Explication méthodique des "Institutes", de Justinien... [Par L.-É.-A. Lariche et G. Bonjean.]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Lariche, Louis-Étienne-Alexandre,Bonjean, Georges (1848-1918). Explication méthodique des "Institutes", de Justinien... [Par L.-É.-A. Lariche et G. Bonjean.]. 1878-1880.

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

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

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

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

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

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

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

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

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

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

EXPLICATION MÉTHODIQUE

DES

INSTITUTES

DE JUSTINIEN

CONTENANT :

UNE INTRODUCTION HISTORIQUE A L'ÉTUDE DU DROIT ROMAIN;
LA TRADUCTION ET L'EXPLICATION DES INSTITUTES DE JUSTINIEN;
LA TRADUCTION ET L'EXPLICATION DES TEXTES LES PLUS IMPORTANTS
DES INSTITUTES DE GAÏUS, DU DIGESTE, DU CODE, DES NOVELLES;
DES RÉSUMÉS SYNOPTIQUES DES PRINCIPALES MATIÈRES;
UNE TABLE MÉTHODIQUE, A LA FIN DE CHAQUE VOLUME;
UN RÉPERTOIRE GÉNÉRAL ALPHABÉTIQUE, A LA FIN DE L'OUVRAGE.

TOME SECOND

CONTENANT L'EXPLICATION DES LIVRES III ET IV DES INSTITUTES

PARIS
A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS
Libraires de la Cour d'appel et de l'Ordre des avocats
G. PEDONE-LAURIEL, successeur
13, RUE SOUFFLOT, 13
1880
Tous droits réservés.

EXPLICATION MÉTHODIQUE

DES

INSTITUTES DE JUSTINIEN

8° F
621

SCEAUX. — IMPRIMERIE CHARAIRE ET FILS.

EXPLICATION MÉTHODIQUE

DES

INSTITUTES

DE JUSTINIEN

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

CONTENANT :

UNE INTRODUCTION HISTORIQUE A L'ÉTUDE DU DROIT ROMAIN;
LA TRADUCTION ET L'EXPLICATION DES INSTITUTES DE JUSTINIEN;
LA TRADUCTION ET L'EXPLICATION DES TEXTES LES PLUS IMPORTANTS
DES INSTITUTES DE GAÏUS, DU DIGESTE, DU CODE, DES NOVELLES;
DES RÉSUMÉS SYNOPTIQUES DES PRINCIPALES MATIÈRES;
UNE TABLE MÉTHODIQUE, A LA FIN DE CHAQUE VOLUME;
UN RÉPERTOIRE GÉNÉRAL ALPHABÉTIQUE, A LA FIN DE L'OUVRAGE.

TOME SECOND

CONTENANT L'EXPLICATION DES LIVRES III ET IV DES INSTITUTES

1704.

PARIS
A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS
Libraires de la Cour d'appel et de l'Ordre des avocats
G. PEDONE-LAURIEL, successeur
13, RUE SOUFFLOT, 13
1880

Tous droits réservés



LIVRE DEUXIÈME

DES CHOSES

(SUITE)

DEUXIÈME PARTIE

TRANSMISSION DU PATRIMOINE

(SUITE)

DEUXIÈME SECTION

HÉRÉDITÉS AB INTESTAT

PRÉLIMINAIRES

Nous avons vu dans le tome I que le livre 2 se divisait en deux parties principales : 1° éléments qui composent le patrimoine, ou qui en sont exclus ; 2° transmission du patrimoine.

Des onze modes de transmission du patrimoine, que traite cette *deuxième partie*, les trois premiers constituent la grande matière de la *succession en droit romain*, matière qui se divise elle-même, d'une façon générale, en *deux sections*, selon que le *de cujus* est mort *testat* ou *intestat*.

Nous venons d'étudier la *première section* à la fin du tome I ; il nous reste à examiner dans cette *deuxième section* la matière si compliquée des *hérédités ab intestat*, dont l'étude sera facilitée, je pense, par le *tableau* suivant :

DEUXIÈME TABLEAU GÉNÉRAL

DES SUCCESSIONS EN DROIT ROMAIN

Généralités.

- CHAPITRE Ier. — **Différentes classes d'héritiers.**
  - ARTICLE Ier. — SUCCESSION D'UN INGÉNU.
    - § 1er. Héritiers siens.
      - I. Ancien droit.
        - 1° Héritiers siens proprement dits.
        - 2° Époque à laquelle s'apprécie la qualité d'*heres suus*.
        - 3° A quel moment et de quelle manière l'*heres suus* acquiert l'hérédité.
        - 4° Partage de l'hérédité. — Représentation.
      - II. Droit prétorien.
        - 1° Personnes appelées en concours avec les héritiers siens.
        - 2° *Collatio bonorum*.
      - III. Constitutions impériales.
      - IV. Innovations de Justinien.
    - § 2. Agnats.
      - I. Agnats proprement dits. — 1° De l'agnation. — 2° Vocation des *a.* — 3° *Successio graduum non est.* — 4° Innovations des prudents. — 5° Émancipés. — 6° Innovations de Justinien.
      - II. Agnats assimilés. — 1° *Parens manumissor*. — 2° S.-C. Tertullien. — 3° S.-C. Orphitien.
    - § 3. *Gentiles*.
    - § 4. Cognats.
  - ARTICLE II. — SUCCESSION D'UN AFFRANCHI.
    - § 1. Succession des affranchis citoyens romains.
      - I. Loi des XII Tables : 1°. — 2°. — 3°. — 4°.
      - II. Droit prétorien : 1°. — 2°. — 3°. — 4°.
      - III. Loi Papia Poppæa : 1°. — 2°. — 3°. — 4°.
      - IV. Législation de Justinien.
    - § 2. Attribution des biens des Latins juniens.
    - § 3. Attribution des biens des déditices.
    - Appendice. — *Adsignatio libertorum*.
- CHAPITRE II. — **Bonorum possessiones**
  - ARTICLE Ier. — DROIT AVANT JUSTINIEN.
    - § 1. But que se propose le préteur.
    - § 2. Circonstances dans lesquelles est mort le *de cujus*.
      - I. Le *de cujus* est mort *testat* : 1°. — 2°.
      - II. Le *de cujus* est mort *intestat* : 1°. — 2°. 3°. — 4°. — 5°. — 6°. — 7°. — 8°.
      - Appendice.
    - § 3. Étendue de la disposition prétorienne.
    - § 4. Efficacité des *bonorum possessiones*.
    - § 5. Généralités sur la demande de la *bon. pos.* : I. — II.
  - ARTICLE II. — Innovations de Justinien.
- CHAPITRE III. — **Successions ab intestat sous Justinien.**

SECTION II. — HÉRÉDITÉS AB INTESTAT

GÉNÉRALITÉS

1630. Nous savons déjà que les mots *hérédité*, *succession* (*familia*, *hereditas*) signifient : 1° l'ensemble des biens, créances et dettes d'une personne morte ; 2° la transmission de cet ensemble de biens, de créances et de dettes à une autre personne, qui prend le nom d'héritier, *heres* (de *herus*, maître).

1631. Nous savons aussi qu'il y a deux espèces d'hérédité : l'hérédité testamentaire et l'hérédité *ab intestat*. L'hérédité testamentaire est l'hérédité transmise à l'héritier par le testament du défunt. L'hérédité *ab intestat* est l'hérédité transmise aux héritiers désignés par la loi.

1632. L'hérédité testamentaire et l'hérédité *ab intestat* sont des modes d'acquérir *per universitatem*. Gaïus dit en effet : « *Nihil aliud est hereditas quam successio in universum jus, quod defunctus habuit.* » (L. 24. D. 50, 16.)

On sait que le mode d'acquérir *singulatim* est celui par lequel une personne acquiert la propriété d'un ou plusieurs objets particuliers. Le mode d'acquérir *per universitatem* est celui par lequel une personne acquiert l'ensemble, l'universalité du patrimoine d'une autre personne ; or ce patrimoine peut contenir, non-seulement des objets corporels, mais encore des choses incorporelles : des créances et aussi des dettes. Celui qui acquiert, *per universitatem*, l'ensemble d'un patrimoine, acquiert, non-seulement les biens corporels, mais encore les créances et les dettes comprises dans ce patrimoine ; tandis qu'un mode d'acquérir *singulatim* étant insuffisant pour faire acquérir à une personne l'universalité du patrimoine d'une autre personne, les créances et les dettes comprises dans le patrimoine d'une personne ne peuvent être transmises de cette personne à une autre personne par un tel mode d'acquérir. — Remarquons que l'héritier devient *ipso jure* propriétaire, *ex jure Quiritium*, de tous les biens corporels de l'hérédité, même avant d'en avoir pris possession.

1633. De ce que l'hérédité est un mode d'acquérir *per universitatem*, il résulte, avons-nous dit, que, lorsqu'une personne meurt, il y a transmission de tous ses biens, créances et dettes à son héritier. L'héritier devient propriétaire, créancier, débiteur de tout ce dont le défunt était propriétaire, créancier, débiteur. Il est le continuateur et le représentant de la personne juridique du défunt : « *Nostris videtur legibus unam quodam modo esse personam heredis et ejus qui in eum transmittit hereditatem.* (*Nov.* 48, *præf.*)

1634. L'hérédité testamentaire et l'hérédité *ab intestat* appartiennent, comme tous les modes d'acquérir *per universitatem*, au droit civil, et sont exclusivement réservés aux citoyens romains.

1635. J'ai dit déjà que, chez les Romains, c'est l'hérédité testamentaire qui a la préférence sur l'hérédité *ab intestat*.

1636. De plus, il ne peut y avoir concours entre l'hérédité testamentaire et l'hérédité *ab intestat;* en d'autres termes, un citoyen romain, non militaire, ne peut avoir à la fois des héritiers testamentaires et des héritiers *ab intestat*, de sorte que, si un testateur n'a institué un héritier que pour un objet particulier, *ex re certa*, l'héritier est sensé institué pour le tout, et prend l'hérédité entière : « *Nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest.* » — D'après quelques interprètes du droit romain, cette règle : *Nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest*, résultait de l'ancienne forme du testament *per æs et libram*. En effet, lorsque cette forme de testament était en usage, le testateur devait manciper son patrimoine tout entier, sa *familia* entière. On n'eût pas compris qu'il eût mancipé son patrimoine pour partie. Lorsque cette ancienne forme eut disparu, on continua à exiger que le testateur disposât par testament de son hérédité entière. — D'autres interprètes pensent que la règle : *Nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest*, ne serait que la conséquence de cette idée, que l'héritier est le continuateur de la personne du défunt [1]. « L'héritier, dit M. Massol, s'assimilant à la personne du défunt, l'on comprend qu'il ne puisse être héritier pour partie. S'il est choisi pour une portion de biens, il sera légataire et non pas héritier. »

1637. Nous allons maintenant nous occuper exclusivement de la matière des hérédités *ab intestat*, qui est considérée comme une des parties du droit romain les plus compliquées et les plus diffi-

1. Voyez sur la règle : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, une remarquable dissertation de M. Massol, professeur à la faculté de droit de Toulouse.

ciles à étudier. Partie de ces difficultés résulte de ce que la matière des hérédités *ab intestat* a été régie par plusieurs législations successives : par l'ancien droit civil, par le droit prétorien, par les constitutions impériales et par la législation de Justinien. D'autre difficultés résultent de la nécessité de distinguer la qualité de la personne du défunt ; en effet, suivant que le défunt était ingénu ou affranchi, les règles sur la dévolution de l'hérédité étaient différentes. S'il s'agissait d'un ingénu, il fallait de plus distinguer s'il avait éprouvé ou non une *capitis deminutio*. Enfin il fallait également distinguer si le défunt était *pater familias* ou *filius familias*, ou bien encore si le défunt était du sexe masculin ou du sexe féminin.

1638. *Dans quel cas y a-t-il lieu à la succession ab intestat ?* — Il y a lieu à la succession *ab intestat* dans tous les cas où il est devenu certain qu'il n'y aura pas lieu à la succession testamentaire : « *Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur*, » dit le jurisconsulte Ulpien. (L. 39. D. 29, 2.) — Or il est certain qu'il n'y a pas lieu à la succession testamentaire dans les cas suivants :

1° Lorsque le défunt n'a pas fait de testament ;

2° Lorsque le testament fait par le défunt n'est pas conforme aux règles du droit, *non jure factum*, soit parce qu'il n'a pas été fait dans les formes exigées par la loi, soit parce qu'il contient l'institution d'une personne qui n'avait pas la *factio testamenti* (n° 1280) ;

3° Lorsque le testament est devenu *ruptum*, rompu, par l'agnation d'un héritier sien (n^os^ 1341 à 1346) ;

4° Lorsque le testament est devenu *irritum*, inutile, par suite d'une *capitis deminutio* encourue par le testateur (n^os^ 1347 à 1350) ;

5° Lorsque le testament est annulé comme inofficieux (L. 6, § 1. D. 5, 2. — N^os^ 1352 et suiv.) ;

6° Lorsque l'héritier institué par le testament a répudié l'hérédité, cas auquel le testament est *desertum*.

