » *regiæ*, (7) 18.
 » *rogata*, (12) 32.
 » *romanæ barbarorum*, (16) 45.
Legis actio, (30) 70; (271) 547; (276) 562.
Legitima pars, (245) 502.
Légitimation, (51) 111.
Legitimi, (228) 466; (238) 489.
Legs, (253) 517; (254) 518.
 » *per damnationem*, (255) 519.
 » *per præceptionem*, (255) 519.
 » *per vindicationem*, (255) 519.
 » *sinendi modo*, (255) 520.
Lésion d'outre moitié, (145) 280.
Lex, (7) 17.
 » *bonorum vendendorum*, (290) 603.
 » *centuriata*, (7) 17.
 » *commissoria*, (210) 423; (222) 450.
 » *curiata*, (7) 17.
 » *mancipii*, (150) 288.
 » *præpositionis*, (194) 385.
 » *privata*, (7) 17.
 » *publica*, (7) 17.
Libellus repudii, (45) 102.
Liber, (238) 488.
Liberalis causa, (295) 614.
Liberatio, (114) 217; (196) 389, 391.
Liberi naturales, (46) 104; (51) 111.
Liberi non justis, (51) 110.
Libertas, (20) 54.
Libertinus, (25) 62; (26) 64.
Libertus, (25) 62; (26) 65.
 » *orcinus*, (26) 64.
Libra (ænea), (85) 170; (126) 246.
Libripens, (84) 168; (85) 170; (126) 246.
Lis, (273) 553; (283) 583.
Litis contestatio, (204) 405; (273) 554; (283) 583; (287) 600; (293) 610.
 » *denuntiatio*, (277) 563.
Litteræ, (139) 269.
Locatio conductio, (152) 291.
 » » *operarum, operis*, (152) 291, 292; (154) 295, 296.
 » » *rerum*, (152) 291.

- Locatio partiaria*, (153) 292.
Locator, (153) 292; (154) 295, 296.
Loi, (7) 17.
 » *Æbutia*, (10) 26; (276) 561.
 » *Ælia Sentia*, (27) 66.
 » *Apuleia*, (219) 439.
 » *Aquila*, (180) 350.
 » *Atilia*, (56) 120.
 » *Atinia*, (92) 181.
 » *Calpurnia*, (272) 552.
 » *Canuleia*, (30) 71.
 » *Cicereia*, (219) 440.
 » *Cincia*, (168) 319.
 » *Cornelia (de injuriis)*, (183) 358.
 » *Falcidia*, (258) 526; (263) 532.
 » *Fufia Caninia*, (27) 66.
 » *Furia (de sponsu)*, (219) 439; (274) 557.
 » *Furia (testamentaria)*, (258) 526; (274) 557.
 » *Julia*, (32) 75.
 » *Julia de adulteriis*, (45) 102; (173) 330.
 » *Julia de fundo dotali*, (173) 330.
 » *Julia de vi*, (92) 181.
 » *Julia et Pappia Poppæa*, (27) 67; (123) 241; (172) 329; (251) 513; (252) 516; (259) 527; (263) 532.
 » *Julia et Titia*, (56) 121.
 » *Julia municipalis*, (130) 254.
 » *Junia Norbana*, (27) 66; (251) 513.
 » *Minicia*, (31) 73.
 » *Petronia*, (24) 61.
 » *Plætoria*, (63) 133.
 » *Plautia*, (92) 181.
 » *Plautia Papiria*, (32) 75.
 » *Pætilia Papiria*, (126) 247.
 » *Publilia*, (219) 439; (274) 557.
 » *Rubria (de Gallia cisalpina)*, (123) 241.
 » *Silia*, (272) 552.
 » *Voconia*, (231) 474; (258) 526.
 » des citations, (16) 44.
 » des XII Tables, (7) 18.
Lois agraires, (72) 149.
 » caducaires (V. *Loi Julia et Pappia Poppæa*).
 » *Juliaë judiciariæ*, (276) 561; (289) 602.
Lucrum cessans, (192) 379.
Luere pignus, (274) 557.

M

Magister (bonorum vendendorum), (290) 603.

- Magister navis*, (194) 385; (195) 388.
Magistrats municipaux, (56) 121; (61) 129; (65) 138; (268) 541.
Magistratus, (267) 539.
Major XXV annis, (63) 134.
Mancipatio, (84) 168; (144) 277.
 » *familiæ*, (230) 469.
Mancipium, (21) 55; (53) 115; (84) 168.
 » *fiduciæ causâ*, (53) 115.
Mandans (155) 296.
Mandat ad litem, (284) 589.
Mandata principum, (12) 35; (264) 534.
Mandatarius, (155) 296.
Mandator, (155) 296; (221) 444.
Mandatum, (155) 296.
 » *pecuniæ credendæ*, (221) 444.
Manum depellere, (274) 557.
Manumissio, (25) 62.
Manus, (38) 86; (43) 94; (53) 114.
 » *fiduciæ causa*, (53) 114.
 » *injectio*, (274) 554.
 » *injectio judicati*, (274) 556; (280) 574; (289) 602.
 » *injectio pro judicato*, (274) 557.
 » *injectio pura*, (274) 557.
 » *militaris*, (301) 630.
Manuum consortio, (272) 550.
Maritus, (38) 86.
Materfamilias, (34) 79.
Matriarcat, (33) 77.
Matrimonium (justum), (37) 86.
 » *(dispar)*, (31) 73.
 » *sine connubio*, (46) 102.
Mente capti, (63) 132; (64) 136.
Merces, (152) 292.
Merx, (145) 279.
 » *peculiaris*, (194) 386.
Metus, (121) 238.
Milites, (30) 72; (264) 534.
Minor XXV annis, (63) 134; (64) 136.
Minus petitio, (284) 589.
Missio in possessionem, (290) 603.
 » » » *rei servandæ causa*, (290) 603.
Modus, (211) 425.
 » *legitimus*, (129) 252; (168) 320.
Mora, (191) 376; (192) 380.
Mores, (7) 16; (10) 28.
Mortis causa capio, (253) 517.
Mos, (7) 16.
Moyens de défense, (281) 578.
Multa, (85) 170.
Mutatio rei, (110) 108.
Mutuæ petitiones, (285) 596.
Mutui datio, (126) 246; (127) 249.

Mutuum, (126) 246.
Mutuus dissensus, (201) 400; (202) 402.

N

Negotiorum gestio, gestor, (155) 297; (186) 362.
Negotium civile, (118) 227; (119) 232; (144) 278; (161) 307.
 » *mixtum*, (168) 322.
 » *novum*, (161) 307.
Nepotes, (34) 79.
Nexum, (114) 217; (126) 246.
Nomen, (139) 270.
 » *arcarium*, (139) 270.
 » *gentilitium*, (26) 65; (44) 98.
 » *transcriptitium*, (140) 271.
 Non usage (des servitudes), (105) 201; (110) 207.
Novatio, (199) 395.
 Nouvelles, (17) 47.
Noxa, Noxia, (180) 350; (184) 359.
Noxæ deditio, (184) 359.
Nuda pactio, (118) 227.
 » *proprietas*, (107) 203.
 » *repromissio*, (304) 635.
Nudum dominium, (107) 203.
Nuncupatio, (126) 246; (230) 471.
Nuntius, (143) 275.
Nuptiæ justæ, (37) 86.
 » *nefarix et incestæ*, (41) 92.

O

Obligatio, (114) 217.
 Obligation alimentaire, (185) 362.
 » pure et simple, (209) 417.
 Obligations *certæ*, (123) 242.
 » civiles, (116) 222, 224; (189) 369.
 » conventionnelles, (117) 225.
 » corréales, (212) 427.
 » cumulatives, (212) 426.
 » *ex delicto*, (177) 341.
 » honoraires, (116) 222.
 » *incertæ*, (123) 242.
 » indivisibles, (212) 426.
 » légales, (117) 226; (185) 361.
 » modes d'extinction *exceptionis ope*, (196) 390.
 » modes d'extinction *ipso jure*, (196) 390.
 » naturelles, (116) 224; (189) 369.

Obligations *quasi ex delicto*, (177) 344; (182) 354.
 » solidaires, (215) 432.
 » intransmissibilité active, passive, (193) 381.
Obsignare, (230) 471.
Occentatio, (183) 357.
Occupatio, (82) 166.
Officium, (10) 28; (61) 126; (143) 276; (162) 309.
Officium judicis, (285) 595.
 » *pietatis*, (243) 499; (244) 501.
 Offres de paiement, (198) 393.
Operæ, (154) 296.
 » *servorum aut animalis*, (106) 202.
Optio tutoris, (62) 132.
Oratio Antonini, (170) 326.
 » *principis*, (12) 34.
Orator, (269) 543.
Orbus, (251) 514; (252) 517.
 » *judiciorum privatorum*, (267) 540.
 » *senatorius*, (30) 71.
Originarius, (29) 69.

P

Pacta adjecta, (163) 310.
 Pacte de réméré, (210) 423.
 Pactes légitimes, (118) 229; (167) 317.
 » prétoriens, (118) 228; (164) 313.
Pactio, (118) 226.
Pactum, (118) 226; (177) 341.
 » *de constituta pecunia*, (V. *constitutum*).
 » *de jurejurando*, (203) 404.
 » *de non petendo*, (203) 404.
 » *displicentiæ*, (210) 424.
 » *fiduciæ*, (130) 254; (222) 447.
Pagani, (30) 72; (264) 534.
 Pandectes, (17) 47.
 Papinien, (14) 41.
 Paraphernaux, (171) 328; (173) 332.
 Parenté, (41) 92; (44) 96.
 Partage (96) 186; (186) 364.
Pater, (33) 77; (34) 78; (228) 465; (252) 516; (259) 527.
Paterfamilias, (V. *Pater*).
 Patriarcat, (33) 77.
 Patriciens, (30) 71.
Patrimonium, (67) 142.
Patronus, (25) 62; (269) 543.
 Paul, (14) 41.
Pauperies, (184) 360.
Peculatus, (85) 170.

- Peculium*, (23) 59, 60; (36) 84; (171) 328; (194) 386.
 » *adventitium*, (36) 85.
 » *castrense*, (36) 84.
 » *profectitium*, (36) 84.
 » *quasi castrense*, (36) 84.
Pecunia, (67) 142; (70) 146; (75) 154; (85) 170; (165) 314; (227) 463.
 » *trajectitia*, (129) 253.
Pecus, (85) 170; (180) 350.
Pensatio, (204) 406.
Pensio, (112) 213; (153) 292.
Peregrinus, (32) 74.
 » *dediditius*, (32) 75.
 Péremption de l'instance, (293) 611.
Permutatio, (162) 308.
Persecutio, (287) 600.
Persona, (20) 54.
 » *turpis*, (243) 500.
Personæ exceptæ, (168) 320; (170) 325; (251) 514.
Personæ incertæ, (231) 474.
Personales præstationes, (186) 364.
 Personne morale, (20) 52.
 » *physique*, (20) 52.
 Personnes *alieni juris*, (34) 80.
 » *sui juris*, (34) 80.
 Perte de la chose due, (197) 392.
Petitio hereditatis, (297) 620.
 » » *fideicommissaria*, (262) 532.
 » » *possessoria*, (236) 485.
Petitor, (269) 543.
Pietas, (243) 499.
Pignoris capio, (274) 554, 557; (304) 635.
Pignus, (133) 260; (222) 449; (223) 453.
 » *ex causa judicati captum*, (224) 455; (292) 608.
 Plébéiens, (30) 71.
Plebiscitum, (7) 17.
Plus petitio, (285) 595.
 » » *loco*, (198) 394.
 » » *tempore*, (209) 419.
Pœna, (177) 340; (218) 437.
 » *privata*, (177) 342; (178) 346; (181) 352; (183) 357; (184) 359.
Pontifes, (9) 21; (272) 549.
Possessio, (72) 148, 150; (76) 156.
 » *civilis*, (78) 162.
 » *corporalis*, (78) 161.
 » *justa*, (78) 162.
 » *naturalis*, (78) 161.
Possessor juris, (297) 621.
 » *pro herede*, (297) 620.
Possessor pro possessore, (297) 621.
 » *rei*, (297) 621.
Postulatio actionis, (277) 563.
Postulatio judicis, (272) 551.
Postumi, (231) 474; (233) 479.
Potestas, (34) 78.
 » *dominica*, (23) 58.
 » *patria*, (34) 78; (35) 81.
 » *deliberandi*, (246) 504.
 » *vitæ ac necis*, (36) 83.
Prædes litis et vindiciarum, (272) 551.
Prædia rustica, (103) 197.
 » *rustica vel suburbana*, (59) 125; (64) 137; (92) 182.
 » *urbana*, (103) 197.
Prædicere, (219) 440.
Prædo, (77) 158.
Præfatio, (135) 263.
Præfectus annonæ, (293) 609.
Præfectus prætorio, (268) 540, 541.
 » *urbi*, (268) 540; (293) 609.
 » *vigilum*, (293) 609.
Præjudicium, (281) 579; (295) 614.
 » *de civitate*, (295) 614.
 » *de ingenuitate*, (295) 614.
 » *de libertate*, (295) 614.
Præmia patrum, (252) 516, 517; (259) 527.
Prænomen, (26) 65.
Præscriptio, (94) 184; (281) 579; (282) 581.
Præscriptio ea res agatur cujus rei dies fuit, (282) 582.
 » *de fundo mancipando*, (282) 582.
 » *longi temporis*, (90) 177; (93) 182; (94) 184; (95) 185; (104) 200.
 » *longissimi temporis*, (95) 185.
 » *rei judicatæ*, (282) 582, (286) 597.
Præscriptiones pro actore, (282) 582.
 » *pro reo*, (282) 582.
Præses, (268) 541.
Præstare, (123) 241.
Prætor fideicommissarius, (260) 529; (268) 540.
 » *peregrinus*, (10) 24, (276) 560.
 » *tutelarioris*, (56) 121.
 » *urbanus*, (10) 24; (276) 561.
Præcarium, (162) 309.
 Prescription de l'action, (295) 613.
 » *libératoire*, (197) 392.
 Prêt à intérêt, (129) 252.
 » *à la grosse*, (129) 253.
 » *à usage*, (131) 256.