Pr. « Meurt intestat celui qui n'a fait aucun testament ou qui en a fait un non conforme au droit, ou dont le testament est devenu rompu, inutile, ou n'a donné lieu à l'arrivée d'aucun héritier. »

1639. *A quel moment s'ouvre la succession ab intestat ?* — La succession *ab intestat* s'ouvre au moment où il est devenu certain qu'il n'y aura pas lieu à la succession testamentaire. En conséquence, quelquefois la succession *ab intestat* s'ouvrira au moment

du décès, parce qu'il sera certain, au moment du décès, qu'il n'y aura pas d'héritier testamentaire ; ceci arrive :

1° Lorsque le défunt n'a pas fait de testament;

2° Lorsque le testament fait par le défunt n'est pas valable, *non jure factum ;*

3° Lorsque le testament est devenu *ruptum*, rompu, par l'agnation d'un héritier sien survenue avant la mort du testateur ;

4° Lorsque le testament est devenu *irritum*, inutile, par suite d'une *capitis deminutio* encourue par le testateur avant sa mort.

Mais il est possible que la succession *ab intestat* ne s'ouvre pas au jour de la mort du défunt, parce qu'au jour de la mort du défunt il n'est pas certain qu'il n'y aura pas succession testamentaire. En pareil cas, la succession *ab intestat* pourra s'ouvrir plus tard, lorsqu'il sera devenu certain qu'il n'y aura pas lieu à la succession testamentaire. C'est ce qui arrive, par exemple, dans les cas suivants :

1° Il y a un héritier testamentaire valablement institué; au jour de la mort du défunt, on ne sait pas si cet héritier fera adition ou répudiera ; par conséquent, on ne sait pas s'il y aura lieu ou non à la succession testamentaire. Mais supposons que, plus ou moins longtemps après la mort du défunt, l'héritier institué répudie? Dès lors, il devient certain qu'il n'y aura pas lieu à l'hérédité testamentaire. — Dans ce cas, la succession *ab intestat* s'ouvre au jour de la répudiation de l'héritier institué et non au jour de la mort du défunt.

2° Il y a un héritier valablement institué, mais qui a été institué sous condition. Au jour de la mort du défunt, on ne sait pas s'il y aura ou non succession testamentaire, car on ne sait pas si la condition sous laquelle l'héritier a été institué s'accomplira ou défaillira. Si elle s'accomplit, il y aura lieu à l'hérédité testamentaire ; si elle vient à défaillir, il y aura lieu à l'hérédité *ab intestat*. Supposons que la condition vienne à défaillir, l'héritier institué ne sera pas héritier. Dans ce cas, ce n'est qu'à partir de la défaillance de la condition qu'il devient certain qu'il n'y aura pas lieu à l'hérédité testamentaire. — En conséquence, la succession *ab intestat* ne s'ouvrira qu'au jour de la défaillance de la condition et non au jour de la mort du défunt.

1640. *A qui l'hérédité est-elle dévolue, lorsqu'elle s'ouvre ab intestat?* — Elle est dévolue à ceux qui, appelés par la loi, sont, au jour de l'ouverture de la succession, capables de succéder. Or nous savons que la succession *ab intestat* s'ouvre au moment où il est certain qu'il n'y a pas lieu à la succession testamentaire. Donc,

seront héritiers *ab intestat* ceux qui, appelés par la loi, seront capables de succéder au moment où il sera certain qu'il n'y aura pas lieu à l'hérédité testamentaire. — L'ouverture de l'hérédité *ab intestat* n'a pas toujours lieu à la mort du défunt ; par conséquent, il pourra se faire que ceux qui eussent été héritiers *ab intestat*, si la succession se fût ouverte au moment du décès, ne soient pas héritiers, si la succession s'ouvre plus tard. Nous verrons bientôt plusieurs applications de cette règle.

Je diviserai mes explications sur la succession *ab intestat* de la manière suivante :

Dans un chapitre I^er^, on étudiera le système successoral établi par la loi des Douze-Tables, avec les modifications qu'il subit; — Dans le chapitre II, on étudiera les moyens employés par le préteur pour donner des droits aux héritiers qu'il crée ; c'est la matière toute spéciale des *bonorum possessiones;* enfin le chapitre III exposera le système successoral tout nouveau, et inauguré de toutes pièces dans les *Novelles* de Justinien.

Ma division n'est sans doute pas exempte de défauts; cependant je la crois plus capable qu'une autre de faciliter l'étude de cette matière si compliquée du droit romain [1].

CHAPITRE PREMIER

DIFFÉRENTES CLASSES D'HÉRITIERS ÉTABLIES PAR LA LOI DES DOUZE-TABLES

1641. Ce chapitre, dans lequel on étudiera le système successoral établi par la loi des Douze-Tables, avec les modifications que lui firent subir les sénatus-consultes, les constitutions des empereurs et des décisions du préteur, se divise lui-même en deux parties, selon que le *de cujus* est un *ingénu*, ou que le *de cujus* est un *affranchi*. Dans ce dernier cas, en effet, la constitution des droits du patron donne lieu à des règles toutes spéciales.

---

1. M. Demangeat divise cette matière en 7 parties : 1° des héritiers siens et de ceux que le préteur ou les constitutions impériales appellent *inter suos heredes;* 2° des agnats et de ceux qui ont été assimilés aux agnats; 3° des *gentiles;* 4° des cognats; 5° règles spéciales au cas où le *de cujus* est un affranchi ; 6° des *bonorum possessiones ;* 7° système des Novelles. — J'ai suivi le même ordre d'exposition qui est le seul possible; mais je crois avoir mieux démontré l'importance relative de ces diverses parties, en centralisant : dans un chap. I^er^, divisé en deux articles, les cinq premières parties, qui forment un

ARTICLE I. — SUCCESSION LAISSÉE PAR UN INGÉNU.

1642. Quels étaient ceux qui, à défaut d'héritiers testamentaires, venaient recueillir l'hérédité *ab intestat* d'un citoyen romain, *pater familias* et ingénu, d'après l'ancien droit civil ? — Déjà, d'après la loi des Douze-Tables, il y avait plusieurs ordres d'héritiers, auxquels l'hérédité était successivement dévolue. Un ordre d'héritiers est un ensemble de successibles qui sont préférables à d'autres. Les successibles du premier ordre excluent ceux du second ; ceux du second excluent ceux du troisième.

D'après la loi des Douze-Tables, en cas de succession *ab intestat* d'un ingénu *pater familias*, il y avait trois ordres d'héritiers :

1° L'ordre des *sui heredes ;* 2° l'ordre des *agnats ;* 3° l'ordre des *gentiles*. « *Intestatorum hereditas lege Duodecim Tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis et aliquando quoque gentibus deferebatur.* » (Paul, *Sent.*, IV, VIII, § 3. — Gaïus, III, § 1.)

1643. Dans le principe, la vocation à l'hérédité avait pour base, pour fondement essentiel, le lien civil de puissance paternelle ; ce n'est qu'avec l'adoucissement des mœurs qu'on parvint à donner quelques droits, d'abord bien modestes, puis sans cesse plus étendus, aux liens du sang et de la filiation naturelle, liens qui, dans l'ancien droit, étaient absolument écartés par le lien civil de la *potestas patria*, et les liens secondaires qui s'y rattachaient.

C'est donc beaucoup plus tard que nous verrons s'ajouter, aux trois ordres dont il vient d'être parlé, un quatrième ordre d'héritiers : les *cognats*.

§ Ier. — PREMIER ORDRE. — LES HÉRITIERS SIENS

(*Inst.*, III, I.)

1644. I. **Ancien droit.** — 1° *Héritiers siens proprement dits.* — La loi des Douze-Tables n'appelait pas expressément et directement les *sui heredes* à la succession *ab intestat ;* mais elle les y appelait implicitement, parce qu'elle ne donnait l'hérédité aux

---

système successoral émané des Douze-Tables ; — dans un chap. II, les *bonorum possessiones*, qui forment le système successoral des préteurs ; aussi les *Institutes* étudient-elles, sous ce titre, même les possessions de biens données dans les successions testamentaires ; — enfin, dans un chap. III, un système successoral profondément modifié, et dû exclusivement aux *Novelles* de Justinien.

agnats qu'à défaut de *sui heredes*. Voici, en effet, d'après Ulpien, les termes de la loi des Douze-Tables : « *Si intestato moritur, cui suus heres nec sit, agnatus proximus familiam habeto.* » (Ulp., *Reg.*, XXVI, § 1.) C'est sans doute par suite de l'idée de copropriété que l'on supposait exister entre le chef de famille et ses enfants (idée d'après laquelle, à la mort du chef, les enfants étaient censés ne rien acquérir, mais prendre la libre administration de leurs biens) que les rédacteurs de la loi des Douze-Tables n'ont pas pris la peine d'appeler expressément les *sui heredes* à la succession *ab intestat*.

§ I. « L'hérédité des intestats appartient d'abord à leurs héritiers siens d'après la loi des Douze-Tables.

1645. *A*. QUELS SONT LES HÉRITIERS SIENS. — Sont héritiers siens les enfants et descendants du défunt qui sont directement, immédiatement, sans intermédiaire, sous sa puissance, au moment de sa mort, lorsque la succession *ab intestat* s'ouvre au moment du décès.

1646. C'est donc la puissance paternelle qui constitue le lien héréditaire, sans qu'il y ait lieu de considérer le lien naturel ; d'où résulte, d'un côté, que la femme ne peut avoir d'héritiers siens, même parmi ses propres enfants, et que, par contre, cette qualité d'héritier sien s'applique à *tous ceux* qui étaient sous la puissance du *de cujus*, sans considérer si cette puissance résultait : 1° de la filiation *justis nuptiis ;* 2° de l'adoption ; 3° de la légitimation par oblation à la curie ou mariage subséquent ; 4° dans le droit, antérieur à Justinien, de certains modes spéciaux de constituer la puissance paternelle : *causæ probatio*, *erroris causæ probatio ;* 5° enfin de la *manus*, qui donnait la puissance paternelle, au chef de famille, sur sa femme ou la femme de son fils.

§ 2. « Sont héritiers siens, comme nous l'avons dit précédemment, ceux qui sont sous la puissance du défunt au moment de sa mort, comme le fils, la fille ; le petit-fils et la petite-fille, nés d'un fils ; l'arrière-petit-fils et l'arrière-petite-fille, issus du fils de son fils, sans distinguer s'ils sont naturels ou adoptifs. — Parmi eux, il faut compter même ceux qui ne sont pas nés de justes noces, mais qui, donnés aux curies des villes, conformément à la teneur des divines constitutions faites sur ce point, acquièrent les droits d'héritiers siens. — Il faut compter aussi les enfants dont s'occupent nos constitutions, par lesquelles nous avons ordonné que,— si un homme vivant avec une femme, sans avoir eu d'abord l'intention de l'épouser, mais avec laquelle néanmoins son mariage eût été possible, en a eu des enfants, et qu'ensuite, ayant la volonté de l'épouser, il a fait avec elle un acte dotal et en a eu des fils et des filles, — alors il aura sous sa puissance, comme enfants légitimes, non-seulement les enfants qui sont nés depuis le mariage, mais encore ceux qui sont nés auparavant, lesquels ont donné l'occasion d'être légitimés à ceux qui sont nés depuis le mariage. Ce qui doit être observé, lors même qu'il ne serait né aucun enfant depuis

la confection de l'acte dotal, ou que ceux qui seraient nés seraient venus à mourir. — Cependant le petit-fils et la petite-fille, l'arrière-petit-fils et l'arrière-petite-fille, ne sont au nombre des héritiers siens, que si la personne qui les précède a cessé d'être sous la puissance de leur ascendant par la mort ou par toute autre cause, comme l'émancipation. En effet, lorsque quelqu'un meurt, si son fils se trouve sous sa puissance, son petit-fils, né de ce fils, ne peut être héritier sien, et ainsi de même pour les autres descendants. — Pareillement les posthumes qui se seraient trouvés sous la puissance de leur ascendant, s'ils étaient nés de son vivant, seront héritiers siens. »

1647. Ainsi, *lorsque la succession ab intestat s'ouvre à la mort du défunt*, sont héritiers siens : les enfants et descendants qui se trouvent directement et immédiatement sous la puissance du défunt au moment de sa mort, c'est-à-dire :

1° Ses fils et filles ;

2° Ses petits-fils et petites-filles, nés d'un fils, *nepotes et neptes ex filio nati ;* ses arrière-petits-fils et arrière-petites-filles, nés d'un petit-fils, né lui-même d'un fils, *pronepotes et proneptes ex nepote ex filio nati ;* en un mot, tous les descendants et descendantes par les mâles, à quelque degré qu'ils soient.

Mais pour que les petits-fils, *nepotes*, et les petites-filles, *neptes*, soient *sui heredes*, *lorsque la succession ab intestat s'ouvre à la mort du défunt*, il faut qu'ils se trouvent directement et immédiatement sous sa puissance au moment du décès. Exemple : Titius meurt sans testament, ayant sous sa puissance un fils, Primus, et un petit-fils, Secundus, né de Primus. Dans ce cas, le petit-fils, Secundus, étant précédé par son père, Primus, sous la puissance paternelle du défunt, n'est pas héritier sien et ne prend rien dans la succession. Primus, fils du défunt, est seul héritier sien parce qu'il est directement et immédiatement sous la puissance du défunt au moment où s'ouvre la succession *ab intestat*. Mais si Primus était mort ou avait été émancipé avant la mort du défunt, le petit-fils, Secundus, n'étant plus précédé par son père, Primus, sous la puissance paternelle du défunt, serait héritier sien.

De même, pour que les arrière-petits-fils, *pronepotes*, et les arrière-petites-filles, *proneptes*, soient *sui heredes*, *lorsque la succession ab intestat s'ouvre au moment de la mort du défunt*, il faut qu'ils se trouvent directement et immédiatement sous la puissance du défunt au moment du décès. Exemple : Titius a sous sa puissance deux fils, Primus et Secundus. Primus est mort laissant un fils, qui lui-même est mort laissant un fils et une fille. Ce fils et cette fille sont les *pronepotes*, les arrière-petits-enfants de Titius. Si Titius vient à mourir sans testament, cet arrière-petit-fils et cette arrière-petite-fille, se trouvant directement et immédiatement sous la puissance

de Titius, par suite de la mort de leur père et de leur grand-père, seront *sui heredes;* ils prendront la moitié de la succession de leur arrière-grand-père Titius, et se la partageront par portions égales. Secundus, second fils du défunt, étant survivant, sera aussi *suus heres*, et prendra l'autre moitié de la succession : «*Post filios, filias, ad intestatorum successionem inter suos veniunt nepotes, neptes, pronepotes, proneptes, ac deinde masculino sexu post filium descendentes, si nullus parentium impedimento ipsis in avi potestate vel proavi familia remanserit ; parentes enim liberis suis, cum quibus in potestate fuerunt ipsi, ordine successionis obsistunt.* Après les fils et filles, parmi les héritiers siens, viennent à la succession des intestats les petits-fils et petites-filles et ensuite les descendants par le sexe masculin du fils, si aucun de leurs ascendants n'est resté, pour les écarter, dans la famille et sous la puissance de leur aïeul ou bisaïeul. Les ascendants, en effet, écartent, dans un ordre de succession, leurs enfants avec lesquels ils ont été en puissance. » (Paul, *Sent.*, IV, VIII, § 8. — § 2, 4[e] alin. de n. t.)

1648. Au contraire, *lorsque l'hérédité ab intestat ne s'ouvre pas au moment de la mort du défunt, mais plus tard*, il est possible qu'un fils, qui se trouve directement sous la puissance du défunt, au moment du décès, ne soit pas héritier sien, tandis qu'il eût été héritier sien, si l'hérédité *ab intestat* se fût ouverte au moment du décès. A l'inverse, il est possible qu'un petit-fils qui ne se trouve pas directement et immédiatement sous la puissance du défunt, au moment du décès, soit héritier sien, *lorsque la succession s'ouvre plus ou moins longtemps après la mort du défunt*, tandis qu'il n'eût pas été héritier sien, si l'hérédité se fût ouverte au moment du décès. — Ce double résultat se produit dans le cas suivant : un citoyen romain a sous sa puissance un fils et un petit-fils né de ce fils; il exhérède son fils, institue pour héritier un *extraneus*, et meurt. Pendant que l'héritier externe institué délibère, le fils exhérédé vient à mourir, et, après la mort du fils, l'héritier externe répudie?... Dans ce cas, le testament est *destitutum, desertum;* mais l'hérédité *ab intestat* ne s'ouvre qu'au moment de la répudiation de l'héritier externe, à une époque où le fils exhérédé ne peut être héritier sien, puisqu'il est mort, tandis qu'il eût été héritier sien, si la succession se fût ouverte au moment de la mort du défunt. A l'inverse, le petit-fils, qui n'eût pas été héritier sien, si la succession *ab intestat* se fût ouverte au moment de la mort du défunt, parce qu'il eût été précédé par son père sous la puissance paternelle de son aïeul, sera héritier sien, parce qu'au moment où la succession *ab intestat* s'ouvre par suite de la répu-

diation de l'héritier institué, son père n'existe plus. (L. I, § 8. D. 38, 16.) Ce double résultat est la conséquence de cette règle, d'après laquelle la succession *ab intestat* est dévolue à ceux qui, appelés par la loi, sont capables de succéder au jour où il est devenu certain qu'il n'y aura pas lieu à l'hérédité testamentaire, c'est-à-dire au jour où s'ouvre la succession *ab intestat* (n° 1640) :

§ 7. « On ne peut savoir s'il peut y avoir un héritier sien qu'à partir du moment où il est devenu certain que le défunt est mort sans testament; ce qui arrive lorsque le testament est abandonné. En conséquence, un fils ayant été exhérédé et un tiers institué, si, après la mort du fils, il devient certain que l'héritier institué ne peut être héritier en vertu du testament, parce qu'il ne veut pas être héritier ou parce qu'il ne peut pas l'être, le petit-fils sera héritier sien de son aïeul; en effet, au moment où il devient certain que le chef de famille est mort intestat, il n'y a que le petit-fils, et cela n'est pas douteux. »

Voici un autre cas dans lequel un petit-fils sera héritier sien, lorsque la succession *ab intestat* s'ouvrira après la mort du défunt, tandis qu'il n'eût pas été héritier sien, si la succession *ab intestat* se fût ouverte au moment du décès : un citoyen romain a sous sa puissance un fils et un petit-fils né de ce fils ; il institue son fils sous une condition potestative, c'est-à-dire sous une condition dépendante de la volonté du fils, et meurt. Dans ce cas, on ne sait pas, au moment de la mort du défunt, si la condition sera accomplie ou non. (Si elle s'accomplit, il y aura succession testamentaire ; sinon, il y aura succession *ab intestat*.) Puis le fils vient à mourir avant d'avoir accompli la condition : la succession s'ouvrira *ab intestat*, de sorte que, le fils ayant disparu, le petit-fils se trouvera être héritier sien. (L. 1, § 8, *in fine*. D. 38, 16.)

Sont encore *sui heredes* :

3° Les enfants adoptifs (Paul, *Sent.*, IV, VIII, § 4. — § 2, 1er alin. de n. t.);

4° Les enfants légitimés, soit par l'*erroris causæ probatio*, soit par la *causæ probatio*, soit par la légitimation proprement dite (Gaïus, III, § 3. — Nos 373, 413, 530 et suiv. — § 2, 2e alin. de n. t.);

5° Enfin le posthume.—Le posthume est l'enfant né après la mort de son père. Pour que le posthume puisse succéder *ab intestat*, il faut qu'il ait été déjà conçu au moment de la mort de son père. Or il est réputé avoir été déjà conçu au moment de la mort de son père, lorsqu'il est né dans les dix mois qui ont suivi cette mort. L'enfant posthume, né dans les dix mois de la mort de son père, sera donc héritier sien. (L. 29, pr. D. 28, 2. — § 2, 4e alin. de n. t.) — Un défunt peut avoir pour héritier sien non-seulement un fils posthume, mais encore un petit-fils posthume. Exemple : Titius a sous

sa puissance un fils, Primus, marié avec Prima; Primus meurt; quelques jours après, Titius meurt également. Dans les dix mois de la mort de Primus, Prima, sa femme, accouche d'un enfant? Cet enfant sera héritier sien de son grand-père Titius :

§ 8. « Bien que le petit-fils soit né après la mort de son aïeul, s'il a été conçu du vivant de son aïeul, il devient héritier sien par la mort de son père et par la désertion du testament de son aïeul. Au contraire, s'il a été conçu et est né après la mort de son aïeul, il ne devient pas héritier sien par la mort de son père ni par la désertion du testament de son aïeul, parce qu'il n'a jamais été rattaché par aucun lien de cognation au père de son père. De même, celui qu'un fils émancipé a adopté n'est pas au nombre des enfants de l'aïeul. Puisque ces descendants ne sont pas considérés comme enfants à l'égard de l'hérédité, ils ne peuvent non plus réclamer la *bonorum possessio* comme cognats plus proches. Voilà ce que nous avions à dire quant aux héritiers siens. »

1649. *B.* Remarque. — Il faut bien remarquer que les enfants des filles du défunt et les enfants des petites-filles du défunt, même issues *ex filio*, ne sont pas *sui heredes* du défunt, car ils ne sont pas sous sa puissance ni dans sa famille civile. Ainsi, par exemple : Titius a sous sa puissance un fils Primus et une fille Secunda. Primus meurt laissant trois enfants; Secunda meurt laissant cinq enfants; ensuite Titius meurt? Les trois enfants de Primus viendront bien à la succession de leur grand-père Titius, car, étant directement sous sa puissance, ils sont ses héritiers siens. Au contraire, les cinq enfants de Secunda, n'étant pas sous la puissance de Titius, ne peuvent être ses héritiers siens ; ils sont sous la puissance du mari de leur mère, leur père, ou sous la puissance du père de leur père, leur grand-père paternel.

1650. *C.* Exceptions. — Il est possible qu'un enfant, qui ne se trouve pas en puissance paternelle au moment de la mort de son père, soit néanmoins appelé, en qualité d'héritier sien, à la succession *ab intestat* de son père mort sans testament. C'est l'enfant qui est esclave au moment de la mort de son père, parce qu'il est captif chez l'ennemi. En effet, s'il s'échappe et revient après la mort de son père, il sera, par l'effet du *postliminium*, censé être resté toujours dans la cité : il recouvrera rétroactivement tous ses droits, et sera considéré comme ayant été rétroactivement *suus heres* au jour de l'ouverture de la succession :

§ 3. « Cependant, bien que le fils, au moment de la mort de son père, ne soit pas sous sa puissance, il devient quelquefois héritier sien; par exemple, lorsqu'il revient de chez l'ennemi, après la mort de son père, car le *jus postliminii* produit son effet. »

1651. Au temps des jurisconsultes classiques, il y avait d'autres cas, qui ne se présentent plus à l'époque de Justinien, dans lesquels

un enfant, ne se trouvant pas sous la puissance paternelle au moment de la mort de son père, était néanmoins son héritier sien. 1° Ainsi on sait que, lorsqu'un affranchi Latin junien s'unissait à une Latine junienne ou à une Latine des colonies, et en avait un enfant, il pouvait, quand cet enfant avait un an, se présenter devant le magistrat, et, en prouvant ces faits, il devenait citoyen, ainsi que son enfant et sa femme, si elle était Latine ; bien plus, quand même ce Latin junien fût mort avant d'avoir prouvé qu'il avait un enfant d'un an, la mère pouvait faire cette preuve, et l'enfant devenait encore citoyen ainsi que la mère, si elle était Latine. (Gaïus, I, § 32.) Or, lorsque la *causæ probatio* n'était ainsi faite qu'après la mort du père, l'enfant devenait néanmoins *suus heres* de ce dernier, car cet enfant aurait été sous la puissance de son père, si la preuve avait été faite de son vivant. (Gaïus, III, § 5. — Paul, *Sent.*, IV, VIII, § 7.) — 2° Un père mancipe son fils et meurt sans testament, de sorte qu'à la mort du père le fils se trouve *in primo vel secundo mancipio* du *coemptionator*. Le fils, ne se trouvant pas sous la puissance de son père au jour de sa mort, ne peut être son héritier sien ; mais si, après la mort de son père, il est affranchi du *mancipium* par le *coemptionator*, il sera rétroactivement *suus heres* de son père. « Est *suus heres*, dit Gaïus, le fils qui est affranchi, après la mort de son père et après la première ou la seconde mancipation. » (Gaïus, III, § 6. — Paul, *Sent.*, IV, VIII, § 7.)

1652. A l'inverse, il y avait des cas où des enfants, se trouvant sous la puissance paternelle de leur père, au jour de sa mort, n'étaient pas ses héritiers siens. Ceci arrivait : 1° quand leur père avait été poursuivi et condamné après sa mort pour crime de haute trahison, *perduellionis damnatus ;* parce que les biens de celui dont la mémoire avait été condamnée pour crime de haute trahison étaient enlevés à ses héritiers et attribués au fisc. — Est déclaré coupable de haute trahison celui qui est reconnu animé de sentiments hostiles contre l'État ou contre la personne de l'empereur (L. 11. D. 48, 4) :

§ 5. « A l'inverse, il peut arriver qu'un fils, qui se trouve dans la famille du défunt au moment de sa mort, ne soit pas son héritier sien ; par exemple, lorsque le père, après sa mort, a été jugé coupable de haute trahison, et que sa mémoire a été condamnée ; dans ce cas, il ne peut avoir d'héritier sien, parce que le fisc lui succède. Mais on peut dire qu'il y a eu un héritier sien qui a cessé de l'être. »

2° Quand leur père avait été poursuivi et condamné, après sa mort, pour hérésie. Les biens de celui dont la mémoire avait été condamnée pour hérésie étaient encore attribués au fisc. En effet,

une constitution des empereurs Arcadius, Honorius et Théodose, insérée au Code de Justinien, porte :

Pr. « Nous poursuivons avec une sévérité bien méritée les manichéens, les manichéennes et les donatistes. En conséquence, qu'il n'y ait rien de commun entre eux et le genre humain, d'après les mœurs et d'après les lois. »

§ 1. « Et d'abord nous voulons que leur crime soit considéré comme crime public, parce que l'attentat commis contre la divine religion est une injure pour tout le monde. »

§ 2. « Nous les poursuivons pour la confiscation de leurs biens, et nous voulons qu'ils soient incapables de recevoir aucune libéralité ou succession, à quelque titre que ce soit. »

§ 3. « Nous enlevons pareillement à quiconque est convaincu d'hérésie la faculté de donner, d'acheter, de vendre, de contracter. »

§ 4. « *Qu'ils soient poursuivis même après leur mort;* car si, dans les crimes de lèse-majesté, il est permis d'accuser la mémoire, à plus forte raison doit-il en être ainsi dans le crime d'hérésie. »

§ 5. « En conséquence, que la dernière volonté du manichéen, qu'elle soit manifestée par un testament, par un codicille ou par lettre, soit nulle. »

§ 6. « *Nous ne permettons pas que ses fils lui succèdent*, à moins qu'ils n'abandonnent les erreurs de leur père, car nous pardonnons à ceux qui se repentent. » (L. 4. § 6, C. 1, 5.)