Prêt d'argent, (129) 251.
 » de consommation, (126) 246.
Pretium, (145) 279.
 Preuve (moyens de), (285) 593; (293) 611.
 Privilège du double lien, (240), 494.
Privilegium deductionis, (194) 386.
 » *inter personales actiones*, (61) 129; (65) 138; (224) 455; (290) 604.
Pro non scriptis, (252) 516.
 Procédure d'ordre, (225) 458.
 » *per sponsionem*, (276) 562; (305) 638.
Proclamatio in libertatem, (295) 614.
Proconsul, (268) 541.
Proculiens, (14) 40.
Procuratio, (186) 363.
Procuratio in rem suam, (207) 415.
Procurator, (155) 296; (284) 590.
 » *in rem suam*, (207) 415.
Prodigus, (63) 133; (64) 136.
Professio, (168) 321.
Promissa, (150) 289.
Promissio, (135) 262.
 » *dotis*, (172) 329.
Promissor, (135) 262.
Pronuntiatio, (280) 574.
Propinqui, (238) 490.
Proprietas, (72) 150; (111) 210.
 Propriété collective, (75) 154.
 » (démembrements), (101) 195.
 » individuelle, (75) 154.
 » prétorienne, (111) 210.
Proscriptio bonorum, (290) 603.
Pubertas, (40) 90.
 » *plena*, (50) 109.
Pubertati proximus, (58) 122.
 Puberté, (40) 90.
 Publicains, (159) 304.
Pupillus, *Pupilla*, (55) 116.
Pupus, *Pupa*, (55) 116.

Q

Quæstus, (159) 304.
Quanti ea res est, (179) 347; (192) 379.
 » *interest*, (192) 379.
Quarta legitimæ partis, (244) 501.
 Quarte Falcidie, (258) 526.
 » Pégasienne, (262) 532.
 » Trébellienne, (262) 532.
Quasi possessio, (80) 164; (109) 206.
 » *traditio*, (104) 200; (109) 206.
 » *ususfructus*, (110) 208.
Quatuorviri, (268) 541.

Querela de non numerata pecunia, (142) 274.
 » *inofficiosi testamenti*, (243) 499; (244) 500.
 Questeur, (10) 24; (290) 603.

R

Rapina, (182) 356.
Rationes, (139) 270.
Receptum, (164) 314.
Receptum argentarii, (165) 316.
Recitatio, (168) 321.
Recuperatores, (268) 542.
Redemptor, (143) 276.
 » *vectigalium*, (159) 304.
Reditus, (112) 213.
Regula catoniana, (258) 525.
Rei vindicatio, (V. *Vindicatio rei*).
 Rente viagère, (209) 421.
Repertorium, (61) 129.
Replicatio, (282) 581.
 » *doli* (203) 404.
 » *legis Cincixæ*, (168) 321.
 » *rei judicatæ*, (286) 597.
 » *rei venditæ et traditæ*, (299) 624.
 Représentation par autrui, (113) 215; (193) 382; (284) 590.
 Répudiation d'hérédité, (246) 505.
Repudium, (45) 101.
Rerum actus, (269) 545.
Res, (67) 141, 142; (145) 279; (273) 553; (283) 583.
 » *communes*, (73) 152.
 » *corporales*, (69) 144.
 » *divini juris*, (73) 151.
 » *extra patrimonium*, (68) 143; (73) 151.
 » *furtiva*, (92) 181.
 » *humani juris*, (73) 151.
 » *incorporales*, (69) 144.
 » *in patrimonio*, (68) 143.
 » *judicata*, (286) 597.
 » *mancipi*, (70) 145.
 » *mobiles*, (71) 147.
 » *nec mancipi*, (70) 145.
 » *nullius*, (82) 166.
 » *publicæ*, (73) 152.
 » *quæ pondere, numero, mensura constant*, (127) 248.
 » *religiosæ*, (73) 151.
 » *sacræ*, (73) 151.
 » *sanctæ*, (73) 151.
 » *soli*, (71) 147.
 » *vi possessa*, (92) 181.

Rescripta, (12) 35.
Respondere, (9) 22; (13) 37.
Responsa prudentium, (9) 23; (13) 37.
Restituere, (123) 241.
Restitutio in integrum, (63) 134; (121) 237, 239; (288) 601; (291) 607; (307) 642.
 » » » *dato iudicio*, (307) 644.
Retentio dotis, (175) 336.
 Retrait litigieux, (207) 414.
Reus, (114) 217; (269) 543.
 » *promittendi*, (135) 262; (213) 428.
 » *stipulandi*, (135) 262; (213) 428.
Revocatio in duplum, (288) 600.
Ruptio, (181) 353.
Ruta cæsa, (147) 281.

S

Sabinien, (14) 40.
Sacra gentilitia, (44) 98.
 » *privata*, (48) 105; (230) 469; (247) 506; (253) 517; (256) 522.
Sacramentum, (272) 549.
Saltus hiberni et æstivi, (79) 164.
Salvius Julianus, (13) 36; (14) 40.
Sarcire, (180) 350.
Satisdatio, (284) 591; (304) 635.
Satisfactio, (196) 391.
Scholæ, Sectæ, (14) 40.
Scribere, (9) 22.
Sectio bonorum, (290) 603.
Sénatusconsulte Claudien, (22) 57.
 » *Juventien*, (297) 621.
 » *Macédonien*, (129) 251.
 » *Néronien*, (255) 521; (263) 532.
 » *Orphitien*, (239) 492.
 » *Pégasien*, (260) 529; (262) 532.
 » *Tertullien*, (239) 491.
 » *Trébellien*, (262) 531.
 » *Velléien*, (226) 461.
Senatusconsultum, (12) 33.
Sententia, (280) 573; (285) 593; (286) 596.
Separatio bonorum, (248) 508.
 Séparation de biens, (174) 335.
 » des patrimoines, (248) 508.
Sequester, (132) 259.
Servitium, (21) 55.
Servitus, (21) 55; (100) 192.
 » *altius non tollendi*, (103) 198.
 » *luminum*, (103) 198.

Servitus ne luminibus officiat, (103) 198.
Servitutes personarum, (100) 192.
 » *prædiorum*, (100) 192.
 » *prædiorum rusticorum*, (103) 197.
 » *prædiorum urbanorum*, (103) 197.
Servus, (21) 55.
 » *terræ*, (29) 69.
Signare, (230) 471.
Simplum, (179) 347.
Socer, (41) 93.
Societas, (157) 300.
 » *alicujus negotiationis*, (159) 303.
 » *argentariorum*, (159) 303.
 » *exercitoria*, (159) 303.
 » *omnium bonorum*, (159) 303.
 » *publicanorum*, (159) 303, 304.
 » *quaestuum*, (159) 303.
 » *unius rei*, (159) 303.
 » *venalitorum*, (159) 303.
Société léonine, (157) 301.
Socrus, (41) 93.
Sodalitates, (20) 53.
Solarium, (112) 213.
Solidarité, (215) 432.
Solidi capacitas, (251) 514.
Solutio, (114) 217; (196) 389, 391.
 » *imaginaria*, (202) 400.
 » *per æs et libram*, (201) 398.
Sors, (129) 252.
Spadones, (40) 91.
Species, (127) 248.
Sponsio, (134) 261; (135) 262; (219) 438.
Sponsor, (134) 261; (135) 262; (219) 438.
Spurii, (46) 104.
Status, (20) 54.
Stipendium, (72) 150.
Stipula, (134) 261.
Stipulatio, (134) 261; (135) 262.
 » *duplæ*, (148) 284.
 » *pænæ*, (218) 436.
Stipulation aquilienne, (202) 401.
 » *d'annuités*, (209) 420.
Stipulationes conventionales, (304) 635.
 » *emtæ et venditæ hereditatis*, (262) 531; (265) 536.
 » *emti et venditi*, (144) 278.
 » *partis et pro parte*, (256) 522.
 » *prætorix*, (304) 635.
Stipulator, (135) 262.
Subrogation légale, (220) 441.
Subscriptio, (230) 472.

Substitutio, (232) 476.
 » *fideicommissaria*, (261) 530.
 » *pupillaris*, (232) 476.
 » *quasi pupillaris*, (232) 478.
 » *vulgaris*, (232) 476.
Successio, (227) 464.
Successio in universum jus, (247) 506;
 (249) 509.
Successorium edictum, (V. *Edictum*).
Superficies, (112) 214.
Superstites, (273) 553.
Suscipere actionem, (284) 587.
Sylva cædua, (108) 204.
Syngraphæ, (142) 273.
 Système des actions de la loi, (270)
 545; (271) 546.
 » extraordinaire, (270) 546; (293)
 608.
 » formulaire, (270) 545; (276)
 559.

T

Tabulæ, (139) 269; (230) 470.
 » *testamenti*, (230) 471.
Tabularius, (248) 507.
 Tacite reconduction, (153) 294.
Talio, (177) 341.
 Terme résolutoire, (209) 420.
 » suspensif (209) 418.
Testament calatis comitiis, (230) 469.
 » *destitutum*, (233) 479.
 » *in procinctu*, (230) 469.
 » *injustum*, (233) 479.
 » *inofficiosum*, (233) 479; (243)
 499.
 » *irritum*, (233) 479.
 » *nuncupatif*, (230) 471, 472.
 » *per æs et libram*, (230) 470.
 » *ruptum*, (233) 479.
 » *tripartite*, (230) 472.
Testamenti factio, (230) 472; (231) 474;
 (251) 513.
Testamentum, (228) 465; (230) 471.
 » *septem signis signatum*,
 (230) 471.
Testari, (230) 471.
Tradens, (126) 246; (130) 254.
Traditio, (88) 173.
 » *nuda*, (88) 173.
Transactio, (162) 309.
Transcriptio a persona in personam,
 (140) 271.
Transcriptio a re in personam, (140)
 272.
Transitio ad plebem, (47) 105.

Translatio servitutis, (104) 199; (109)
 206.
 Trésor, (97) 188.
Tributarius, (29) 69.
Tributum, (72) 150.
Trinoctio abesse, (38) 89.
Tripertita, (271) 547.
Turbatio sanguinis, (45) 100.
Tutela, (54) 116; (55) 116.
 Tutelle déferée par le magistrat (56)
 120; (62) 131.
 » légitime, (56) 120; (62) 131.
 » testamentaire, (56) 119, 120;
 (62) 131.
Tutor, (55) 116.
 » *certæ causæ*, (56) 121.