De cette constitution et de beaucoup d'autres semblables, on peut conclure que les empereurs, par leur législation cruelle contre ceux qui n'adoptaient pas la religion nouvelle, ont puissamment contribué à rendre dominante la religion catholique.

1653. 2° *A quel moment et de quelle manière les héritiers siens acquièrent-ils l'hérédité ab intestat?* — Les héritiers siens sont en même temps héritiers *nécessaires :* ils acquièrent l'hérédité au moment où la succession s'ouvre *ab intestat*, sans avoir besoin de manifester la volonté d'être héritiers. Ils acquièrent l'hérédité même à leur insu. En conséquence, si l'héritier sien est *infans* ou insensé, il n'en acquiert pas moins l'hérédité :

§ 3. « Les héritiers siens sont héritiers même à leur insu et lors même qu'ils sont insensés; parce que les insensés peuvent acquérir par les mêmes causes en vertu desquelles nous acquérons à notre insu. Aussi, à la mort de l'ascendant, il y a, en quelque sorte, continuation immédiate de la propriété. En conséquence, les pupilles n'ont pas besoin de l'*auctoritas* de leur tuteur, et les insensés n'ont pas besoin du consentement de leur curateur, pour acquérir l'hérédité, puisqu'elle leur est acquise même à leur insu et de plein droit. »

1654. Les héritiers siens sont héritiers *nécessaires*, c'est-à-dire

malgré eux. En conséquence, ils sont tenus de prendre même une succession grevée de dettes, et obligés de payer les dettes de cette succession avec les biens qu'ils acquerront personnellement après la mort du défunt. Mais le préteur vient à leur secours et leur accorde le bénéfice d'abstention, aussi bien en cas de succession *ab intestat* qu'en cas de succession testamentaire. (N° 1382.)

1655. 3° *De quelle manière l'hérédité est-elle partagée entre les sui heredes? Représentation.* — Si tous les *sui heredes* sont des enfants, fils ou filles, héritiers au premier degré, ils partagent la succession par égales portions et par têtes : la fille prend autant que le fils. Mais si, parmi les héritiers siens, il y a, non-seulement des fils et des filles, mais aussi des petits-fils et petites-filles, nés d'un fils prédécédé, ces petits-fils et petites-filles viendront également à la succession de leur aïeul, en concours avec leurs oncles et tantes, fils et filles du défunt, car ils prennent la place de leur père prédécédé : *succedunt in locum patris;* ils arrivent à la succession de leur aïeul par *représentation* de leur père ; mais, à eux tous, ils ne prendront que la part que leur père eût prise dans la succession, s'il eût survécu. Exemple : Titius a sous sa puissance deux fils, Primus et Secundus, et une fille, Tertia. Primus est mort, laissant cinq enfants. Ensuite Titius meurt sans testament. Les cinq enfants de Primus viendront, par représentation de leur père, à la succession de leur aïeul Titius; mais, à eux tous, ils ne prendront qu'un tiers de la succession; Secundus prendra un autre tiers, et Tertia prendra le troisième tiers. Dans ce cas, on dit que le partage se fait, non par têtes, mais par souches, *per stirpes*.

La représentation est encore admise dans le cas où, tous les enfants du premier degré étant prédécédés, il n'y a que des petits-enfants. Exemple : Titius a sous sa puissance deux fils, Primus et Secundus. Primus est mort, laissant trois enfants; Secundus est mort laissant cinq enfants. Ensuite Titius meurt sans testament : les trois enfants de Primus prendront la moitié de la succession de leur aïeul Titius, par représentation de leur père Primus; les cinq enfants de Secundus prendront l'autre moitié, par représentation de leur père Secundus. On voit que, dans ce cas, le partage se fait encore par souches : moitié pour la souche de Primus, moitié pour la souche de Secundus. — Si le défunt Titius avait laissé des petits-enfants, nés d'une de ses filles prédécédée, ces petits-enfants ne viendraient pas à sa succession, parce que, n'étant pas sous sa puissance ni dans sa famille civile, ils ne sont pas ses héritiers siens.

La représentation est encore admise au profit des arrière-petits-

fils et des arrière-petites-filles, *pronepotes et proneptes ex nepote ex filio nati*. Exemple : Titius a deux fils, Primus et Secundus. Primus est mort laissant un fils, qui est mort lui-même laissant un fils et une fille, qui sont l'arrière-petit-fils et l'arrière-petite-fille de Titius. Titius venant à mourir sans testament, l'arrière-petit-fils et l'arrière-petite-fille viendront à la succession de leur bisaïeul, par représentation de leur père et de leur grand-père prédécédés ; mais ils ne prendront que la part que leur grand-père, Primus, eût prise, s'il eût survécu, c'est-à-dire la moitié de la succession, qu'ils se partagent par portions égales. Secundus, l'autre fils de Titius, prend l'autre moitié de la succession. Dans ce cas encore, le partage se fait, non par têtes, mais par souches. — En résumé, le partage se fait par souches, toutes les fois que des descendants de degrés égaux ou inégaux, issus de différents fils du défunt, viennent à la succession de leur ascendant, soit que les descendants de divers fils du défunt viennent seuls à la succession, soit qu'ils y viennent en concours avec des fils ou filles du défunt :

§ 6. « Lorsqu'il y a un fils ou une fille et un petit-fils ou une petite-fille, nés d'un autre fils, ils sont tous appelés à la succession de leur aïeul, et celui qui est le plus proche en degré n'exclut pas le plus éloigné. En effet, il paraît équitable que les petits-fils et petites-filles succèdent en la place de leur père. Pareillement, s'il y a un petit-fils et une petite-fille, nés d'un fils, un arrière-petit-fils et une arrière-petite-fille, nés d'un petit-fils, ils sont tous appelés. Dès qu'il eut été admis que les petits-fils, petites-filles, arrière-petits-fils et arrière-petites-filles succèderaient en la place de leur père, il parut convenable que l'hérédité fût divisée, non par têtes, mais par souches, de manière que le fils eût la moitié, et les petits-fils nés d'un autre fils eussent l'autre moitié. De même s'il y a des petits-fils et petites-filles nés de deux fils, par exemple, un ou deux de l'un des fils, trois ou quatre de l'autre fils, le fils ou les deux fils de l'un des fils prendront la moitié de l'hérédité, pendant que les trois fils ou les quatre fils de l'autre fils prendront l'autre moitié. »

II. — **Droit prétorien.**

1° *Des personnes appelées en concours avec les sui heredes par le droit prétorien.*

1656. *A*. DES ENFANTS ÉMANCIPÉS. — Les enfants émancipés n'ont aucun droit sur la succession *ab intestat* de leur père, d'après le droit civil. Ils ne sont pas héritiers siens, parce qu'ils ne sont plus sous la puissance de leur père. Mais le préteur, mû par un sentiment d'équité naturelle (*naturali æquitate motus*, dit Justinien), considère la *capitis deminutio* résultant de l'émancipation comme non avenue, et appelle les enfants émancipés à la succession *ab intestat*, en leur accordant la *bonorum possessio unde liberi*, comme s'ils avaient été sous la puissance de leur père. — Toutefois, en appelant

ainsi les enfants émancipés à la succession de leur père, au moyen de la *bonorum possessio unde liberi*, le préteur n'en faisait pas des *heredes sui*, mais seulement des *bonorum possessores*. De plus, les enfants émancipés venant à la succession *ab intestat* de leur père, au moyen de la *bonorum possessio unde liberi*, ne devenaient pas héritiers nécessaires ; par conséquent, ils n'acquéraient pas l'hérédité malgré eux :

§ 9. « Les enfants émancipés n'ont aucun droit d'après le droit civil. En effet, ils ne sont pas héritiers siens, puisqu'ils ont cessé d'être sous la puissance de leur ascendant, et ils ne sont appelés à aucun autre titre par la loi des Douze-Tables. Mais le préteur, mû par l'équité naturelle, leur accorde la *bonorum possessio unde liberi*, comme s'ils avaient été sous la puissance de leur ascendant au moment de sa mort, qu'ils soient seuls ou qu'ils viennent en concours avec des héritiers siens. C'est pourquoi, si, au moment de la mort du défunt, il y a deux fils, l'un émancipé, l'autre soumis à la puissance paternelle, sans doute celui qui est en puissance est seul héritier d'après le droit civil, c'est-à-dire seul héritier sien ; mais comme l'émancipé, par le bienfait du préteur, est admis pour une partie, il arrive que l'héritier sien n'est héritier que pour partie. »

1657. *Règle.* — Le préteur accorde la *bonorum possessio unde liberi* à tous les enfants ou descendants du défunt qui, sans la *capitis deminutio*, résultant d'une émancipation, seraient héritiers siens ; ceci peut arriver dans plusieurs cas :

1° Un citoyen romain a deux fils, Primus et Secundus ; il émancipe Primus et meurt. Le préteur accorde la *bonorum possessio unde liberi* à l'émancipé Primus, qui vient partager la succession de son père avec son frère Secundus resté en puissance. (§ 9 de n. t.)

2° Un chef de famille émancipe un de ses fils. Le fils émancipé meurt laissant des enfants conçus et nés depuis son émancipation. Ces enfants ne sont pas sous la puissance paternelle de leur grand-père et n'y ont jamais été ; néanmoins, si leur grand-père meurt intestat, le préteur leur accorde la *bonorum possessio unde liberi* dans la succession de leur grand-père ; en effet, si l'émancipation de leur père n'avait pas eu lieu, ils eussent été héritiers siens de leur grand-père. Mais le préteur ne leur accorde la *bonorum possessio unde liberi* dans la succession de leur grand-père qu'autant que leur père, émancipé, est mort ; car, si leur père était vivant, c'est lui qui aurait la *bonorum possessio unde liberi*. (L. 5, § 1. D. 38, 6. — L. 6, pr. D. 37, 4.)

3° Un homme a sous sa puissance un fils et des petits-enfants nés de ce fils ; il émancipe son fils en retenant ses petits-fils sous sa puissance. Le fils émancipé meurt intestat. Bien que ses enfants, nés avant son émancipation, ne soient pas ses héritiers siens, puisqu'ils sont restés sous la puissance de leur aïeul, néanmoins le pré-

teur leur accorde la *bonorum possessio unde liberi* dans sa succession, car s'il n'avait pas été émancipé ses enfants seraient ses héritiers siens : « *Si retentus fuerit in potestate nepos, filio emancipato : admittitur nepos, vivo avo, ad patris bonorum possessionem.* » (L. 7. D. 37, 4. — L. 5, § 1, *in fine*. D. 38, 6.)

4° Un homme a sous sa puissance un fils et des petits-enfants nés de ce fils ; il émancipe ses petits-enfants, en retenant son fils sous sa puissance, et meurt. Le fils, devenu *sui juris* par la mort de son père, vient lui-même à mourir intestat : le préteur appelle à sa succession ses enfants, bien qu'ils aient été antérieurement émancipés par leur aïeul, au moyen de la *bonorum possessio unde liberi*, — parce que, sans la *capitis deminutio* résultant de leur émancipation, ils eussent été héritiers siens de leur père. (L.6, § 2. D. 37, 4.)

1658. Ce n'est que la *capitis minima deminutio* que le préteur considère comme non avenue, pour accorder la *bonorum possessio unde liberi*. Mais l'empereur peut accorder la *restitutio*, même contre la *media* et la *maxima capitis deminutio*. (N° 581.) — Si un fils a encouru la *media* ou la *maxima capitis deminutio*, bien qu'il soit devenu pérégrin ou esclave, pourra-t-il néanmoins succéder à son père? Oui, d'après Ulpien, pourvu qu'il ait obtenu de l'empereur une *restitutio* : « Si le père et le fils ont été déportés, et ont obtenu tous les deux la *restitutio*, le fils sera admis à la *bonorum possessio*. Et même, si le fils a été condamné aux mines ou à une autre peine qui rend esclave, et a obtenu la *restitutio*, il est néanmoins admis à la *bonorum possessio;* autrement, non. » (L. 1, § 9. L. 2. D. 37, 4.)

1659. Il est possible qu'un fils émancipé, qui réclame sa part dans la succession de son père, au moyen de la *bonorum possessio unde liberi*, se trouve en conflit avec ses propres enfants. Exemple : Titius a sous sa puissance deux fils, Primus et Secundus, et des petits-enfants, nés de Primus. Il émancipe Primus et meurt intestat. Il a pour héritiers siens : son fils Secundus et ses petits-enfants, nés de Primus émancipé. En effet, ces petits-enfants, se trouvant directement et immédiatement sous sa puissance, sont *heredes sui* et ont le droit de prendre la moitié de la succession, en concours avec leur oncle Secundus, qui prend l'autre moitié. Mais Primus, leur père émancipé, demande et obtient la *bonorum possessio unde liberi* pour prendre part à la succession. Sa présence ne peut nuire à son frère Secundus, qui a droit à la moitié de la succession, en qualité de *suus heres;* mais l'autre moitié sera-t-elle prise par lui, successeur prétorien, ou par ses enfants, *heredes sui*? Dans ce cas, le préteur lui-même opère une transaction entre l'émancipé et ses propres enfants restés en puissance ; il ne leur donne à tous

qn'une part héréditaire : le père prend la moitié de cette part, et ses enfants se partagent l'autre moitié par égales portions. (L. 1, pr., § 1. D. 37, 8.) — De plus, les enfants peuvent exiger de leur père la *collatio bonorum*, c'est-à-dire exiger que leur père mette en eommun et partage avec eux les biens qu'il a acquis depuis son émancipation. (L. 9. D. 37, 6.)

1660. *B.* Des enfants émancipés et adrogés. — Le préteur n'appelle l'émancipé à la succession de son père, par la *bonorum possessio unde liberi*, qu'autant que le fils émancipé, devenu *sui juris*, n'est pas entré dans une famille nouvelle, en se donnant en adrogation. — Pour le fils émancipé qui s'est donné en adrogation, trois situations sont possibles : 1° il se trouve dans la famille et sous la puissance de son père adrogeant, au moment de la mort de son père naturel? Dans ce cas, le préteur ne lui accorde aucun droit sur l'hérédié du père naturel, car, pour faire considérer le fils émancipé, qui s'est donné en adrogation, comme étant encore dans la famille naturelle, il faudrait rescinder l'adrogation ; or le préteur n'ose pas aller jusque-là, et respecte l'adrogation; — 2° il a été renvoyé, par une émancipation, de la famille de l'adrogeant, du vivant du père naturel? Dans ce cas, il ne conserve aucun droit sur la succession de l'adrogeant; mais le préteur le traite comme un émancipé, et l'appelle à l'hérédité du père naturel, par la *bonorum possessio unde liberi*, comme s'il ne s'était pas donné en adrogation; mais il doit faire, à ses frères restés en puissance, la *collatio* des biens qu'il a acquis depuis qu'il a été émancipé par l'adrogeant; — 3° il a été renvoyé, par une émancipation, de la famille de l'adrogeant, après la mort du père naturel? Dans ce cas, il n'a plus aucun droit, ni à la succession de son père adrogeant, ni à la succession de son père naturel :

§ 10. « Quant à ceux qui, émancipés par leur ascendant, se sont donnés en adrogation, ils ne sont pas admis, comme enfants, aux biens de leur père naturel, si, au moment de sa mort, ils sont encore dans leur famille adoptive; mais s'ils ont été émancipés par leur père adoptif, du vivant de leur père naturel, ils sont admis à la succession de ce dernier comme s'ils avaient été émancipés par lui et ne fussent jamais entrés dans une famille adoptive; à l'égard du père adoptif (qui les a émancipés), ils deviennent étrangers. S'ils ont été émancipés par leur père adoptif après la mort de leur père, ils sont également considérés comme étrangers à l'égard de leur père adoptif, sans acquérir pour cela le rang d'enfants sur la succession de leur père naturel. On l'a décidé ainsi, parce qu'il eût été inique qu'il fût au pouvoir du père adoptif de décider à qui appartiendraient les biens du père naturel, aux enfants ou aux agnats. »

1661. *C.* De l'enfant donné en adoption. — Quant au fils donné en adoption, par son père naturel, à un autre citoyen romain, il

faut faire les mêmes distinctions que nous venons de faire pour le fils émancipé qui s'est donné en adrogation, du moins jusqu'à la promulgation d'une constitution de Justinien, dont je parlerai bientôt (nos 1683, 1684, 1685) : 1° si le fils donné en adoption par son père naturel se trouve encore dans la famille de son père adoptif au moment de la mort de son père naturel, le préteur ne lui accorde aucun droit sur l'hérédité de ce dernier; — 2° s'il est sorti, par une émancipation, de sa famille adoptive du vivant de son père naturel, il ne conserve aucun droit sur la succession de son père adoptif; mais le préteur le traite comme un simple émancipé qui n'aurait pas été donné en adoption, et l'appelle à l'hérédité de son père naturel par la *bonorum possessio unde liberi*. Mais, dans ce cas, l'enfant donné en adoption, et émancipé par l'adoptant, venant à la succession de son père naturel, doit faire à ses frères et sœurs restés sous la puissance du père naturel la *collatio* des biens qu'il a acquis depuis son émancipation; — 3° si l'enfant donné en adoption n'est sorti de sa famille adoptive, par une émancipation, qu'après la mort de son père naturel, il n'a plus aucun droit ni sur la succession de son père adoptif, ni sur la succession de son père naturel :

§ 11. « Les enfants adoptifs ont donc moins de droits que les enfants naturels, puisque les enfants naturels, même émancipés, gardent, par le bienfait du préteur, le rang d'enfants, bien qu'ils l'aient perdu d'après le droit civil. Au contraire, les enfants adoptifs, une fois émancipés par l'adoptant, perdent, vis-à-vis de lui, le rang d'enfants d'après le droit civil, sans être secourus par le préteur. Et cela est juste; en effet, un principe de droit civil ne peut détruire des droits naturels. Voilà pourquoi les enfants, bien qu'ils cessent d'être héritiers siens, ne peuvent cesser d'être fils, filles, petits-fils, petites-filles. Au contraire, les enfants adoptifs, lorsqu'ils ont été émancipés par l'adoptant, lui deviennent étrangers, parce que leur droit et leur titre de fils, qu'ils ont acquis par l'adoption, ils les perdent en vertu d'une autre règle du droit civil, c'est-à-dire par l'émancipation. »

1662. Nous savons qu'en cas de succession testamentaire, si le testateur a omis un fils émancipé, le préteur accorde à ce dernier la *bonorum possessio contra tabulas*. (N° 1267.) C'est ce que rappelle Justinien dans le § 12 de notre titre :

§ 12. « Les mêmes règles sont observées aussi dans la possession de biens *contra tabulas* que le préteur accorde aux enfants omis, c'est-à-dire qui n'ont été ni institués, ni régulièrement exhérédés par le testament de leur père naturel. En effet, le préteur appelle à cette possession de biens, non-seulement les enfants qui sont sous la puissance de leur ascendant au moment de sa mort, mais encore les émancipés. Au contraire, il repousse ceux qui, au moment de la mort de leur ascendant naturel, se trouvent dans une famille adoptive. De même, il n'admet les enfants adoptifs, émancipés par leur père adoptif, ni à la possession de biens *ab intestat*, ni, à plus forte raison, à la possession

de biens *contra tabulas*, sur les biens du père adoptif, parce qu'ils ont cessé d'être au nombre de ses enfants. »

1663. Les enfants, qui se trouvent *in adoptiva familia* au moment de la mort de leur père naturel, ne peuvent venir à sa succession au moyen de la *bonorum possessio unde liberi;* mais ils peuvent y venir au moyen d'une autre *bonorum possessio* que leur accorde le préteur : la *bonorum possessio unde cognati*. Mais c'est là une ressource assez précaire, car ils ne peuvent l'invoquer que lorsque le défunt ne laisse ni héritiers siens, ni enfants émancipés, ni agnats. Du reste, les enfants n'ont droit à la *bonorum possessio unde cognati* qu'à l'égard de la succession de leur père naturel. En effet, si l'on suppose un fils adopté ou adrogé, qui soit émancipé par son père adoptant ou adrogeant, l'enfant ainsi émancipé par l'adoptant ou l'adrogeant ne peut invoquer, quant à sa succession, la *bonorum possessio unde cognati*, car il n'est pas son cognat :

§ 13. « Toutefois nous devons faire une remarque : quoique les enfants qui sont dans une famille adoptive et qui, après la mort de leur père naturel, sont émancipés par leur père adoptif, leur père naturel étant mort intestat, ne soient pas appelés à la succession de leur père naturel (par cette partie de l'édit en vertu de laquelle les enfants sont appelés à la possession des biens), ils y sont cependant appelés par cette autre partie de l'édit en vertu de laquelle les cognats du défunt sont appelés. En vertu de cette autre partie de l'édit, ils ne sont admis que s'il n'existe ni héritiers siens, ni émancipés, ni agnats. Avant eux, en effet, le préteur appelle d'abord les héritiers siens ou émancipés, ensuite les héritiers légitimes, et enfin les cognats. »

Voir plus loin la suite de cette matière : Droit de Justinien.

1664. *D.* Lorsqu'un pérégrin, ayant des enfants, obtient la cité, ses enfants, tout en devenant citoyens romains, ne tombent pas sous sa puissance paternelle; bien plus, lorsque l'empereur donne le *jus civitatis* à un pérégrin et à sa femme enceinte, « *quamvis is qui nascitur Romanus sit, in potestate patris non fit* ». (Gaïus, I, § 93, 94.) En conséquence, ces enfants, n'étant pas sous la puissance de leur père au moment de sa mort, ne seront pas appelés à sa succession, par le droit civil, comme *heredes sui;* c'est ce résultat rigoureux des principes que le préteur corrige en donnant à ces enfants la *bonorum possessio unde liberi.*

1665. *E.* Il faut décider de même en faveur des enfants du *civis* qui a perdu la cité, et, par suite, la puissance sur ses enfants; si ce père recouvre la cité, il ne recouvrera pas la puissance paternelle, et, par conséquent, s'il venait à mourir, ses enfants ne pourraient lui succéder comme *heredes sui;* c'est cette rigouretuse application des principes que le préteur corrige en donnant à ces enfants la *bonorum possessio unde liberi.*

2° *De la collatio bonorum.*

1666. Toutes les fois qu'un émancipé arrive à la succession, soit par la *bonorum possessio contra tabulas*, soit par la *bonorum possessio unde liberi*, il doit opérer la *collatio bonorum*, c'est-à-dire, il doit remettre dans la succession, qu'il vient partager avec les héritiers restés en puissance, les biens qu'il a acquis depuis son émancipation. (N° 1273.)

La *collatio bonorum* est basée sur un motif d'équité. En effet, lorsqu'un citoyen romain mourait ayant des enfants sous sa puissance et un fils émancipé, l'émancipé, devenu *sui juris*, avait pu, depuis son émancipation, acquérir des biens, soit par son travail, soit par des libéralités qui lui avaient été faites; tandis que ses frères et sœurs, restés en puissance paternelle, n'avaient pu se constituer un patrimoine propre, car tous les biens qu'ils avaient acquis étaient entrés dans le patrimoine du père, dont le fils émancipé réclame aujourd'hui sa part. Il aurait donc été injuste que l'émancipé pût garder les biens par lui acquis depuis son émancipation, tout en venant partager la succession paternelle, qui comprend les biens acquis par ses frères et sœurs restés en puissance. Aussi le préteur, tout en appelant, par la *bonorum possessio unde liberi*, l'enfant émancipé à la succession de son père, avec ses frères et sœurs restés en puissance, lui imposa l'obligation de remettre, dans la succession, les biens par lui acquis depuis son émancipation. (L. 1, pr. D. 37, 6.) Ainsi, par exemple, supposons qu'un homme a deux fils, Primus et Secundus; il émancipe Primus. Dès lors Primus, devenu *sui juris*, garde pour lui tous les biens qu'il acquiert à partir du jour de son émancipation; au contraire, tous les biens acquis par Secundus, resté en puissance, accroissent le patrimoine paternel; et si, au jour de la mort du père, Primus vient demander le partage des biens paternels, il est juste qu'il remette dans la masse les biens qu'il a gagnés depuis son émancipation. En effet, puisqu'il veut se faire considérer comme n'ayant pas été émancipé, pour pouvoir partager la succession paternelle, il ne peut pas, d'un autre côté, se faire considérer comme émancipé pour garder les biens qu'il a acquis depuis son émancipation.

1667. Nous savons déjà que la *collatio bonorum* n'est due qu'autant que le concours de l'émancipé cause un préjudice aux enfants restés en puissance : « *Totiens igitur collationi locus est, quotiens aliquo incommodo affectus est is, qui in potestate est, interventu emancipati; cæterum, si non est, collatio cessabit.* Il y a lieu à la *collatio bonorum* toutes les fois que celui qui est en puissance éprouve quelque

dommage par suite de l'intervention de l'émancipé; au contraire, s'il n'en éprouve aucun dommage, la *collatio* cessera d'être due. » (L. 1, § 5. D. 37, 6. — N° 1273.)