U

Ulpian, (14) 41.
 Unité de l'acte juridique, (163) 310.
Universitas juris, (256) 522.
Usucapio, (90) 176; (95) 186.
 » *libertatis*, (105) 201.
 » *pro herede*, (92) 182.
Usura centesima, (129) 252.
Usuræ, (129) 252.
Usureceptio, (92) 182; (222) 448.
Usurpatio, (92) 180.
Usus, (38) 88; (106) 201.
Ususfructus, (106) 201; (107) 202.
Utilitas, (192) 379.
Uxor, (38) 86.

V

Vadimonium, (284) 591.
Vænia ætatis, (64) 136.
Variæ causarum figuræ, (117) 225; (185)
 361.
 Vatican (fragments du), (16) 45.
Vectigal, (72) 149; (112) 212.
Venditio bonorum, (222) 447; (290) 603.
Venditor, (144) 277.
Verba, (134) 260.
 » *concepta*, (276) 559.
Veterani, (41) 92.
Via, (103) 198.
 Vices rédhibitoires, (150) 290.
Vicarius, (268) 541.
Vinculum juris, (114) 217; (134) 261.
Vindicatio in libertatem, (295) 614.
Vindicatio in servitutem, (295) 615.
 » *pignoris*, (225) 456.
 » *rei*, (272) 550; (296) 617.

Vindiciæ, (272) 551.

Vindicta, (26) 63; (272) 550.

» *privata*, (177) 341; (178) 346;
(180) 350; (183) 357; (184)
359, 361.

Vindex, (274) 557.

Violence, (121) 238.

Vir, (38) 86

Vir bonus, (61) 128; (301) 627.

Vis, (121) 238.

» *armata*, (306) 641.

» *quotidiana*, (306) 641.

Vulgo concepti, (46) 104.

Wehrgeld, (177) 342.

FIN DU RÉPERTOIRE ALPHABÉTIQUE.

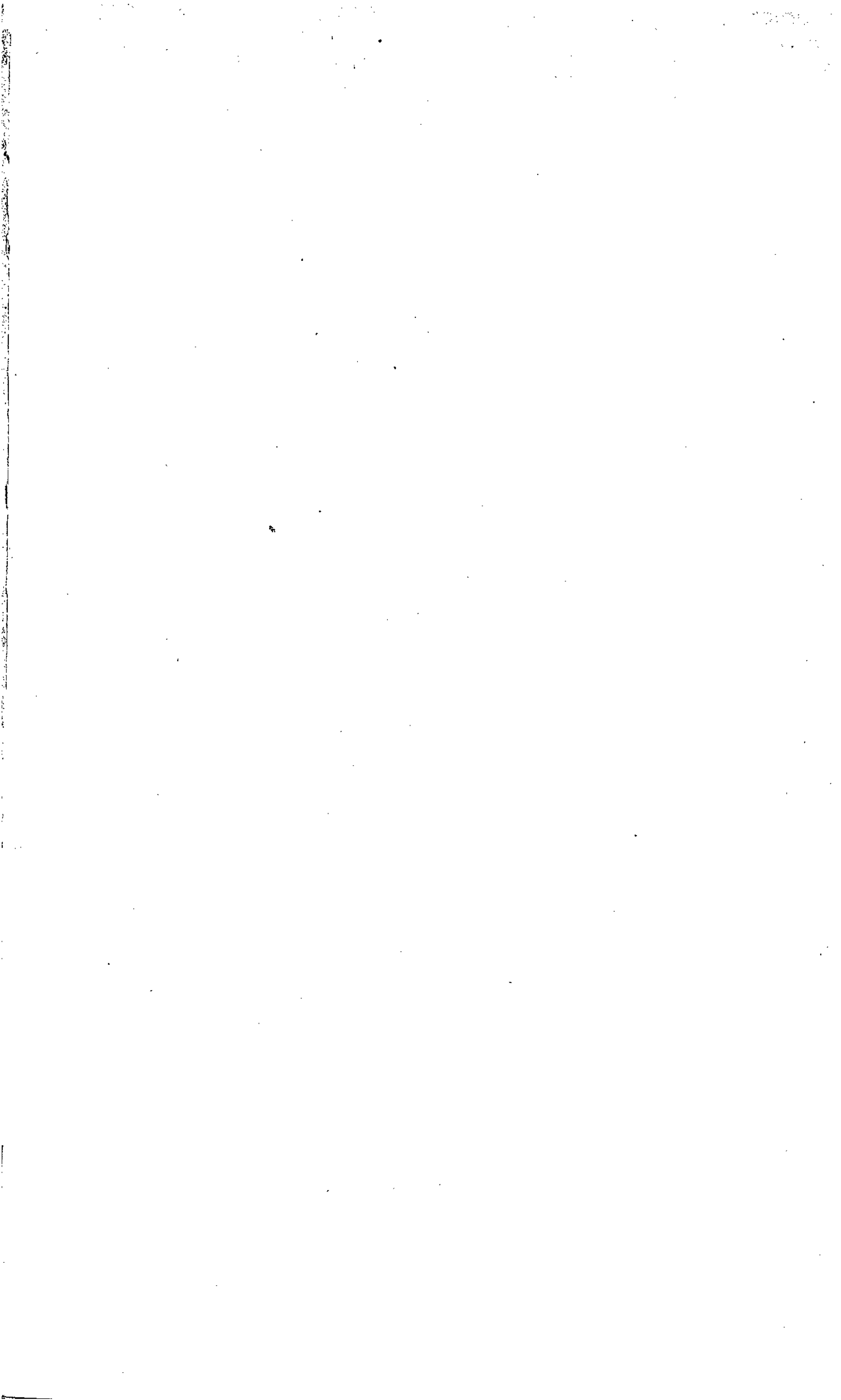


TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION Notion générale du droit.

N^{os}.

Pages.

Origine et définition du droit

1

Science du droit

2

Division du droit en droit privé et public

3

Utilité de l'étude du droit privé des Romains

4

HISTOIRE DES SOURCES DU DROIT ROMAIN

Histoire des sources, sa division en deux grandes périodes: *Jus civile*, *Jus gentium*

5

Système du *Jus civile*.

Idées juridiques romaines primitives. Caractères du droit primitif

6

Sources les plus anciennes du *Jus civile*: coutume et loi. Loi des XII Tables

7

Droit coutumier de formation secondaire: *interpretatio* ou *responsa prudentium*, édits des magistrats

8

Interpretatio ou *responsa prudentium*

9

Edits des magistrats. Edits du préteur. *Jus honorarium*

10

Système du *Jus gentium*.

Origines et développements du système du *Jus gentium*

11

Système du *Jus gentium* à l'époque du Haut-Empire.

Disparition et transformation des sources coutumières. Sénatus-consultes et constitutions impériales

12

Edits des magistrats. Edit perpétuel de Salvius Julianus. *Responsa prudentium*

13

Science du droit. Principaux jurisconsultes de cette période. Jurisconsultes classiques

14

Système du *Jus gentium* à l'époque du Bas-Empire.

Caractères et tendances nouvelles du système du *Jus gentium*

15

La codification. Ses prodromes. La codification théodosienne

16

La codification justinienne

17

Résultats du développement du droit romain

18

INSTITUTIONS DU DROIT PRIVE

Objet du droit privé. Plan de l'ouvrage

19

PREMIERE PARTIE DES PERSONNES

Notion et divisions des personnes

20

PREMIERE DIVISION DES PERSONNES Personnes libres ou esclaves.

Notion de l'esclavage

21

Comment on devient esclave

22

Condition des esclaves. Période du *Jus civile*

23

Condition des esclaves (Suite). Période du *Jus gentium*. Droit classique et Bas-Empire

24

Cessation de l'esclavage

25

Affranchissement dans le système du *Jus civile*

26

Affranchissement dans le système du *Jus gentium*

27

Affranchissement dans le dernier état du droit

28

Du colonat

29

DEUXIEME DIVISION DES PERSONNES Citoyens et non citoyens.

Notion générale

30

Des citoyens

31

Des non citoyens

32

TROISIEME DIVISION DES PERSONNES. Personnes sui juris et personnes alieni juris.

Notion générale. Evolution de la notion de famille

33

L'organisation familiale romaine. Personnes *sui juris* et personnes *alieni juris*

34

I. - PUISSANCE PATERNELLE.

1° Effets et caractères de la puissance paternelle.

Période du *Jus civile*

35

Période du *Jus gentium*. Droit du Bas-Empire

36

2° Sources de la puissance paternelle.

Première source: le mariage. Notion générale et historique

37

Du mariage avec *manus*

38

Du mariage sans *manus*

39

I. Conditions de validité du mariage

40

Conditions de validité du mariage (Suite)

41

Conditions de validité du mariage (Suite)

42

II. Effets du mariage

43

De l'agnation

44

III. Dissolution du mariage

45

Des unions autres que les *justae nuptiae*

46

Deuxième source de la puissance paternelle: Adoption

47

Formes de l'adoption

48

Effets de l'adoption

49

Conditions de validité de l'adoption

50

Troisième source de la puissance paternelle: Légitimation

51

3° Extinction de la puissance paternelle.

Causes d'extinction

52

II. - AUTRES FORMES DE LA PUISSANCE.

Puissance sous forme de *manus* et de *mancipium*

53

QUATRIÈME DIVISION DES PERSONNES. Personnes en tutelle ou en curatelle et personnes non soumises à la tutelle ou à la curatelle.

Notion de la tutelle et de la curatelle

54

TUTELLE.

1° Tutelle des impubères des deux sexes.

Définition et caractère de la tutelle

55

I. Délation de la tutelle

56

II. Effets de la tutelle

57

Incapacité du pupille

58

Pouvoirs du tuteur

59

III. Cessation de la tutelle

60

IV. Garanties données au pupille contre le tuteur

61

2° Tutelle des femmes pubères.

Notion générale

62

CURATELLE.

Personnes placées en curatelle

63

Effets de la curatelle

64

Fin de la curatelle et garanties données contre le curateur

65

CAPITIS DEMINUTIO.

Événements mettant fin à la personnalité juridique: *capitis deminutio* et ses effets

66

DEUXIÈME PARTIE

DES CHOSES

Les droits sur les choses. Droits réels et droits personnels. Le patrimoine

67

COMPOSITION DU PATRIMOINE

CHOSSES QUI PEUVENT FIGURER DANS LE PATRIMOINE

Divisions des choses

68

I. - Choses in patrimonio.

Première division: *Res corporales et incorporales*

69

Deuxième division: *Res Mancipi* et *res nec Mancipi*

70

Troisième division: Meubles et immeubles

71

Sous-division des immeubles en fonds italiques et fonds provinciaux

72

II. - Choses extra patrimonium.

Divisions des choses *extra patrimonium*: *Res divini juris, communes, publicae*

73

DROITS REELS

Division des droits réels

74

DROITS REELS DU DROIT CIVIL

PROPRIÉTÉ.

Notion de la propriété

75

De la possession.

Notion de la possession

76

Fondement de la protection possessoire

77

Effets et éléments de la possession

78

Acquisition et perte de la possession

79

Compléments de la théorie de la possession

80

Modes d'acquisition de la propriété.

Division des modes d'acquisition

81

I. - Mode originaire.

De l'occupation, *occupatio*

82

II. - Modes dérivés conventionnels.

Modes dérivés conventionnels

83

1° De la *mancipatio*. Formes

84

Explication de ces formes et histoire de la *mancipatio*

85

Pactes adjoints à la *mancipatio*

86

2° De l'*in jure cessio*. Formes et applications

87

3° De la *traditio*. Notion de la tradition. Conditions pour qu'elle transfère la propriété

88

De la tradition dans le dernier état du droit

89

Modes dérivés non conventionnels.

1° Usucapion et *praescriptio longi temporis*. Notions générales

90

De l'usucapion dans le droit civil ancien et dans le droit classique. Cas d'application

91

Conditions requises pour l'acquisition par usucapion

92

De la *praescriptio longi temporis*

93

Effets de la *praescriptio longi temporis*

94

De l'usucapion à l'époque de Justinien. Disparition de la *praescriptio longi temporis*. Sa fusion avec l'usucapion

95

2° De l'*adjudicatio*

96

Acquisition de la propriété en vertu de la loi, *lege*. Notion et énumération

97

Du droit d'accession

98

Perte du droit de propriété.

Cas où la propriété est perdue

99

SERVITUDES.

Notion et divisions

100

Caractères généraux des servitudes

101

I. - Servitudes prédiales.

Caractères propres aux servitudes prédiales

102

Division des servitudes prédiales en servitudes rurales et urbaines

103

Constitution des servitudes

104

Extinction des servitudes

105

II. - Servitudes personnelles.

Énumération des servitudes personnelles. Caractères qui leur sont propres

106

Notion de l'usufruit

107

Droits et charges résultant de l'usufruit

108

Constitution de l'usufruit

109

Extinction de l'usufruit

110

DROITS RÉELS DU DROIT PRÉTORIEN

Notion et divisions. Droits réels prétoriens semblables au *dominium*

111

Droits réels prétoriens semblables aux servitudes. Emphytéose et superficie

112

Capacité nécessaire pour aliéner ou acquérir.

Capacité d'aliéner ou d'acquérir

113

OBLIGATIONS Notions générales.

Définition de l'obligation

114

Histoire sommaire du droit d'obligation

115

Principales divisions des obligations

116

I. - SOURCES DES OBLIGATIONS

Notions générales sur les sources des obligations

117

I. - DES CONTRATS

Définition du contrat. Développements de la théorie des obligations conventionnelles

118

De l'élément formel des contrats ou *causa*. Division des contrats en deux classes

119

De la convention et des conditions requises pour sa validité

120

Première condition: Du consentement. Absence de consentement et de cause. Influence de l'erreur, du dol, de la violence

121

Deuxième condition: De la capacité des parties. Diverses espèces d'incapacité

122

Troisième condition: De l'objet

123

Diverses espèces de contrats

124

Des contrats se formant *re*.

Division en deux groupes des contrats se formant *re*

125

Premier groupe: Du *mutuum*. Notion et histoire

126

Éléments essentiels du contrat

127

Effets du *mutuum*

128

Variétés du *mutuum*

129

Deuxième groupe: Commodat, dépôt et gage. Histoire et caractères généraux de ces contrats

130

1° Commodat. Conditions de formation du contrat. Effets

131

2° Dépôt. Conditions de formation du contrat. Effets. Variétés

132

3° Gage. Conditions de formation du contrat. Effets	
133	
Du contrat se formant verbis.	
Notion. Enumération. De la stipulation. Histoire de ce contrat	
134	
Formes de la stipulation	
135	
Effets de la stipulation	
136	
Des diverses applications pratiques de la stipulation	
137	
Avantages et inconvénients de la forme verbale	
138	
Du contrat se formant litteris.	
Origine et forme du contrat <i>litteris</i>	
139	
Applications pratiques du contrat <i>litteris</i>	
140	
Comparaison du contrat <i>litteris</i> avec la stipulation	
141	
Du contrat <i>litteris</i> dans le droit de l'époque classique et sous Justinien	
142	
Des contrats se formant consensu.	
Caractères généraux de ces contrats et leur division en deux groupes	
143	
PREMIER GROUPE	
1° De la vente.	
Notion et histoire	
144	
Conditions de formation du contrat	
145	
Effets de la vente. Obligations du vendeur	
146	
Obligations du vendeur (Suite). Obligations de livrer	
147	
Obligations du vendeur (Suite). Obligation de garantie en cas d'éviction	
148	
Actions en garantie et exception de garantie	
149	
Obligation de garantie (Suite). Garantie des vices	
150	
Effets de la vente. Obligations de l'acheteur	
151	
2° Du louage.	
Notion. Diverses variétés. Règles communes	
152	
Règles particulières à la <i>locatio conductio rerum</i>	
153	
Règles propres au louage d'industrie	
154	
DEUXIEME GROUPE	
1° Du mandat.	
Notion du mandat. Conditions de validité	
155	
Effets du mandat. Causes de cessation du contrat	
156	
2° De la société.	
Notion et caractères du contrat. Conditions de validité	
157	
Effets. Causes de dissolution	
158	
Diverses espèces de sociétés	
159	
II. - DES PACTES AUTRES QUE LES CONTRATS SANCTIONNES PAR LE DROIT CIVIL	
1° Des contrats innommés.	
Eléments essentiels du contrat innomé	
160	
Origine et développements successifs de la théorie des contrats innommés	
161	
Applications les plus usuelles des contrats innommés	
162	
2° Des pactes adjoints à un contrat.	
Efficacité <i>jure civili</i> des pactes adjoints à un contrat de bonne foi ou de droit strict	
163	
III. - DES PACTES SANCTIONNES PAR LE DROIT PRETORIEN	
Notion générale des pactes prétoriens	
164	
1° Pacte de constitut. Eléments essentiels à sa validité. Fonction pratique du constitut	
165	
2° Pacte de serment. Notion. Effets du serment prêté en exécution de ce pacte	
166	
IV. - DES PACTES SANCTIONNES PAR LES CONSTITUTIONS IMPERIALES OU PACTES LEGITIMES	
I. - Des donations.	
Caractères essentiels de la donation. Modes de réalisation. Variétés	
167	
1° Donations entre-vifs. Notion. Restrictions à la liberté de faire des donations entre-vifs. Causes de révocation	
168	
2° Donations à cause de mort. Notion et effets	
169	
3° Donations entre époux	
170	
II. - De la dot.	
Notion et histoire de la dot	
171	
De la constitution de dot	
172	
Sort de la dot et des autres biens de la femme pendant le mariage. Inaliénabilité du fonds dotal	
173	
Sort de la dot à la dissolution du mariage	
174	
Des actions en restitution de la dot dans le droit classique et sous Justinien	
175	
Donations <i>propter nuptias</i>	
176	

II. - DES DELITS

Notion de l'obligation ex delicto, origines historiques, caractères généraux. Division des obligations ex delicto

177

Délits contre les biens.

1° Du *furtum*. Notion. Répression

178

Actions données en cas de *furtum*

179

2° Du *damnum injuria datum*

180

Répression du délit de la loi *Aquilia*, *Actio legis Aquiliae* et actions données par extension de cette dernière

181

3° Délits analogues au *damnum* ou au *furtum*

182

Délits contre la personne.

De l'*injuria*. Notion. Divers modes de répression successivement admis

183

APPENDICE A LA THEORIE DES DELITS.

Délits des esclaves et des enfants de famille, dommages causés par les animaux. Actions noxales et action de *pauperie*

184

III. - DES VARIARUM CAUSARUM FIGURAE

Variae causarum figurae proprement dites et obligations se formant *quasi ex contractu*

185

Première catégorie d'obligations *quasi ex contractu*

186

Deuxième catégorie d'obligations *quasi ex contractu*

187

II. - EFFETS DES OBLIGATIONS

I. - Effets des obligations entre les parties.

Notions générales

188

Sanction de l'obligation. De l'action. Des obligations munies d'action et des obligations dépourvues d'action ou obligations naturelles

189

Causes d'inexécution: *Dolus*, *culpa*, *mora*, *casus*: 1° *Dolus*; 2° *Culpa*

190

Causes d'inexécution (Suite). 3° *Mora*; 4° *Casus*

191

Effets de l'inexécution imputable au débiteur

192

II. - Effets des obligations au regard des tiers.

Notion générale. Intransmissibilité des créances et des dettes. Principe de la non représentation. Exceptions

193

Représentation par les *alieni juris* à l'effet de devenir débiteur. Actions *adjectitiae qualitatis*

194

Représentation *per liberam personam*

195

III. - EXTINCTION ET TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

I. - Extinction des obligations.

Notions générales et divisions des modes d'extinction

196

1° Modes d'extinction du droit civil.

Énumération et divisions

197

1° Du paiement

198

2° De la novation. Novation dans le droit ante classique

199

Novation à l'époque classique et sous Justinien

200

3°; 4° Acceptilation et *mutuus dissensus*

201

Acceptilation et stipulation aquilienne. *Mutuus dissensus*

202

2° Modes d'extinction du droit prétorien.

Modes d'extinction volontaires et non volontaires

203

3° Modes d'extinction qui agissent tantôt ipso jure, tantôt exceptionis ope.

Litis contestatio et compensation

204

Histoire de la compensation

205

Compensation à l'époque classique et sous Justinien

206

II. - Transmission des obligations.

Incessibilité des créances. Développement de la théorie de la cession des créances

207

IV. - MODALITES ET VARIETES DES OBLIGATIONS

Notions générales

208

1° Modalités relatives à l'existence et à l'exécution.

Terme et condition. Notion. Terme et condition suspensifs et résolutoires

209

Diverses applications de la condition résolutoire en cas de vente.

210

2° Modalités relatives à l'objet.

De l'alternative. Des obligations alternatives et facultatives

211

3° Modalités relatives aux sujets.

Pluralité des sujets. Principe de l'indivisibilité des créances et des dettes. Exceptions. Corréalité

212

Sources et caractères de la corréalité active et passive

213

Effets de la corréalité active et passive. Rapports des corréaux entre eux

214

De la solidarité et des obligations solidaires

215

V. - GARANTIES DESTINEES A ASSURER L'EXECUTION DE L'OBLIGATION

Notion générale et énumération

216

1° Convention destinée à faciliter la poursuite.

De l'*adstipulatio*

217

2° Garanties contre l'inexécution provenant de la négligence ou de la mauvaise foi du débiteur.

Des arrhes et de la clause pénale ou *stipulatio poenae*

218

3° Garanties contre l'insolvabilité du débiteur.

1° Sûretés personnelles. Notions générales. Cautionnement de droit strict, de bonne foi et du droit prétorien

219

Droits du créancier contre le fidéjusseur. Bénéfices accordés à ce dernier

220

Cautionnement de bonne foi; *mandatum pecuniae credendae*. Cautionnement prétorien; pacte de constitut

221

2° Sûretés réelles. Notions générales. Utilité des sûretés réelles. Fiducie, gage, hypothèque

222

De l'hypothèque. Origine et développements

223

De l'hypothèque (Suite)

224

De l'hypothèque (Suite). Effets de l'hypothèque

225

APPENDICE A LA THEORIE DES SÛRETES.

Notion de l'*intercessio*. Personnes à qui l'*intercessio* est prohibée. Sénatusconsulte Velléien

226

TRANSMISSION DU PATRIMOINE

DES HEREDITES OU SUCCESSIONS

Notion générale et divisions

227

Délation de l'hérédité.

Notions historiques

228

SUCCESSION TESTAMENTAIRE

Notions générales sur le testament

229

Formes du testament et capacité de tester

230

Institution d'héritier et capacité pour être institué

231

Modalités et variétés de l'institution d'héritier

232

Causes d'inefficacité des testaments en droit civil et en droit prétorien

233

SUCCESSION AB INTESTAT

Notion générale de la succession ab intestat

234

Premier système. Système du droit civil ancien ou des XII Tables

235

Deuxième système. Système du droit prétorien ou des *bonorum possessiones*

236

Divisions des *bonorum possessiones*

237

Des divers ordres de *bonorum possessores ab intestat*

238

Troisième système. Système de l'époque impériale. Sénatusconsulte et constitutions impériales

239

Quatrième système. Système des Nouvelles 118 et 127 de Justinien

240

RESTRICTIONS A LA LIBERTE DE TESTER

Théorie de la succession contraire au testament. Notions générales

241

Restrictions portant sur la forme des dispositions. De l'exhérédation et de l'omission des *heredes sui* en droit civil et en droit prétorien

242

Restrictions relatives au fond des dispositions. Idée générale. Notion de la *querela inofficiosi testamenti*

243

Conditions requises pour le succès de la *querela*. Effets

244

Dernier état de la législation relative à la liberté de tester

245

Acquisition de l'hérédité.

Acquisition de l'*hereditas*. Diverses classes d'héritiers

246

Effets de l'acquisition

247

Bénéfices accordés aux héritiers: *Jus abstinendi*, *bonorum separatio*, bénéfice d'inventaire

248

Acquisition de la *bonorum possessio* et ses effets. Fusion de la *bonorum possessio* et de l'*hereditas*

249

Théorie de la *collatio*

250

Défaut d'acquisition de l'hérédité.

Causes du défaut d'acquisition de l'*hereditas* et de la *bonorum possessio*

251

Effets du défaut d'acquisition

252

Acquisitions à titre particulier se rattachant à l'hérédité.