Ainsi la *collatio* n'est due qu'autant que le concours de l'émancipé cause un dommage aux enfants restés en puissance. Exemple : un homme a sous sa puissance deux fils, Primus et Secundus; il émancipe son fils Primus, fait son testament, institue son fils Secundus, resté en puissance, pour les trois quarts de sa succession et un *extraneus* pour l'autre quart, et meurt, ayant omis son fils émancipé, Primus. — Au moyen de la *bonorum possessio contra tabulas*, accordée par le préteur au fils émancipé Primus, à cause de son omission, ce dernier fera crouler le testament de son père et prendra la moitié de la succession; l'autre moitié sera prise par Secundus, resté en puissance, l'*extraneus* étant exclu par suite de l'annulation du testament. Ici l'intervention de l'émancipé Primus, venant à la succession de son père par la *bonorum possessio contra tabulas*, nuit à Secundus resté en puissance. En effet, par suite de l'intervention de Primus, Secundus n'a plus que la moitié de la succession, tandis que, si Primus ne fût pas venu par la *bonorum possessio contra tabulas*, Secundus aurait eu les trois quarts de la succession, en vertu du testament. Dès lors, l'intervention de Primus étant nuisible à Secundus, Primus lui doit la *collatio*.

Autre exemple : le défunt avait un fils en puissance et un fils émancipé. Il a institué son fils en puissance pour la moitié de sa succession, et un *extraneus* pour l'autre moitié, mais il a omis son fils émancipé. Par la *bonorum possessio contra tabulas*, le fils émancipé fait tomber le testament et prend la moitié de la succession; le fils resté en puissance prend l'autre moitié. La *collatio bonorum* est-elle due, dans ce cas, par le fils émancipé? Nullement : car, en venant à la succession, par la *bonorum possessio contra tabulas*, l'émancipé ne cause aucun préjudice au fils resté en puissance. En effet, quand même le fils émancipé n'eût pas demandé la *bonorum possessio contra tabulas*, le fils resté en puissance eût été obligé de partager la succession avec l'héritier externe institué, et n'aurait eu, de même, que la moitié de la succession.

Bien mieux, il est possible que le concours du fils émancipé, loin d'être préjudiciable, soit avantageux au fils resté en puissance.

Exemple : le défunt a institué son fils en puissance pour un tiers de la succession, et un *extraneus* pour deux tiers. Le fils émancipé, omis, demande la *bonorum possessio contra tabulas*, fait tomber le testament, et partage l'hérédité par moitié avec le fils resté en puissance. Ainsi, par l'effet de la *bonorum possessio contra tabulas*,

le fils resté en puissance a plus qu'il n'aurait eu si le fils émancipé n'avait pas demandé la *bonorum possessio contra tabulas* : il aura la moitié au lieu du tiers. Dans ce cas, l'émancipé ne lui devra pas la *collatio bonorum*. (L. 1, § 4. D. 37, 6.)

1668. La *collatio* n'est due qu'à ceux auxquels le concours de l'émancipé est préjudiciable. Ainsi, par exemple, lorsqu'un fils émancipé vient à la succession de son père, par la *bonorum possessio unde liberi*, en concours avec ses propres enfants et ses frères et sœurs, restés en puissance, son intervention dans la succession ne nuit qu'à ses enfants. Aussi, c'est à eux seuls, et non à ses frères et sœurs, qu'il doit la *collatio bonorum*. (N° 1659.)

1669. L'émancipé ne doit la *collatio* qu'autant qu'il vient à la succession, en vertu du droit prétorien, par la *bonorum possessio contra tabulas*, ou par la *bonorum possessio unde liberi*. S'il y arrive en vertu du testament de son père, qui l'a institué, il n'est pas tenu de faire la *collatio bonorum*, puisqu'il n'invoque pas le droit prétorien. (L. 1, § 6. D. 37, 6.— L. 1. C. 6, 20.)

1670. L'émancipé ne doit la *collatio bonorum* qu'aux *sui*, c'est-à-dire aux enfants restés sous la puissance du défunt; il ne la doit pas aux autres émancipés : « *Emancipati bona sua conferre cum his qui in potestate fuerunt, jubentur.* » (L. 3, § 3. D. 37, 6.) Ainsi, lorsque le défunt laisse à la fois des enfants restés en puissance et plusieurs émancipés, les émancipés ne se doivent pas la *collatio* les uns aux autres : chacun d'eux ne doit la *collatio* qu'aux enfants restés en puissance.

1671. *De quelle manière se fait la collatio?* — Il ne faut pas faire une seule masse générale comprenant les biens du père et les biens acquis par les émancipés depuis leur émancipation, pour les partager par égales portions entre les enfants restés en puissance et les émancipés; en effet, de cette façon la *collatio* faite par l'un des émancipés profiterait aux autres émancipés. Or la *collatio* n'est pas due par l'un des émancipés à l'autre. En effet, supposons que le défunt a laissé deux enfants émancipés, Primus et Secundus, et deux enfants en puissance, Tertius et Quartus, puis un patrimoine de 400 Les biens acquis par Primus, depuis son émancipation, sont d'une valeur de 100; ceux acquis par Secundus sont d'une valeur de 60. Si l'on réunissait les biens du père et les biens acquis par les émancipés, on aurait une masse de 560 à partager en quatre, ce qui ferait une part de 140 pour chaque enfant. Mais ce n'est pas ainsi que la *collatio* doit être faite. On partage par égales portions le patrimoine de 400 laissé par le défunt, de sorte que chaque enfants prend 100 dans les biens paternels ; ensuite Primus, qui a gagné 100, en fait

la *collatio* seulement en faveur de Tertius et de Quartus, restés en puissance. Ces 100 sont donc partagés en trois ; de sorte que, négligeant les fractions, on donne : 34 à Tertius, 33 à Quartus ; quant à Primus, qui fait la *collatio*, il retient lui-même 33. Avec les 100 qu'il a pris dans la succession paternelle, Primus a donc en tout 133, tandis que, si l'on eût fait une masse commune de tous les biens, il aurait eu 140, comme nous l'avons vu. De même, Secundus, qui a gagné 60, n'en fait *collatio* qu'à Tertius et Quartus. Ces 60 sont partagés en trois : 20 à Tertius, 20 à Quartus ; quant à Secundus, qui fait la *collatio*, il garde lui-même 20, de sorte qu'avec les 100 qu'il a pris dans la succession paternelle, il aura 120. Au contraire, si l'on eût fait une masse commune de tous les biens, il aurait eu 140, comme nous l'avons vu. Quant à Tertius et à Quartus, (en négligeant les fractions) ils ont chacun 153, au lieu de 140 qu'ils auraient eus si l'on eût fait une masse commune des biens. (L. 3, § 2. — L. 1, § 24. D. 37, 6.)

1672. Quels sont les biens qui doivent être rapportés par l'émancipé aux enfants restés en puissance? En principe, doivent être rapportés tous les biens acquis par l'émancipé, depuis son émancipation jusqu'à la mort du défunt, mais déduction faite des dettes dont ces biens sont grevés. (L. 2, § 1. D. 37, 6.—L. 6, C. 6, 20.)

Logiquement, l'émancipé n'est pas tenu de faire la *collatio* des biens qui eussent formé pour lui un patrimoine propre, s'il fût resté en puissance. Ainsi il n'est pas tenu de rapporter les biens de son pécule *castrense*, ni les biens de son pécule *quasi castrense* : « *Nec castrense, nec quasi castrense peculium fratribus confertur.* » (L. 1, § 15. D. 37, 6.)

1673. Nous savons qu'à l'époque de Justinien le fils de famille reste propriétaire de tout ce qu'il acquiert en dehors des biens du père, *aliunde ex re patris*. Un fils émancipé a pu acquérir les biens qui lui ont été donnés par son père, tandis que le fils resté en puissance n'a pu acquérir de son père aucun bien, à cause de l'unité de patrimoine qui existe entre eux. Aussi, à l'époque de Justinien, le fils émancipé ou la fille émancipée doit rapporter tous les biens qui lui viennent du père. Mais par contre le fils émancipé ou la fille émancipée, venant à la succession de son père par la *bonorum possessio unde liberi* ou par la *bonorum possessio contra tabulas*, garde tous les biens qui lui proviennent *aliunde ex re patris*. (L. 21. C. 6, 20.)

1674. *De la collatio dotis.* — Une fille en puissance paternelle n'était pas soumise, d'une manière absolue, à cette règle, d'après laquelle les fils de famille ne peuvent rien acquérir pour eux-mêmes.

En effet, supposons qu'une dot ait été constitué à une *filia familias;* lorsque son mari mourra, la dot formera, pour la femme, un patrimoine propre. Si, à la mort du mari, la femme se trouve encore en puissance paternelle, la dot ne peut être réclamée par le père qu'avec le concours de sa fille. Si, à la mort du mari, la femme est *sui juris*, c'est elle-même qui réclame sa dot et la garde comme patrimoine propre. (N° 1214.)

Nous savons qu'il y a deux espèces de dot : la dot *profectice*, constituée à la femme par son père ou par un autre ascendant paternel mâle, et la dot *adentice*, constituée par la femme elle-même ou par toute autre personne qu'un ascendant paternel mâle. (N° 1192.)— Une femme, venant à la succession de son père ou d'un autre ascendant paternel, *ab intestat* ou par la *bonorum possessio contra tabulas*, doit rapporter soit la dot profectice, soit la dot adventice : « Les filles sont tenues de rapporter la dot, si elles succèdent *ab intestat*, ou si elles demandent la *bonorum possessio contra tabulas*, et il n'est pas douteux que la dot profectice ou adventice ne doive être rapportée aux frères qui sont restés en puissance. (L. 4. C. 6, 20.)

1675. Il y a, entre la *collatio dotis* et la *collatio bonorum* ordinaire cette différence, que la femme doit rapporter la dot profectice ou adventice, non-seulement lorsqu'elle se trouve émancipée au moment où elle vient à la succession, mais encore lorsqu'elle est en puissance paternelle, et, par suite, *sua heres*.

1676. Il y a, entre le rapport de la dot profectice et le rapport de la dot adventice, cette différence, que la femme doit faire le rapport de la dot profectice, non-seulement à ses frères et sœurs restés sous la puissance paternelle du défunt, mais encore à ses frères et sœurs émancipés, tandis qu'elle ne doit le rapport de la dot adventice qu'à ses frères et sœurs restés sous la puisssance du défunt. « Il a été admis, après nombreuses discussions entre les jurisconsultes, que la dot profectice seulement doit être rapportée à ceux qui ne sont plus dans la famille du défunt. » (L. 4, *in fine*. C. 6, 20.)

1677. Mais ce n'est qu'autant que la femme vient à la succession, soit *ab intestat*, soit par la *bonorum possessio contra tabulas*, qu'elle doit rapporter la dot qu'elle a reçue. Si la femme, qui a reçu une dot, vient à la succession en vertu du testament de son père, elle n'est pas tenue de rapporter la dot qu'elle a reçue : « Il est de droit certain que la fille instituée héritière par le testament de son père n'est pas tenue de rapporter sa dot à ses frères, qui sont ses cohéritiers, à moins que le père ne l'ait expressément déclaré. » (L. 7. C. 6, 20.)

III. — Constitutions impériales.

PERSONNES APPELÉES EN CONCOURS AVEC LES SUI HEREDES PAR LES CONSTITUTIONS IMPÉRIALES.

1678. Les personnes appelées à la succession d'un ingénu, *pater familias*, en concours avec les héritiers siens, sont les descendants par les femmes, c'est-à-dire les descendants des filles du défunt. En effet, d'après l'ancien droit civil, lorsqu'un citoyen romain mourait, ses petits-fils ou petites-filles, nés de sa fille, les arrière-petits-fils ou arrière-petites-filles, nés d'un fils ou d'une fille de sa fille, ne venaient pas à sa succession avec les héritiers siens; car, n'étant pas sous sa puissance, ils n'étaient pas *sui heredes;* ils ne venaient pas non plus en concours avec les agnats du défunt, car ils n'étaient pas ses agnats; ils ne pouvaient arriver à sa succession qu'en vertu du droit prétorien, par la *bonorum possessio unde cognati*, en qualité de cognats.