Notions générales

253

I. - DES LEGS.

Notions générales. Divisions

254

Eléments du legs. 1° Formes du legs

255

Eléments du legs (Suite). 2° Contenu du legs

256

De l'acquisition du legs. Théorie du *dies cedens*

257

Du défaut d'acquisition du legs. Causes du défaut d'acquisition

258

Effets du défaut d'acquisition du legs. Théorie de l'accroissement

259

II. - DES FIDEICOMMIS.

Notions générales

260

Règles générales applicables aux fidéicommiss d'hérédité et aux fidéicommiss particuliers

261

Règles spéciales aux fidéicommiss d'hérédité

262

Règles spéciales aux fidéicommiss particuliers

263

APPENDICE AUX SUCCESSIONS.

Des codicilles et de la législation spéciale aux militaires en matière successorale

264

AUTRES MODES D'ACQUISITION PER UNIVERSITATEM.

Modes d'acquisition *per universitatem* autres que l'hérédité

265

TROISIEME PARTIE DES ACTIONS

Objet de cette troisième partie: organisation judiciaire, procédure civile, actions

266

I. - ORGANISATION JUDICIAIRE

Principe fondamental. Distinction du *jus* et du *judicium*, des magistrats et des juges

267

Des magistrats et des juges

268

Des parties, leurs représentants. Compétence. Temps et lieu où se rend la justice

269

II. - PROCEDURE CIVILE

Notion générale des trois systèmes de procédure successivement admis en droit romain

270

Premier système: Système des actions de la loi.

Caractères généraux de ce système

271

Procédure *in jure*

272

Procédure *in judicio*

273

Procédure d'exécution

274

Mérites et inconvénients du système des *legis actiones*. Causes de sa disparition

275

Deuxième système: Système formulaire.

Caractères essentiels de ce système. Ses origines. Histoire de son développement

276

I. Débat *in jure* dégagé de tout incident. De la formule en général

277

Parties principales de la formule. 1° *De l'intentio*

278

Parties principales de la formule. 2° *De la demonstratio*

279

Parties principales de la formule. 3° et 4° De la *condemnatio* de l'*adjudicatio*

280

Parties accessoires de la formule. 1° De l'*exceptio*

281

Parties accessoires de la formule. 2° *Replicatio* et *duplicatio*, 3° *Praescriptiones*

282

Issue normale du débat *in jure*. *Litis contestatio*. Ses caractères. Ses effets

283

II. Incidents de la procédure *in jure*

284

III. Procédure *in judicio*

285

De la *sententia* et de ses effets

286

IV. Cas et procédure de la *cognitio extraordinaria*

287

V. Voies de recours

288

VI. Voies d'exécution contre la personne et contre les biens

289

Procédure et effets de la *venditio bonorum*

290

Effets de la *venditio bonorum* à l'égard des tiers. Action paulienne

291

Autres voies d'exécution sur les biens

292

Troisième système: Système extraordinaire.

Origine de ce système. Ses différences avec le précédent

293

III. - DES ACTIONS EXCEPTIONS ET AUTRES VOIES DE DROIT

I. - Des actions.

Notion de l'action

294

Divisions des actions

295

Actions *in rem* civiles. 1° Action en revendication

296

Actions *in rem* civiles. 2° Action en pétition d'hérédité

297

Actions *in rem* civiles. 3° et 4° Action confessoire et action négatoire

298

Actions *in rem* prétorienes. Action publicienne

299

Actions *rei persecutoriae* et *poenae persecutoriae*

300

Judicia et *arbitria*, actions de droit strict et de bonne foi, actions arbitraires et non arbitraires

301

Actions au simple, au double, au triple, au quadruple

302

II. - Des exceptions.

Notion et divisions

303

III. - Des voies de droit autres que les actions.

Notions générales: 1° Stipulations prétorienes

304

2° Interdits. Notions générales. Histoire de la procédure d'interdit. Divisions des interdits

305

Des interdits possessoires

306

3° *Restitutio in integrum*

307

FIN DE LA TABLE DES MATIERES.

REPertoire ALPHABETIQUE

A

Acceptilatio, (201) 202) 203)

Accessio, (98)

Accessio possessionum, (92)
Accipere iudicium, (283)
Accipiens, (126) 130)
Accroissement dans les institutions d'héritier, (252)
Accroissement dans les legs, (259)
Acta du magistrat, (168)
Actio, (271) 294)
Actio ad exhibendum, (185)
Actio aestimatoria, (150)
Actio arborum furtim caesarum, (180) 182) 271)
Actio bonae fidei, (301)
Actio civilis in factum, (160) 161)
Actio civilis incerti, (160) 161)
Actio commodati contraria, (131)
Actio commodati directa, (131)
Actio. commodati in factum, (130)
Actio commodati in jus, (130),
Actio communi dividundo, (96) 158) 186)
Actio conducti, (153)
Actio confessoria, (298)
Actio contraria (négatoire de servitude), (298)
Actio de aestimato, (162)
Actio de constituta pecunia, (165)
Actio de dolo, (121) 161) 181) 182) 190)
Actio de eo quod certo loco, (198)
Actio de effusis et dejectis, (182)
Actio de in rem verso, (194)
Actio de incendio ruina naufragio, (182)
Actio de iurejurando, (166)
Actio de pauperie, (184)
Actio de peculio, (194)
Actio de positis et suspensis, (182)
Actio depensi (219)
Actio depositi contraria, (132)
Actio depositi directa, (132)
Actio depositi in factum, (130)
Actio depositi in jus, (130)
Actio depositi sequestraria, (132)
Actio emti, (146) 149) 150)
Actio ex stipulatu duplae, (149)
Actio ex stipulatu (en cas de dot), (174) 175)
Actio ex testamento, (255)
Actio exercitoria, (194)
Actio exercitoria utilis, (195)
Actio familiae herciscundae, (96) 186)
Actio fiduciae contraria, (130)
Actio fiduciae directa, (130) 222).
Actio finium regundorum, (96) 185)
Actio furti, (179)
Actio hypothecaria, (223)
Actio in bonum et aequum concepta, (174)
Actio in factum (subsidaire de l'actio de dolo), (181) 182)
Actio in rem generalis, (297)
Actio in rem specialis, (297)
Actio incerti ex stipulatu, (136) 278)
Actio injuriarum aestimatoria, (183)
Actio institoria, (194)
Actio institoria utilis, (195)
Actio interrogatoria, (284)
Actio iudicati, (288)
Actio legis Aquiliae, (181)
Actio legis Aquiliae in factum, (181)
Actio legis Aquiliae utilis, (181)
Actio locati, (153)
Actio maere poenalis, (177)
Actio mandati contraria, (155) 156)
Actio mandati directa, (155) 156)
Actio negatoria (298)
Actio negotiorum gestorum contraria, (65) 155) 186)
Actio negotiorum gestorum directa, (61) 65) 155) 186)
Actio negotiorum gestorum in factum, (186)
Actio noxalis (184)
Actio pauliana, (291)
Actio pigneratitia contraria (133) 222)
Actio pigneratitia directa, (133) 222) 223)
Actio poenae persecutoria ou poenalis, (177) 300)
Actio popularis, (300)
Actio praescriptis verbis, (160)
Actio pro socio, (157) 158)
Actio publiciana, (111) 299)
Actio quanti minoris, (150)
Actio quasi serviana, (223) 225)
Actio quod jussu, (194)
Actio quod metus causa, (121) 182)
Actio rationibus distrahendis, (61)
Actio rehdhibitoria, (150)
Actio rei persecutoria, (177) 300)
Actio rei uxoriae (174) 175)
Actio restitutoria, (226),
Actio serviana, (223) 225)
Actio stricti juris, (301)
Actio subsidiaria (61) 65)
Actio tributoria (194)
Actio tutelae contraria, (61) 186)
Actio tutelae directa, (61) 62) 186)
Actio tutelae utilis, (61)
Actio vectigalis, (112)
Actio venditi, (146) 151)
Actio vi bonorum raptorum, (182)
Action contre publicienne, (307)
Action en complément de la quarte; (244)
Action en revendication, (V. vindicatio rei).
Actions adjectitiae qualitatis, (194)
Actions arbitraires, (301)

Actions au double *contra infitiantem*, (181) 302)
Actions *certae*, (278)
Actions civiles, (278) 295)
Actions de bonne foi, (301)
Actions de droit strict, (301)
Actions de la loi, (270)
Actions directes, (295)
Actions en partage, (96)
Actions fictices, (278)
Actions honoraires, (278) 295)
Actions *in factum*, (278) 295)
Actions *in jus*, (278) 295)
Actions *in personam*, (272) 278) 295)
Actions. *in rem*, (272) 278) 295)
Actions *in solidum*, (302)
Actions *incertae*, (278)
Actions mixtes (*tam in rem quam in personam*), (295)
Actions mixtes (*tam rei quam poenaepsecutoriae*), (177) 181) 300)
Actions préjudicielles, (295)
Actions *quae vindictam spirant*, (193)
Actions *restitutoriae seurescissoriae* (307)
Actions utiles (295)
Actor, (269)
Actus, (103)
Actus legitimi, (87) 209)
Addicere, (26) 87) 178) 268)
Addictio, Addictus, (289)
Ademptio legati, (258)
Aditio (d'hérédité), (246)
Adjectus solutionis gratia, (198) 217)
Adjudicatio, (96) 280) 295)
Adoptio, (47) 48) 49)
Adoptio minus plena, (49)
Adoptio plena, (49)
Adoptio testamentaria, (47)
Adpromissores, (219)
Adrogatio, (47) 48) 49)
Adscriptitius, (29)
Adstipulatio, (180) 217)
Adstipulator, (180) 217)
Adulterium, (43)
Adversaria, (139)
Advocatus, (269)
Aes, (84)
Aes rude, (85) 126)
Aes signatum, (85) 126)
Aestimare, (272) 280)
Aestimatum, (162)
Aetas legitima, (63)
Affectus furandi, (178)
Affinitas, (41)
Affranchissement, (25)
Affranchissement *censu, vindicta, testamento*, (26)
Ager compascuus, (72)
Ager occupatorius, (72)
Ager privatus, (72)
Ager publicus, (72)
Ager romanus, (72)
Ager vectigalis, (112)
Agere, (9) 271) 276)
Agere lege, (271)
Agere praescriptis verbis, (161)
Agnatio, (44)
Agnats, (44) 235)
Agnatus proximus, (235)
Album, (10)
Album judicum, (268)
Alliance, (41)
Animus, (78) 88)
Animus donandi, (167)
Animus novandi, (199) 200)
Antestari, (272)
Antichrèse, (222)
Antiphrasa, (176)
Apocha, (202) 277)
Appellatio, (288)
Appulsus (*pecoris ad aquam*), (103)
Aquaeductus, (103)
Aquaehaustus, (103)
Arbiter, (268)
Arbiter litis aestimandae, (280)
Arbitrium, (301)
Arbitrium bonae fidei, (301)
Arbitrium litis aestimandae, (280)
Arbitrium rei uxoriae, (174)
Arca, (139)
Argentarii, (142) 164) 205) 206)
Arrha, (218)
Arrha sponsalitia, (218)
Ascendentes, (240) 243)
Assertor libertatis, (26) 295)
Auctor, (59) 148)
Auctoritas (12) 148)
Auctoritas principis, (13)
Auctoritas tutoris, (57) 59) 62) 64)
Auxilium extraordinarium, (307)

B

Barbarus, (32)
Bénéfice de cession d'actions, (220) 221)
Bénéfice de cession de biens, (289) 292)
Bénéfice de compétence, (175) 302)
Bénéfice de discussion, (220) 221)
Bénéfice de division, (220) 221)
Bénéfice d'inventaire, (248)

Bona, (67) 227) 236)
Bona adventitia, (36)
Bona materna, (36)
Bonne foi (acquisition des fruits), (97)
Bonne foi (usucapion), (92)
Bonorum addictio (libertatum servandarum causa), (265)
Bonorum distractio, (292)
Bonorum emtor, (205) 206) 222) 290)
Bonorum possessio, (236) 240)
Bonorum possessio contratabulas, (237) 242)
Bonorum possessio cum re, sine re, (236) 249)
Bonorum possessio decretalis, (249)
Bonorum possessio edictalis, (249)
Bonorum possessio ex testamento, (237)
Bonorum possessio intestati, (237)
Bonorum possessio secundum tabulas, (233) 237)
Bonorum possessio unde cognati, (238)
Bonorum possessio unde legitimi, (238)
Bonorum possessio unde liberi, (238)
Bonorum possessio unde vir et uxor, (238)
Bonorum possessor, (236)
Bonorum sectio, (290)
Bonorum separatio, (248)
Bonorum venditio. V. venditio bonorum.
Bonum et aequum, (301)