1679. Mais, en l'an 389, par une constitution insérée au Code Théodosien (C. Th. 5, 1), et reproduite en abrégé dans le Code de Justinien (L. 9. C. 6, 55), les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius firent cesser, en partie, cette inégalité, en appelant, au rang des héritiers siens, les enfants et petits-enfants, nés de la fille du défunt prédécédée, en leur donnant, suivant les cas, les deux tiers de la part que leur mère eût prise dans la succession, si elle eût survécu, ou les trois quarts de la succession. En conséquence :

1° Si un homme meurt laissant des fils, des filles et des petits-enfants nés d'une de ses filles prédécédées, ces petits-enfants viendront, par représentation de leur mère, à la succession de leur grand-père, en concours avec leurs oncles et tantes, frères et sœurs de leur mère, qui sont *heredes sui;* mais ils ne prendront que les deux tiers de la part que leur mère eût prise dans la succession, si elle eût survécu. (L. 4, pr. C. Th. 5, 1. — L. 9. C. J. 6, 55.) Cette diminution d'un tiers imposée aux *nepotes ex filia*, venant à la succession de leur grand-père, par représentation de leur mère, existe encore dans la législation de Justinien, au moment de la rédaction des *Institutes* (L. 9. C. 6, 55. — L. 19. C. 6, 20) :

§ 15. « De même, l'antiquité, plus favorable aux descendants par les mâles, n'appelait à la succession des ascendants, et avant les agnats, que les petits-enfants, descendant par le sexe masculin; ne comptant qu'au rang des cognats les petits-enfants, nés de filles, et les arrière-petits-enfants, nés de petites-filles, elle ne les appelait qu'après la série des agnats, dans la succession de leur aïeul ou bisaïeul maternel, de leur aïeule ou bisaïeule paternelle ou maternelle

Mais les divins princes n'ont pas toléré qu'un pareil mépris pour le droit naturel restât sans correction; et comme le nom de petit-fils et d'arrière-petit-fils est commun à ceux qui descendent tant par les femmes que par les hommes, ils leur accordèrent le même degré et le même ordre de succession. Toutefois, pour donner quelque chose de plus à ceux qui ont l'avantage de la nature et de l'ancien droit, ils pensèrent que la part des petits-fils et petites-filles, et autres descendants par le sexe féminin, devait être un peu diminuée, de manière qu'ils prissent un tiers de moins que n'eût pris soit leur mère ou leur aïeule, — soit leur père ou leur aïeul paternel ou maternel, s'il s'agissait de l'hérédité d'une femme. Au reste, lorsque les petits-enfants, dont il est question, appréhendaient l'hérédité, eussent-ils été seuls descendants, les princes ne réservaient rien aux agnats. Enfin, de même que la loi des Douze-Tables appelle les petits-fils et les petites-filles, arrière-petits-fils et arrière-petites-filles d'un fils décédé à la succession de leur aïeul, à la place de leur père prédécédé, de même, les constitutions des princes les appellent à la succession à la place de leur mère et de leur aïeule, mais avec la diminution d'un tiers, comme nous l'avons dit. »

S'il y a des petits-enfants, nés de plusieurs filles prédécédées, le partage se fera par souches, de sorte que les enfants de chacune des filles prédécédées ne prendront que les deux tiers de la part que leur mère eût prise, si elle eût survécu.

Si le grand-père omet ou exhérède dans son testament les petits-enfants nés de sa fille, ces petits-enfants ne pourront pas attaquer le testament par la *querela inofficiosi testamenti*, parce qu'ils ne sont pas héritiers siens. Or le citoyen romain n'est tenu d'exhéréder que ses héritiers siens, pour que son testament soit valable. (N^os^ 1256, 1357. — L. 4, § 3. C. Th. 5, 1. — L. 9. C. 6, 55).

Les petits-enfants nés d'une fille, venant à la succession de leur grand-père, en concours avec les *sui*, ne deviennent pas, pour cela, *heredes sui*. En conséquence, ils ne sont pas héritiers nécessaires, et n'acquièrent l'hérédité qu'en faisant adition.

Nous verrons plus loin que, par la novelle 118, Justinien établit l'égalité entre les petits-enfants, nés d'une fille, et les petits-enfants, nés d'un fils. Dès lors les petits-enfants *ex filia* venant, par représentation de leur mère, à la succession de leur grand-père, eurent le droit de prendre la part entière que leur mère eût prise si elle eût survécu, et non plus seulement les deux tiers de cette part.

2° Le défunt ne laisse ni enfants ni descendants *sui heredes*, mais seulement des petits-enfants nés d'une fille prédécédée, et des agnats. Dans ce cas, les petits-enfants prennent les trois quarts de la succession; l'autre quart est attribué aux agnats, n'y en eût-il qu'un. S'il n'y a pas d'agnats, les petits-enfants prennent toute la succession. (L. 4, § 1. C, Th. 5, 1.) Mais Justinien abrogea cette

règle, et décida que les petits-enfants, nés d'une fille prédécédée, prendraient toute la succession de leur grand-père, à l'exclusion des agnats (L. 12. C. 6, 55) :

§ 16. « Mais comme il y avait encore des doutes sur les droits des agnats à l'encontre des descendants énumérés ci-dessus, relativement au quart du patrimoine du défunt, réclamé par les agnats en vertu d'une constitution, nous avons écarté cette constitution, ne permettant pas que, du Code Théodosien, elle fût insérée dans le nôtre. Par une constitution promulguée par nous, dérogeant complétement au droit de cette ancienne constitution, nous avons décidé que, quand il y aurait des petits-enfants, nés d'une fille, ou des arrière-petits-enfants, nés d'une petite-fille, les agnats ne pourraient réclamer aucune part de l'hérédité du défunt, parce que les parents de la ligne collatérale ne doivent pas être préférés à ceux qui descendent directement du défunt. Nous ordonnons que notre constitution obtienne toute sa force ; mais, de même que l'antiquité avait décidé que l'hérédité serait divisée entre les fils et les petits-fils, nés d'un fils, non par têtes, mais par souches, de même nous ordonnons qu'une pareille distribution soit faite entre les fils et les petits-enfants nés d'une fille, ou entre les petits-fils, petites-filles et autres descendants ; de manière que chaque lignée obtienne, sans diminution, la portion de sa mère ou de son père, de son aïeule ou de son aïeul ; de cette façon, s'il y a un ou deux enfants d'un fils ou d'une fille, trois ou quatre enfants d'un autre fils ou d'une autre fille, ceux-là, qu'ils soient un ou deux, prendront la moitié ; ceux-ci, qu'ils soient trois ou quatre, prendront l'autre moitié. »

3° Une femme ne peut avoir des *sui heredes*, parce que les femmes n'ont jamais la puissance paternelle. En conséquence, lorsqu'une femme mourait, elle avait, pour premier ordre d'héritiers, ses agnats. Mais nous verrons qu'un sénatus-consulte *Orphitien* appela les enfants d'une femme à sa succession, par préférence et à l'exclusion de ses agnats. Toutefois le sénatus-consulte *Orphitien* n'appelait ainsi à la succession d'une femme, par préférence à ses agnats, que ses enfants, fils ou filles, mais non ses petits-enfants. — Ce n'est que par la constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, de l'an 389, que les petits-enfants d'une femme furent appelés à sa succession. En conséquence, lorsqu'une femme mourra, laissant à la fois des enfants, fils et filles, et des petits-enfants, nés d'un fils prédécédé ou d'une fille prédécédée, ces petits-enfants viendront à la succession de leur grand'mère, par représentation de leur père prédécédé ou de leur mère prédécédée, en concours avec leurs oncles et tantes, mais ils ne prendront, dans la succession de leur grand'mère, que les deux tiers de la part que leur père ou leur mère y eût prise. (L. 4, § 2. C. Th. 5, 1. — L. 9. C. 6, 55.)

1680. S'il y a des petits-enfants, nés de plusieurs fils prédécédés ou de plusieurs filles prédécédées, le partage se fera par souches, de sorte que les enfants de chaque fils ou de chaque fille

prendront dans la succession de leur grand'mère les deux tiers de la part que leur père ou leur mère y eût prise. (§ 16 de n. t.)

1681. Mais, à partir de la novelle 118, les petits-enfants, nés d'un fils prédécédé ou d'une fille prédécédée, eurent le droit de prendre dans la succession de leur grand'mère la part entière que leur père prédécédé ou leur mère prédécédée y eût prise, et non plus seulement les deux tiers.

Si la grand'mère a omis ou exhérédé, sans motifs, ses petits-enfants, les petits-enfants pourront attaquer son testament par la *querela inofficiosi testamenti*. (L. 4, § 3. C. Th. 5, 1. — L. 9. C. 6, 55.)

1682. Lorsqu'une femme meurt sans enfants, ne laissant que des petits-enfants, nés d'une fille prédécédée, et des agnats, ces petits-enfants ne prennent que les trois quarts de la succession de leur grand'mère; l'autre quart est attribué aux agnats. (L. 4, § 2. C. Th. 5, 1.) Mais Justinien abrogea cette règle, et décida, par une constitution de l'an 528, que les enfants d'une fille prédécédée prendraient toute la succession de leur grand'mère, à l'exclusion des agnats. (L. 12. C. 6. 55).

IV. — **Innovations de Justinien.**

1683. Au temps de Justinien, il est possible qu'un enfant, qui se trouve *in adoptiva familia* au moment de la mort de son père naturel, vienne, néanmoins, à la succession de son père naturel, en qualité de *suus heres*. C'est lorsqu'il a été adopté par un *extraneus*. Dans cette hypothèse, Justinien établit un système bien simple : l'enfant donné en adoption conserve tous ses droits de *suus* à la succession de son père naturel, et, de plus, il aura un droit à la succession *ab intestat* de son père adoptif; toutefois, si ce père adoptif fait un testament qui ne donne rien à l'adopté, celui-ci ne pourra rien réclamer ni en droit civil, ni en droit prétorien, ni même par la *querela inofficiosi testamenti*.

Voici du reste ce que dit le § 14 :

§ 14. « Telles étaient les règles observées par les anciens; mais elles ont subi quelques modifications, introduites par notre constitution, que nous avons promulguée relativement aux personnes données en adoption par leur père naturel. En effet, nous avons trouvé certains cas, dans lesquels des fils perdaient la succession de leur père naturel, puis, par suite de leur adoption, l'adoption étant facilement dissoute par l'émancipation, n'étaient appelés à la succession ni de l'un ni de l'autre père. Corrigeant ce point, suivant notre habitude, nous avons écrit une constitution, par laquelle nous avons décidé que, quand un père aura donné son fils naturel en adoption, tous les droits sont conservés au fils, comme s'il était resté sous la puissance de son père naturel, comme si l'adoption

n'avait pas été faite, l'adoption lui permettant seulement de venir à la succession *ab intestat* de son père adoptif. Mais si le père adoptif a fait un testament, l'adopté ne pourra rien obtenir de son hérédité, ni d'après le droit civil, ni d'après le droit prétorien, ni par la *bonorum possessio contra tabulas*, ni par la querelle d'inofficiosité, parce qu'il n'y a aucune nécessité pour le père adoptif d'instituer ou d'exhéréder celui qui ne lui est attaché par aucun lien naturel, quand même ce serait un adopté choisi parmi trois mâles, d'après le sénatus-consulte Sabinien; car, même dans ce cas, la quarte ne lui est pas réservée, et aucune action pour la réclamer ne lui compète. Toutefois celui qu'un ascendant naturel a pris en adoption a été exempté par notre constitution; car le droit naturel et le droit civil concourant en sa personne, nous avons conservé pour cette adoption toutes les anciennes règles, qui s'appliquent encore si un chef de famille se donne en adrogation. On peut prendre spécialement connaissance de toutes ces dispositions par la teneur de notre constitution. »

1684. Résumons maintenant en peu de mots l'histoire des modifications que subit la législation, en ce qui touche les droits successoraux de l'enfant donné en adoption.

1685. Avant Justinien, lorsqu'un fils de famille était donné en adoption, si son père naturel mourait pendant qu'il était *in adoptiva familia*, il n'avait aucun droit à la succession *ab intestat* de son père naturel, et, d'un autre côté, si l'adoptant l'émancipait, il perdait aussi tout droit de succession sur les biens de son père adoptant, de sorte qu'il était privé et de la succession de son père naturel et de la succession de son père adoptif. (N° 563.) Nous savons que Justinien fit une constitution qu'il rappelle dans le § 14, pour supprimer cette injustice. (L. 10. C. 8, 48.) D'après cette constitution, il faut distinguer si le fils de famille est adopté par un de ses ascendants paternels ou maternels, ou bien, au contraire, par un *extraneus*. Quiconque n'est pas l'ascendant de l'enfant, par exemple un oncle, est un *extraneus*.

Lorsqu'un fils de famille est donné en adoption à un *extraneus*, l'adoption est dite *minus plena*, parce qu'elle ne produit plus les effets de l'ancienne adoption. En effet, l'enfant ne passe plus sous la puissance paternelle de l'adoptant, il n'entre pas dans la famille adoptive, ne devient ni agnat ni cognat des membres de cette famille. Il reste dans la famille et sous la puissance de son père naturel, et conserve tous ses droits de succession sur les biens de son père naturel, à la succession duquel il viendra en qualité de *suus heres*. — Toutefois il acquiert un droit de succession *ab intestat* sur les biens de son père adoptif, à la succession duquel il viendra aussi, en qualité de *suus heres*, bien qu'il ne soit pas sous sa puissance, puisqu'il est resté sous la puissance de son père naturel. Mais il n'acquiert sur les biens de son père adoptif qu'un droit de succession *ab intestat;* de sorte que, s'il a été omis par le testament de son

père adoptif, le testament est valable, et il ne pourra pas le faire tomber par la *bonorum possessio contra tabulas*. S'il a été exhérédé, il ne pourra pas intenter la *querela*, « parce qu'il n'y a aucune nécessité, pour le père adoptif, d'instituer ou d'exhéréder celui qui ne lui est attaché par aucun lien naturel, *quand même ce serait un adopté pris parmi trois mâles, d'après le sénatus-consulte Sabinien;* car, même dans ce cas, la quarte ne lui est pas réservée et aucune action pour la réclamer ne lui compète. » (§ 14 de n. t.) Qu'est-ce que ce sénatus-consulte Sabinien dont parle Justinien dans le § 14 de notre titre? On suppose que c'est un sénatus-consulte qui a été rendu pendant le règne de Marc-Aurèle, et que ce sénatus-consulte aurait prévu l'hypothèse où le père, ayant trois enfants mâles, en aurait donné un en adoption, cas auquel ce sénatus-consulte aurait réservé à cet enfant, ainsi pris *ex tribus maribus* pour être donné en adoption, une quarte sur la succession du père adoptif, même après son émancipation *ex familia adoptiva*.