C

Caduca, (252) 259)
Caelibes, (251) 252)
Capitis deminutio, (66)
Capitis deminutio, maxima, (66)
Capitis deminutio, media, (66)
Capitis deminutio, minima, (66)
Capito, (14)
Captivitas, (22)
Caput, (20) 66) 129)
Carcer, (274) 289)
Carmen famosum, (183)
Castrati, (40)
Casus fortuitus, (191)
Causa, (119) 121) 296)
Causa justa, (88) 92)
Causa lucrativa, (197) 258)
Causa perpetua, (102)
Causae centumvirales, (276)
Causae conjectio, (273)
Causae obligationum, (208)
Causae peroratio, (273)
Cautio, (135) 139) 142)
Cautio damni infecti, (304)
Cautio de dolo, (190)
Cautio de evictione, (148) 150)
Cautio judicatum solvi, (284) 304)
Cautio ratam rem dominum habiturum, (284)
Cautio rei uxoriae, (174)
Cautio rem pupilli salvam fore, (61) 304)
Cautio usufructuaria, (108) 304)
Cautionnement, (219)
Cavere, (9)
Celsus, (14)
Centumvirs, (243) 268)
Cera, (230)
Chirographum, (135) 139) 142)
Circitores, (162)
Civis, (30)
Civis minuto jure, (32)
Civis optimo jure, (32)
Civitas, (20)
Clarissimi, (30)
Clause stipulatoire, (135)
Clausula arbitraria, (280) 301)
Clausula doli, (138) 190)
Clausula generalis, (307)
Client, (162)
Code grégorien, (16)
Code hermogénien, (16)
Code théodosien, (16)
Code justinien, (17)
Codex, (16)
Codices accepti et expensi, (139)
Codicillus, (264)
Codification, (15)
Coemptio, (38)
Cognati, (238)
Cognatio, (44)
Cognitio causae, (305) 307)
Cognitio extra ordinem, (267) 287) 293)
Cognitor, (284)
Cognomen, (26)
Collatéraux, (240) 243)
Collatéraux ordinaires, (240)
Collatéraux privilégiés, (240)
Collatio dotis, (250)
Collatio emancipati, (250)
Collatio legum mosaicarum et romanarum, (16)
Collegium, (20)
Colliberti, (159)
Colonat, (29)
Colonus, (29) 153)
Commodator, (131)
Communio, (96)
Comperendinatio, (272)
Compensatio, (204) 205)
Composition pécuniaire, (177) 183)
Concubina, (46)

Concubinatus, (46)
Condemnare, (280)
Condemnatio, (280)
Condemnatio certae pecuniae, (280)
Condemnatio incerta cum taxatione, (280)
Condemnatio incerta et infinita, (280)
Condemnatio incertae pecuniae, (280)
Condicere, (165)
Condictio, (272) 301)
Condictio causa data causa non secuta, (161)
Condictio certa, (139) 278)
Condictio certae pecuniae, (128) 136)
Condictio certae rei, (136)
Condictio ex injusta causa, (187)
Condictio ex lege, (167)
Condictio ex mutuo, (128)
Condictio furtiva, (179)
Condictio indebiti, (187) 189)
Condictio ob rem dati, (161) 187)
Condictio ob turpem causam, (187)
Condictio obligationis, (142) 187)
Condictio sine causa, (138) 141) 187)
Condictio triticaria, (128) 136)
Conditio, (209)
Condition résolutoire, (209) 210)
Condition suspensive, (209)
Conductor, (153) 154)
Confarreatio, (38)
Confessio in jure, (284)
Confessus, (274) 284) 290)
Confusion, (105) 197)
Congruentia (verborum), (135) 202)
Consensus, (121)
Consensus curatoris, (64)
Consilium principis, (14)
Consilium propinquorum, (35) 45)
Consolidation (de l'usufruit), (110)
Constituere, (165)
Constitutum, (165) 203) 221)
Constitutions impériales, (12)
Consuetudo, (7)
Consulares, (268)
Consulere, (9)
Continuatio possessionis, (92)
Continuus actus, (135)
Contra vindicatio, (272)
Contractus, (114) 118)
Contradictor (justus), (286)
Contrarius actus, (196) 201)
Contrats de bonne foi, (119)
Contrats de droit strict, (119)
Contrats formels, (119)
Contrats synallagmatiques parfaits, (119) 143)
Contrats synallagmatiques imparfaits, (130) 156)
Contrats unilatéraux, (119)
Contractatio rei, (178)
Contubernium, (23) 46)
Contumelia, (183)
Conventio, (118) 121)
Conventus, (269)
Corréalité, (212)
Corrector, (268)
Correi, (212)
Corpus (possessionis), (78) 88)
Coutume, (7)
Créance litigieuse, (207)
Creditor, (114)
Creditum, (221)
Cretio, (246)
Cretio perfecta, (246)
Crimen, (178) 183)
Crimen suspecticuratoris, (65)
Crimen suspecti tutoris, (61)
Culpa, (180) 190)
Culpa lata, (190)
Culpa levis, (190)
Culpa levissima, (190)
Cura, (63)
Curatelle des fous, (63)
Curatelle des mineurs de 25 ans, (63)
Curatelle des prodigues, (63)
Curateurs permanents, (63)
Curatio, (54) 63)
Curator bonorum vendendorum, (292)
Curie, (51)
Custodia, (59) 146) 179) 190)
Custodia et observatio bonorum, (284) 290)

D

Damnare, (272) 280)
Damnas esto, (255)
Damnatio, (280)
Damnum, (192)
Damnum emergens, (192)
Damnum infectum, (276)
Damnum injuria datum, (180) 182)
Damnum sine injuria datum, (184)
Dare, (123)
Dare formulam, judicium, (277) 283)
Datio in solutum, (203)
Datio dotis, (172)
Datio tutoris, (56)
Debitor, (114)
Decemviri legibus scribendis, (7)
Decemviri litibus judicandis, (268)

Decreta, (12) 305)
Deductio (du bonorum emtor), (205) 206)
Deductio (servitutis), (104) 109)
Defendere, (284)
Defensio, (186)
Defensor, (284)
Defraudator, (205) 291)
Degrés de parenté, (41)
Delegare, (140)
Delegatio, (140)
Délégation, (207)
Delictum privatum, (177),
Délit, (177),
Délit public, (177)
Demonstratio, (279)
Denegatio actionis, (277)
Denuntiatio, (149) 207) 272) 277)
Dépôt, (132)
Dépôt irrégulier, (132)
Dépôt nécessaire ou misérable, (132)
Derelictio, (99)
Descendentes, (240) 243)
Détention, (78)
Dicta aut promissa, (150)
Dictio dotis, (134) 172)
Dies, (209)
Dies cedit, (209) 257)
Dies fasti, (9) 269)
Dies feriati, (269)
Dies incertus, (209) 232)
Dies judiciarii, (269)
Dies nefasti, (9) 269)
Dies venit, (209) 257)
Digeste, (17)
Diligentia, (190)
Dissensus, (201)
Distractio (bonorum), (222)
Divortium, (45)
Dol, (121) 190)
Doli capacitas, (177)
Dolus bonus, malus, (121)
Dominium ex jure quiritium, (75) 111) 296)
Dominium nudum, (107) 111)
Dominus, (155) 227)
Dominus nudus, (111)
Dominus rei gestae, (186)
Domus, (34) 75) 246)
Donatio sub modo, (168)
Donatio mortis causa, (169)
Donatio inter virum et uxorem, (170)
Dos, (171)
Dos adventitia, (172)
Dos profectitia, (172)
Dos receptitia, (174)
Droit, (1)
Droit coutumier, (8)
Droit de rétention, (222) 223)
Droit naturel, (2)
Droit pénal, (177)
Droit positif, (2)
Droit privé, (3)
Droit public, (3)
Droit personnel, (67)
Droit réel, (67),
Duoviri, (268)
Duplicatio, (282)

E

Edere judicium, (283)
Edictum, (10) 12)
Edictum perpetuum, (10) 13)
Edictum repentinum, (10)
Edictum successorium, (237)
Edictum tralatitium, (10)
Edit de alterutro, (175)
Edit des Ediles curules, (150)
Editio actionis, (277)
Emancipation, (52) 238) 250)
Empereur, (268) 288) 293)
Emphyteusis, (112)
Emtio venditio, (144)
Emtor, (144)
Enrichissement sans cause, (187)
Epistola Hadriani, (220)
Eremodicium, (293)
Ereptoria, (265)
Erreur (dans les conventions), (121)
Erroris causae probatio, (51)
Estimation, (173)
Exceptio, (281)
Exceptio doli, (121) 138) 141) 144) 162) 220) 222)
Exceptio in id quod facere potest, (302)
Exceptio jurisjurandi, (166) 203) 284)
Exceptio justi dominii, (299)
Exceptio legis Cinciae, (168)
Exceptio longae possessionis, (94)
Exceptio longi temporis, (94)
Exceptio non numeratae pecuniae, (142)
Exceptio pacti conventi, (163) 164) 203)
Exceptio peremptoria, (303)
Exceptio quod metus causa, (121)
Exceptio rei donatae et traditae, (168) 296)
Exceptio rei in judicium deductae, (283) 286)
Exceptio rei judicatae, (203) 286)
Exceptio rei venditae et traditae, (149) 296)

Exceptio restitutae hereditatis, (262)
Exceptio Senatusconsulti Macedoniani, (129)
Exceptio Senatusconsulti Vellciani, (226)
Exception d'hypothèque, (225)
Excussio personalis, realis, (225)
Exercitor, (194)
Expensilatio, (140)
Expressa causa agere, (286)
Expromissor, (226)

F

Facere, (123)
Familia, (20) 67) 70) 75) 227) 230) 236)
Familiae emtor, (230)
Familiaris, (23)
Famille, (33)
Famulus, (23)
Fas, (6) 9)
Fenus, (129)
Fenus nauticum, (129)
Festuca, (26) 134) 272)
Fidéicommis, (253)
Fideicommissarius, (260)
Fideicommissum, (260)
Fideicommissum singulae rei, (260)
Fidejussio, (219)
Fidejussio indemnitas, (220)
Fidepromissio, (219)
Fidepromissor, (219)
Fides, (61) 124) 130) 190) 230) 260) 301)
Fides (bona), (119) 124) 130) 301)
Fiducia, (130) 222)
Fiduciarius, (260)
Filiafamilias, (34)
Filius primo gradu, (242)
Filiusfamilias, (34)
Fisc, (259) 265)
Fonds italiques, (72)
Fonds provinciaux, (72)
Formula, (276) 293)
Formula arbitraria, (280) 305)
Formula petitoria, (296)
Formula rutiliana, (290)
Formula serviana, (290)
Formulae praejudiciales, (280)
Fraudator, (291)
Fruits, (97) 108)
Fundi patrimoniales, (112)
Furiosus, (63) 64)
Furor, (63)
Furtum, (178)
Furtum manifestum, (178) 179)
Furtum nec manifestum, (178) 179)

G

Gaius, (14)
Gens, (44) 235)
Gentilis (44) 235)
Genus, (127)
Gestio (negotiorum), (155) 186)
Gestio pro herede, (246)
Gestio tutoris, (57) 59)
Gestor (negotiorum), (155) 186)
Gradus, (41)

H

Habitatio (106)
Hasta, (268) 272)
Hereditas, (227) 249)
Hereditas fideicommissa, (260)
Hereditas jacens, (246)
Heredium, (75)
Heres, (227) 297)
Heres domesticus, (235) 246)
Heres ex asse, (232)
Heres extraneus, (246) 248)
Heres legitimus, (228)
Heres necessarius, (246) 248)
Heres suus et necessarius, (235) 246) 248)
Heres voluntarius, (246)
Herus, (181) 227)
Honorarium, (154) 155)
Hostis, (32)
Hypotheca, (223)

I

Id quod interest, (179) 181) 192)
Imperium, (10) 268) 276) 304) 305) 307)
Impetratio dominii, (225)
Impubère, (40)
In bonis habere, (111)
In causa caduci, (252)
In diem addictio, (210),
In jure cessio, (87)
In jure cessio, hereditatis, (265)
In jus vocatio, (272) 277)
Indebitum solutum, (187)
Indefensio, (284)
Indefensus, (290)
Indivision, (96) 186)
Infans, (58)
Infantiae proximus, (58)
Infamie, (143) 156) 157) 182) 186) 290) 292)
Infitiatio, (150) 181) 187) 302)
Ingenui, (25)
Injuria, (180) 183)
Injuria atrox, simple, (183)
Inquilinus, (29) 153)

Insani, (63)
Insinuatio, (168)
Institor, (194) 195)
Institutes de Justinien, (17)
Instrumentum, (135) 139) 285)
Instrumentum dotale, (46)
Intentio, (278)
Intercessio, (226) 288)
Interdiction, (63)
Interdictum, (77) 305)
Interdit de mortuo inferendo, (305)
Interdit de precario, (162) 306)
Interdit de superficie, (112)
Interdit fraudatoire, (306)
Interdit ne quid in loco publico, sacro fiat, (305)
Interdit possessorium, (306)
Interdit quorum bonorum, (236) 306)
Interdit salvianum, (323) 306)
Interdit sectorium, (306)
Interdit unde vi, (306)
Interdit uti possidetis, (306)
Interdit utrubi, (306)
Interdits adipiscendae possessionis, (306)
Interdits de divinis rebus, (305)
Interdits de humanis rebus, (305)
Interdits doubles, (306)
Interdits possessoires, (78) 306)
Interdits publici juris, (305)
Interdits quae rei persecutionem continent, (305)
Interdits quae possessionis persecutionem continent, (305)
Interdits quasi possessoires, (80) 306)
Interdits recuperandae possessionis, (306)
Interdits rei familiaris, (305)
Interdits retinendae possessionis, (306)
Intérêts, (129),
Intérêts conventionnels, moratoires, (192)
Interpres, (9)
Interpretatio, (9)
Interrogatio in jure, (284)
Invecta illataque, (223)
Inventarium, (61)
Iter, (103)

J

Judex, (267) 277)
Judex datus, (268)
Judex pedaneus, (268) 293)
Judex unus, (268)
Judicatus, (274) 280) 284) 290)
Judicatum, (280) 288)
Judicia, (301)
Judicia bonae fidei, (301)
Judicia duplicia, (280) 295)
Judicia extraordinaria, (293)
Judicium, (267) 273) 285) 293) 294)
Judicium centumvirale, (268)
Judicium imperio continens, (285)
Judicium legitimum, (285)
Judicium tutelae, (61)
Jura, (69) 101)
Jura patronatus, (26)
Juridici, (268)
Jurisdictio, (10) 268)
Jurisperitus, (9)
Jurisprudens, (9)
Jurisprudencia, (9)
Jus (droit profane), (6) 9)
Jus (première phase de l'instance), (267) 272) 277) 293)
Jus abstinendi, (248)
Jus abutendi, (75)
Jus accrescendi, (252)
Jus accrescendi ad certam portionem, (242)
Jus arenae fodiendae, (103)
Jus caduca vindicandi, (252)
Jus calcis coquendae, (103)
Jus capiendi ex testamento, (251) 258)
Jus civile, (5) 6) 9) 11)
Jus commercii, (30)
Jus connubii, (26) 30) 41)
Jus distrahendi, (222) 225)
Jus emphyteuticum, (112)
Jus fraternitatis, (157)
Jus fruendi, (75) 108)
Jus gentium (système du), (11)
Jus habitandi domum, (106)
Jus honorarium, (10)
Jus in agro vectigali, (112)
Jus italicum, (72)
Jus liberorum, (239)
Jus moribus constitutum, (7)
Jus naturale, (11)
Jus non scriptum, (7)
Jus novum, (12)
Jus offerendae pecuniae, (225)
Jus oneris ferendi, (103)
Jus paganorum, (264)
Jus parietum, (103)
Jus pascendi, (103)
Jus postliminii, (25)
Jus projiciendi, (103)
Jus proprium civium romanorum, (5) 6)
Jus respondendi, (13)
Jus scriptum, (7)
Jus stillicidii vel fluminis recipiendi, (103)
Jus tigni immittendi, (103)

Jus utendi, (75) 108)
Jusjurandum giudiciale, (285)
Jusjurandum liberti, (134)
Jusjurandum necessarium, () 285)
Jusjurandum voluntarium, (166)
Jussus giudicis, (280)
Juste titre putatif, (92)
Justice privée, (266) 271) 274)
Juventius Celsus, (14)

K

Kalendarium, (139)

L

Labeo, (14)
Latini, (32)
Latini coloniarii, (32)
Latini juniani, (27)
Latini veteres, (32)
Latium majus, minus, (32)
Legare, (228) 230) 255)
Legatarius, (254)
Legatum, (230) 255)
Legatum partitionis, (256)
Legatus Caesaris, (268)
Leges, (15)
Leges caducariae, (252)
Leges datae, (12)
Leges regiae, (7)
Leges rogatae, (12)
Leges romanae barbarorum, (16)
Legis actio, (30) 271) 276)
Legitima pars, (245)
Légitimation, (51)
Legitimi, (228) 238)
Legs, (253) 254)
Legs per damnationem, ()
Legs per praeceptionem, (255)
Legs per vindicationem, (255)
Legs sinendi modo, (255)
Lésion d'oultre moitié, (145)
Lex, (7)
Lex bonorum vendendorum, (290)
Lex centuriata, (7)
Lex commissoria, () 222)
Lex curiata, (7)
Lex mancipii, (150)
Lex praepositionis, (194)
Lex privata, (7)
Lex publica, (7)
Libellus repudii, (45)
Liber, (238)
Liberalis causa, (295)
Liberatio, (114) 196)
Liberi naturales, (46) 51)
Liberi non justii, (51)
Libertas, (20)
Libertinus, (25) 26)
Libertus, (25) 26)
Libertus orcinus, (26)
Libra (aenea), (85) 126)
Libripens, (84) 85) 126)
Lis, (273) 283)
Litis contestatio, (204) 273) 283) 287) 293)
Litis denuntiatio, (277)
Litterae, (139)
Locatio conductio, (152)
Locatio conductio, operarum, operis, (152) 154)
Locatio conductio, rerum, (152)
Locatio partiararia, (153)
Locator, (153) 154)
Loi, (7)
Loi Aebutia, (10) 276)
Loi Aelia Sentia, (27)
Loi Apuleia, (219)
Loi Aquilia, (180)
Loi Atilia, (56)
Loi Atinia, (92)
Loi Calpurnia, (272)
Loi Canuleia, (30)
Loi Cicereia, (219)
Loi Cincia, (168)
Loi Cornelia (de injuriis), (183)
Loi Falcidia, (258) 263)
Loi Fufia Caninia, (27)
Loi Furia (de sponsu), (219) 274)
Loi Furia (testamentaria), (258) 274)
Loi Julia, (32)
Loi Julia de adulteriis, (45) 173)
Loi Julia de fundo dotali, (173)
Loi Julia de vi, (92)
Loi Julia et Pappia Poppaea, (27) 123) 172) 251) 252) 259) 263)
Loi Julia et Titia, (56)
Loi Julia municipalis, (130)
Loi Junia Norbana, (27) 251)
Loi Minicia, (31)
Loi Petronia, (24)
Loi Plaetoria, (63)
Loi Plautia, (92)
Loi Plautia Papiria, (32)
Loi Paetilia Papiria, (126)
Loi Publilia, (219) 274)
Loi Rubria (de Gallia cisalpina), (123)
Loi Sillia, (272)
Loi Voconia, (231) 258)
Loi des citations, (16)

Loi des XII Tables, (7)
Lois agraires, (72)
Lois caducaires (V. Loi *Julia et Papia Poppaea*).
Lois *Juliae judicariae*, (276) 289)
Lucrum (cessans), (192)
Luere pignus, (274)

M

Magister (bonorum vendendorum), (290)
Magister navis, (194) 195)
Magistrats municipaux, (56) 61) 65) 268)
Magistratus, (267)
Major XXV annis, (63)
Mancipatio, (84) 144)
Mancipatio familiae, (230)
Mancipium, (21) 53) 84)
Mancipium fiduciae causa, (53)
Mandans (155)
Mandat ad litem, (284)
Mandata principum, (12) 264)
Mandatarius, (155)
Mandator, (155) 221)
Mandatum, (155)
Mandatum pecuniae credendae, (221)
Manum depellere, (274)
Manumissio, (25)
Manus, (38) 43) 53)
Manus fiduciae causa, (53)
Manus injectio, (274)
Manus injectio judicati, (274) 280) 289)
Manus injectio pro judicato, (274)
Manus injectio pura, (274)
Manus militaris, (301)
Manuum consortio, (272)
Maritus, (38)
Materfamilias, (34)
Matriarcat, (33)
Matrimonium (justum), (37)
Matrimonium (dispar), (31)
Matrimonium sine connubio, (46)
Mente capti, (63) 64)
Merces, (152)
Merx, (145)
Merx peculiaris, (194)
Metus, (121)
Milites, (30) 264)
Minor XXV annis, (63) 64)
Minus petitio, (284)
Missio in possessionem, (290)
Missio in possessionem, rei servandae causa, (290)
Modus, (211)
Modus legitimus, (129) 168)
Mora, (191) 192)
Mores, (7) 10)
Mortis causa capio, (253)
Mos, (7)
Moyens de défense, (281)
Multa, (85)
Mutatio rei, (110)
Mutuae petitiones, (285)
Mutui datio, (126) 127)
Mutuum, (126)
Mutuus dissensus, (201) 202)

N

Negotiorum gestio, gestor, (155) 186)
Negotium civile, (118) 119) 144) 161)
Negotium mixtum, (168)
Negotium novum, (161)
Nepotes, (34)
Nexum, (114) 126)
Nomen, (139)
Nomen arcarium, (139)
Nomen gentilitium, (26) 44)
Nomen transcriptitium, (140)
Non usage (des servitudes), (105) 110)
Novatio, (199)
Novelles, (17)
Noxa, Noxia, (180) 184)
Noxae deditio, (184)
Nuda pactio, (118)
Nuda proprietas, (107)
Nuda repromissio, (304)
Nudum dominium, (107)
Nuncupatio, (126) 230)
Nuntius, (143)
Nuptiae justae, (37)
Nuptiae nefariae et incestae, (41)

O

Obligatio, (114)
Obligation alimentaire, (185)
Obligation pure et simple, (209)
Obligations certae, (123)
Obligations civiles, (116) 189)
Obligations conventionnelles, (117)
Obligations corréales, (212)
Obligations cumulatives, (212)
Obligations ex delicto, (177)
Obligations honoraires, (116)
Obligations incertae, (123)
Obligations indivisibles, (212)
Obligations légales, (117) 185)
Obligations modes d'extinction exceptionis ope, (196)
Obligations modes d'extinction ipso jure, (196)
Obligations naturelles, (116) 189)
Obligations quasi ex delicto, (177) 182)

Obligations solidaires, (215)
Obligations intransmissibilité active, passive, (193)
Obsignare, (230)
Occentatio, (183)
Occupatio, (82)
Officium, (10) 61) 143) 162)
Officium judicis, (285)
Officium pietatis, (243) 244)
Offres de paiement, (198)
Operae, (154)
Operae servorum aut animalis, (106)
Optio tutoris, (62)
Oratio Antonini, (170)
Oratio principis, (12)
Orator, (269)
Orbus, (251) 252)
Orbus, judiciorum privatorum, (267)
Orbus, senatorius, (30)
Originarius, (29)

P

Pacta adjecta, (163)
Pacte de réméré, (210)
Pactes légitimes, (118) 167)
Pactes prétoriens, (118) 164)
Pactio, (118)
Pactum, (118) 177)
Pactum de constituta pecunia, (V. constitutum).
Pactum de jurejurando, (203)
Pactum de non petendo, (203)
Pactum displicentiae, (210)
Pactum fiduciae, (130) 222)
Pagani, (30) 264)
Pandectes, (17)
Papinien, (14)
Paraphernaux, (171) 173)
Parenté, (41) 44)
Partage (96) 186)
Pater, (33) 34) 228) 252) 259)
Paterfamilias, (V. Pater).
Patriarcat, (33)
Patriciens, (30)
Patrimonium. (67)
Patronus, (25) 269)
Paul, (14)
Pauperies, (184)
Peculatus, (85)
Peculium, (23) 36) 171) 194)
Peculium adventitium, (36)
Peculium castrense, (36)
Peculium profectitium, (36)
Peculium quasi castrense, (36)
Pecunia, (67) 70) 75) 85) 165) 227)
Pecunia trajectitia, (129)
Pecus, (85) 180)
Pensatio, (204)
Pensio, (112) 153)
Peregrinus, (32)
Peregrinus deditus, (32)
Péremption de l'instance, (293)
Permutatio, (162)
Persecutio, (287)
Persona, (20)
Persona turpis, (243)
Personae exceptae, (168) 170) 251)
Personae incertae, (231)
Personales praestationes, (186)
Personne morale, (20)
Personne physique, (20)
Personnes alieni juris, (34)
Personnes sui juris, (34)
Perte de la chose due, (197)
Petitio hereditatis, (297)
Petitio hereditatis, fideicommissaria, (262)
Petitio hereditatis, possessoria, (236)
Petitor, (269)
Pietas, (243)
Pignoris capio, (274) 304)
Pignus, (133) 222) 223)
Pignus ex causa judicati captum, (224) 292)
Plébéiens, (30)
Plebiscitum, (7)
Plus petitio, (285)
Plus petitio, loco, (198)
Plus petitio, tempore, (209)
Poena, (177) 218)
Poena privata, (177) 178) 181) 183) 184)
Pontifes, (9) 272)
Possessio, (72) 76)
Possessio civilis, (78)
Possessio corporalis, (78)
Possessio justa, (78)
Possessio naturalis, (78)
Possessor juris, (297)
Possessor pro herede, (297)
Possessor pro possessore, (297)
Possessor rei, (297)
Postulatio actionis, (277)
Postulatio judicis, (272)
Postumi, (231) 233)
Potestas, (34)
Potestas dominica, (23)
Potestas patria, (34) 35)
Potestas deliberandi, (246)
Potestas vitae ac necis, (36)

Praedes litis et vindiciarum, (272)
Praedia rustica, (103)
Praedia rustica vel suburbana, (59) 64) 92)
Praedia urbana, (103)
Praedicere, (219)
Praedo, (77)
Praefatio, (135)
Praefectus annonae, (293)
Praefectus praetorio, (268)
Praefectus urbi, (268) 293)
Praefectus vigilum, (293)
Praejudicium, (281) 295)
Praejudicium de civitate, (295)
Praejudicium de ingenuitate, (295)
Praejudicium de libertate, (295)
Praemia patrum, (252) 259)
Praenomen, (26)
Praescriptio, (94) 281) 282)
Praescriptio ea res agatur cujus rei dies fuit, (282)
Praescriptio de fundo mancipando, (282)
Praescriptio longi temporis, (90) 93) 94) 95) 104)
Praescriptio longissimi temporis, (95)
Praescriptio rei judicatae, (282) 286)
Praescriptiones pro actore, (282)
Praescriptiones pro reo, (282)
Praeses, (268)
Praestare, (123)
Praetor fideicommissarius, (260) 268)
Praetor peregrinus, (10) 276)
Praetor tutelaris, (56)
Praetor urbanus, (10) 276)
Precarium, (162)
Prescription de l'action, (295)
Prescription libératoire, (197)
Prêt à intérêt, (129)
Prêt à la grosse, (129)
Prêt à usage, (131)
Prêt d'argent, (129)
Prêt de consommation, (126)
Pretium, (145)
Preuve (moyens de), (285) 293)
Privilège du double lien, (240)
Privilegium deductionis, (194)
Privilegium inter personales actiones, (61) 65) 224) 290)
Pro non scriptis, (252)
Procédure d'ordre, (225)
Procédure per sponsionem, (276) 305)
Proclamatio in libertatem, (295)
Proconsul, (268)
Proculiens, (14)
Procuratio, (186)
Procuratio in rem suam, (207)
Procurator, (155) 284)
Procurator in rem suam, (207)
Prodigus, (63) 64)
Professio, (168)
Promissa, (150)
Promissio, (135)
Promissio dotis, (172)
Promissor, (135)
Pronuntiatio, (280)
Propinqui, (238)
Proprietas, (72) 111)
Propriété collective, (75)
Propriété (démembrements), (101)
Propriété individuelle, (75)
Propriété prétorienne, (111)
Proscriptio bonorum, (290)
Pubertas, (40)
Pubertas plena, (50)
Pubertati proximus, (58)
Puberté, (40)
Publicains, (159)
Pupillus, Pupilla, (55)
Pupus, Pupa, (55)

Q

Quaestus, (159)
Quanti ea res est, (179) 192)
Quanti interest, (192)
Quarta legitimae partis, (244)
Quarte Falcidie, (258)
Quarte Pégasienne, (262)
Quarte Trébellienne, (262)
Quasi possessio, (80) 109)
Quasi traditio, (104) 109)
Quasi usufructus, (110)
Quatuorviri, (268)
Querela de non numerata pecunia, (142)
Querela inofficiosi testamenti, (243) 244)
Questeur, (10) 290)

R

Rapina, (182)
Rationes, (139)
Receptum, (164)
Receptum argentarii, (165)
Recitatio, (168)
Recuperatores, (268)
Redemptor, (143)
Redemptor vectigalium, (159)
Reditus, (112)
Regula catoniana, (258)
Rei vindicatio, (V. *Vindicatio rei*).
Rente viagère, (209)
Repertorium, (61)

Replicatio, (282)
Replicatio doli (203)
Replicatio legis Cinciae, (168)
Replicatio rei judicatae, (286)
Replicatio rei venditae et traditae, (299)
Représentation par autrui, (113) 193) 284)
Répudiation d'hérédité, (246)
Repudium, (45)
Rerum actus, (269)
Res, (67) 145) 273) 283)
Res communes, (73)
Res corporales, (69)
Res divini juris, (73)
Res extra patrimonium, (68) 73)
Res furtiva, (92)
Res humani juris, (73)
Res incorporales, (69)
Res in patrimonio, (68)
Res iudicata, (286)
Res Mancipi, (70)
Res mobiles, (71)
Res nec Mancipi, (70)
Res nullius, (82)
Res publicae, (73)
Res quae pondere, numero, mensura constant, (127)
Res religiosae, (73)
Res sacrae, (73)
Res sanctae, (73)
Res soli, (71)
Res vi possessa, (92)
Rescripta, (12)
Respondere, (9) 13)
Responsa prudentium, (9) 13)
Restituere, (123)
Restitutio in integrum, (63) 121) 288) 291) 307)
Restitutio in integrum, dato iudicio, (307)
Retentio dotis, (175)
Retrait litigieux, (207)
Reus, (114) 269)
Reus promittendi, (135) 213)
Reus stipulandi, (135) 213)
Revocatio in duplum, (288)
Ruptio, (181)
Ruta caesa, (147)

S

Sabinien, (14)
Sacra gentilitia, (44)
Sacra privata, (48) 230) 247) 253) 256)
Sacramentum, (272)
Saltus hiberni et aestivi, (79)
Salvius Julianus, (13) 14)
Sarcire, (180)
Satisfactio, (284) 304)
Satisfactio, (196)
Scholae, Sectae, (14)
Scribere, (9)
Sectio bonorum, (290)
Sénatusconsulte Claudien, (22)
Sénatusconsulte Juventien, (297)
Sénatusconsulte Macédonien, (129)
Sénatusconsulte Néronien, (255) 263)
Sénatusconsulte Orphitien, (239)
Sénatusconsulte Pégasien, (260) 262)
Sénatusconsulte Tertullien, (239)
Sénatusconsulte Trébellien, (262)
Sénatusconsulte Velléien, (226)
Senatusconsultum, (12)
Sententia, (280) 285) 286)
Separatio bonorum, (248)
Séparation de biens, (174)
Séparation des patrimoines, (248)
Sequester, (132)
Servitium, (21)
Servitus, (21) 100)
Servitus altius non tollendi, (103)
Servitus luminum, (103)
Servitus ne luminibus officiat, (103)
Servitutes personarum, (100)
Servitutes praediorum, (100)
Servitutes praediorum rusticorum, (103)
Servitutes praediorum urbanorum, (103)
Servus, (21)
Servus terrae, (29)
Signare, (230)
Simplum, (179)
Socer, (41)
Societas, (157)
Societas alicujus negotiationis, (159)
Societas argentariorum, (159)
Societas exercitoria, (159)
Societas omnium bonorum, (159)
Societas publicanorum, (159)
Societas quaestuum, (159)
Societas unius rei, (159)
Societas venalitorum, (159)
Société léonine, (157)
Socrus, (41)
Sodalitates, (20)
Solarium, (112)
Solidarité, (215)
Solidi capacitas, (251)
Solutio, (114) 196)
Solutio imaginaria, (202)
Solutio per aes et libram, (201)

Sors, (129)
Spadones, (40)
Species, (127)
Sponsio, (134) 135) 219)
Sponsor, (134) 135) 219)
Spurii, (46)
Status, (20)
Stipendium, (72)
Stipula, (134)
Stipulatio, (134) 135)
Stipulatio duplae, (148)
Stipulatio poenae, (218)
Stipulation aquilienne, (202)
Stipulation d'annuités, (209)
Stipulationes conventionales, (304)
Stipulationes emtae et venditae hereditatis, (262) 265)
Stipulationes emti et venditi, (144)
Stipulationes partis et pro parte, (256)
Stipulationes praetoriae, (304)
Stipulator, (135)
Subrogation légale, (220)
Subscriptio, (230)
Substitutio, (232)
Substitutio fideicommissaria, (261)
Substitutio pupillaris, (232)
Substitutio quasi pupillaris, (232)
Substitutio vulgaris, (232)
Successio, (227)
Successio in universum jus, (247) 249)
Successorium edictum, (V. Edictum).
Superficies, (112)
Superstites, (273)
Suscipere actionem, (284)
Sylva caedua, (108)
Syngraphae, (142)
Système des actions de la loi, (270) 271)
Système extraordinaire, (270) 293)
Système formulaire, (270) 276)

T

Tabulae, (139) 230)
Tabulae testamenti, (230)
Tabularius, (248)
Tacite reconduction, (153)
Talio, (177)
Terme résolutoire, (209)
Terme suspensif (209)
Testament calatis comitiis, (230)
Testament destitutum, (233)
Testament in procinctu, (230)
Testament injustum, (233)
Testament inofficiosum, (233) 243)
Testament irritum, (233)
Testament nuncupatif, (230)
Testament per aes et libram, (230)
Testament ruptum, (233)
Testament tripartite, (230)
Testamenti factio, (230) 231) 251)
Testamentum, (228) 230)
Testamentum septem signis signatum, (230)
Testari, (230)
Tradens, (126) 130)
Traditio, (88)
Traditio nuda, (88)
Transactio, (162)
Transcriptio a persona in personam, (140)
Transcriptio a re in personam, (140)
Transitio ad plebem, (47)
Translatio servitutis, (104) 109)
Trésor, (97)
Tributarius, (29)
Tributum, (72)
Trinoctio abesse, (38)
Tripertita, (271)
Turbatio sanguinis, (45)
Tutela, (54) 55)
Tutelle déferée par le magistrat (56) 62)
Tutelle légitime, (56) 62)
Tutelle testamentaire, (56) 62)
Tutor, (55)
Tutor certae causae, (56)

U

Ulpian, (14)
Unité de l'acte juridique, (163)
Universitas juris, (256)
Usucapio, (90) 95)
Usucapio libertatis, (105)
Usucapio pro herede, (92)
Usura centesima, (129)
Usurae, (129)
Usureceptio, (92) 222)
Usurpatio, (92)
Usus, (38) 106)
Ususfructus, (106) 107)
Utilitas, (192)
Uxor, (38)

V

Vadimonium, (284)
Vaenia aetatis, (64)
Variae causarum figurae, (117) 185)
Vatican (fragments du), (16)
Vectigal, (72) 112)
Venditio bonorum, (222) 290)
Venditor, (144)
Verba, (134)

Verba concepta, (276)

Veterani, (41)

Via, (103)

Vices rédhitoires, (150)

Vicarius, (268)

Vinculum juris, (114) 134)

Vindicatio in libertatem, (295)

Vindicatio in servitatem, (295)

Vindicatio pignoris, (225)

Vindicatio rei, (272) 296)

Vindiciae, (272)

Vindicta, (26) 272)

Vindicta privata, (177) 178) 180) 183) 184)

Vindex, (274)

Violence, (121)

Vir, (38)

Vir bonus, (61) 301)

Vis, (121)

Vis armata, (306)

Vis quotidiana, (306)

Vulgo concepti, (46)

Wehrgeld, (177)

FIN DU REPERTOIRE ALPHABETIQUE.