Lorsqu'un fils est donné en adoption à un de ses ascendants, l'adoption est dite *plena*, parce qu'elle produit tous ses anciens effets : l'enfant adopté par son ascendant sort de la puissance de son père naturel, perd son droit de succession sur les biens de son père naturel; mais il passe sous la puissance et dans la famille de son ascendant qui l'adopte, et acquiert sur ses biens un droit de succession, en qualité de *suus heres*. — Justinien a maintenu ses anciens effets à l'adoption faite par un ascendant, parce qu'il a pensé que l'adoptant, étant un ascendant de l'adopté, ne l'émanciperait pas pour le priver de sa succession. Cependant il est facile de voir que, dans ce cas, l'enfant adopté par son ascendant n'est pas à l'abri de tout danger. Il est même encore exposé au danger de perdre les deux successions : celle de son père naturel et celle de son ascendant adoptif. En effet, si l'on suppose que le père, après avoir donné son fils en adoption, vient à mourir, le fils, qui est *in adoptiva familia*, n'a aucun droit à la succession de son père; — si, ensuite, son ascendant adoptif l'émancipe, il perd également tout droit à la succession de ce dernier : dans ce cas, il aura donc perdu les deux successions.

J'ai dit déjà que, lorsqu'un chef de famille donne en adoption, à un *extraneus*, son petit-fils, né de son fils, la question de savoir si l'adoption sera *plena* ou *minus plena* reste incertaine jusqu'à la mort de l'aïeul. (N° 562 et suiv.)

1686. *De la collatio bonorum à l'époque de Justinien.* — J'ai dit déjà qu'à l'époque de Justinien le fils émancipé n'est tenu de rapporter que ce qu'il a acquis *ex re patris*.

1687. Par une constitution de l'an 467, l'empereur Léon avait décidé que tout descendant, émancipé ou soumis à la puissance paternelle, venant à la succession de son ascendant, paternel ou maternel, avec d'autres descendants, devrait rapporter la dot et la donation *ante nuptias*, qu'il aurait reçues de cet ascendant. Comme la constitution de l'empereur Léon ne parlait pas de la simple donation entre-vifs ordinaire, on en avait conclu que la donation entre-vifs, faite par un ascendant à son descendant, n'était pas soumise à la *collatio;* de sorte que, si, parmi les descendants venant à la succession *ab intestat* de leur ascendant, l'un d'eux avait reçu de cet ascendant une simple donation entre-vifs, il n'était pas tenu de la rapporter. Pour corriger cette inégalité, Justinien décida que la simple donation entre-vifs, faite par un ascendant quelconque à l'un de ses descendants, devrait être rapportée par ce descendant, venant à la succession de son ascendant, aussi bien que la dot et la donation *ante nuptias :* « Pour supprimer l'injustice qui résulte de ce que la personne qui a reçu une donation *ante nuptias* ou une dot est tenue de la rapporter, tandis que celle qui a reçu seulement une simple donation n'est nullement tenue de la rapporter... nous ordonnons que, de même que celui qui a reçu une donation *ante nuptias* ou qui a reçu une dot est tenu de la rapporter, de même celui qui, sans avoir reçu ni dot ni donation *ante nuptias*, a reçu seulement une simple donation d'un de ses ascendants, devra aussi la rapporter, et ne pourra se refuser à faire ce rapport, sous le prétexte qu'une simple donation n'est pas soumise au rapport; à moins toutefois que le donateur, au moment de la donation, ne l'ait expressément dispensé de cette obligation. » (L. 20, § 1. C. 6, 20).

Il ne nous reste qu'à rappeler ce que j'ai dit plus haut : c'est que Justinien maintint la constitution de Théodose, Arcadius et Valentinien en ce qui concernait les petits-enfants *ex filia* en concours avec des *sui*, mais qu'il n'admit plus les agnats à enlever, auxdits petits-enfants *ex filia*, le quart de la succession.

§ II. — DEUXIÈME ORDRE. — DES AGNATS.

(*Inst.*, III, II.)

I. — **Agnats proprement dits : collatéraux du de cujus.**

1688. D'après la loi des Douze-Tables, à défaut d'héritiers siens, la succession *ab intestat* d'un ingénu, *pater familias*, était déférée à ses agnats : « *Si intestato moritur, cui suus heres nec sit, agnatus*

proximus familiam habeto. » Ainsi, d'après la loi des Douze-Tables, en cas de succession *ab intestat* d'un ingénu, *pater familias*, ses agnats formaient le second ordre de ses héritiers ; ils n'arrivaient à sa succession qu'après les héritiers siens, et, plus tard, après ceux qui avaient été assimilés aux héritiers siens par le droit prétorien et par les constitutions impériales :

- Pr. « S'il n'y a aucun héritier sien (ni aucun de ceux que le préteur ou les constitutions impériales appellent au rang des héritiers siens), qui recueille la succession d'une manière quelconque, alors, d'après la loi des Douze-Tables, l'hérédité appartient au plus proche agnat. »

1689. 1° *De l'agnation.* — Nous savons qu'en droit romain il y y a deux espèces de parenté à distinguer : la *cognatio* et l'*agnatio*.

La cognation est un lien naturel qui existe entre deux personnes qui sont nées l'une de l'autre, ou qui sont nées d'un auteur commun. Quand deux parents descendent l'un de l'autre, on dit qu'ils sont cognats en ligne directe ; quand ils sont nés d'un auteur commun, on dit qu'ils sont cognats en ligne collatérale ; par exemple, deux frères, un frère et une sœur, un oncle et son neveu, deux cousins, sont cognats en ligne collatérale.

1690. L'agnation au contraire est un lien civil que la loi fait résulter de la puissance paternelle. Sont agnats entre eux ceux qui sont sous la puissance du même chef de famille, ou qui s'y trouveraient, si le chef vivait encore, — pourvu qu'aucun d'eux n'ait subi une *capitis deminutio*, cas auquel il cesserait d'être agnat. Or, sont sous la puissance du même chef tous ceux qui sont nés de lui, se rattachant les uns aux autres par une série de personnes du sexe masculin. Ainsi, sont agnats les frères nés du même père et de la même mère : ils s'appellent germains ; les frères nés du même père et de mères différentes : ils s'appellent consanguins ; en un mot, sont agnats les frères et sœurs, nés du même père et de la même mère ou de mères différentes. De même l'oncle paternel est agnat de ses neveux et nièces, enfants de son frère. Exemple : Titius a sous sa puissance deux fils, Primus et Secundus ; Primus a lui-même un fils et une fille ; Secundus est l'oncle paternel de ce fils et de cette fille : ils sont agnats entre eux. De même, les enfants de deux frères germains ou consanguins sont agnats. Exemple : Titius a sous sa puissance deux fils, Primus et Secundus, qui ont chacun des enfants, fils et filles. Les enfants, fils et filles de Primus et de Secundus sont cousins et agnats entre eux. — On dit encore que les agnats sont tous ceux qui font partie de la même famille civile. — Ce qui caractérise encore les agnats, c'est qu'ils portent le

même nom. — L'enfant posthume est l'agnat de ses frères et sœurs. Car, s'il fût né plus tôt, il eût été avec eux sous la même puissance paternelle.

Lorsque le chef de famille meurt, tous ceux qui étaient sous sa puissance restent agnats, pourvu qu'aucun d'eux n'éprouve une *capitis deminutio*, car la *capitis deminutio* entraîne la rupture de l'agnation.

Il est possible qu'il y ait, à la fois, entre deux personnes, agnation et cognation. Ainsi, deux frères germains (nés du même père et de la même mère) et deux frères consanguins (nés du même père et de mères différentes) sont à la fois unis par les liens du sang et soumis à la même puissance : ils sont cognats et agnats. Mais si l'un d'eux vient à subir une *capitis deminutio*, ils cessent d'être agnats, mais restent cognats.

L'agnation ne résulte pas seulement du mariage. Elle résulte encore de l'adoption et de l'adrogation : Titius a un fils, Primus, sous sa puissance ; il adopte ou adroge Secundus, à titre de fils. Par l'adoption ou l'adrogation, Secundus passe sous la puissance de Titius. Comme Primus et Secundus sont sous la même puissance, ils sont agnats, mais ils ne sont pas cognats. — Toutefois, les jurisconsultes avaient fait admettre que, du moment où deux personnes étaient agnates, elles étaient aussi cognates, par voie de conséquence. (L. 1. § 4. D. 38, 8.) Mais il y avait une grande différence entre cette cognation artificielle, résultant de l'agnation, et la cognation véritable, résultant des liens du sang. En effet, si, dans notre hypothèse, l'un des deux fils, qui sont agnats par suite d'une adoption ou d'une adrogation, vient à subir une *capitis deminutio*, l'agnation cesse, et, l'agnation ayant disparu, la cognation, qui en était la conséquence, disparaît avec elle.

L'agnation résulte aussi de la *causæ probatio*. (Paul, *Sent.*, IV, VIII, § 16. — N° 413, 2°.)

L'agnation résulte encore de la légitimation par mariage subséquent. L'enfant légitimé par mariage subséquent entre complétement dans la famille de son père, et devient l'agnat des agnats de son père ; en même temps, les enfants légitimés par leur père deviennent agnats entre eux. — Mais la légitimation par oblation à la curie ne produit pas l'agnation. L'enfant légitimé, par l'oblation à la curie, devient seulement *suus heres* de son père ; il ne devient pas l'agnat des agnats de son père. (N° 534.)

Sont cognats, sans être agnats, ceux qui sont unis entre eux seulement par les liens du sang, sans être soumis à la même puissance. Ainsi deux frères utérins, c'est-à-dire deux frères nés de la

même mère, mais de pères différents, sont simplement cognats sans être agnats. — De même, Titius a un fils Primus, et une fille Secunda. Primus se marie, et a un fils, Primulus. Secunda se marie, et a une fille, Secundula. Primus, oncle de Secundula, et Primulus, cousin de Secundula, sont ses cognats, mais ne sont pas ses agnats, parce que Secundula n'est pas sous la même puissance qu'eux : en effet elle n'est pas sous la puissance de Titius, mais bien sous la puissance du mari de sa mère, son père. — Ainsi, pour qu'il y ait agnation entre deux personnes, il faut que les degrés intermédiaires de parenté, entre elles, ne soient occupés par aucune femme :

§ 1. « Sont agnats, comme nous l'avons dit dans le premier livre, les cognats unis par des personnes du sexe masculin, en quelque sorte cognats par leur père. En conséquence, les frères, nés du même père, sont cognats et s'appellent consanguins, sans rechercher s'ils ont ou non la même mère. De même l'oncle paternel est l'agnat du fils de son frère, et réciproquement celui-ci est son agnat. Au nombre des agnats sont aussi les frères *patrueles*, c'est-à-dire les enfants qui sont nés de deux frères, et qui s'appellent cousins. — Ceux qui naissent après la mort de leur père obtiennent aussi les droits de consanguinité. — Mais la loi ne donne pas l'hérédité à tous les agnats, mais seulement à ceux qui sont au degré le plus proche, au moment où il est devenu certain que le défunt est mort intestat. »

§ 2. « L'agnation se produit aussi par l'adoption, par exemple entre les fils naturels et ceux que le père a adoptés. Et il n'est pas douteux qu'ils ne s'appellent aussi consanguins, mais improprement. De même, si l'un de tes agnats, comme ton frère, ton oncle paternel ou un autre plus éloigné, a adopté quelqu'un, il n'est pas douteux que cet adopté ne se trouve au nombre de tes agnats. »

1691. 2° *Vocation des agnats.* — Lorsque le défunt ne laisse aucun héritier sien, ce sont ses agnats qui sont appelés à sa succession. Mais, parmi les agnats du défunt, quels sont ceux auxquels l'hérédité sera dévolue? La succession est dévolue aux agnats du degré le plus proche, d'après la loi des Douze Tables : « ..... *cui suus heres nec sit, agnatus proximus familiam habeto.* » Ainsi, si le défunt laisse des agnats de divers degrés, la succession est attribuée à tous les agnats qui sont au même degré, le plus proche, et la succession est partagée entre eux par égales portions. (§ 1, 3e alin. de n. t.)

§ 5. « S'il y a plusieurs degrés d'agnats, la loi des Douze-Tables appelle expressément *le plus proche*. En conséquence, s'il y a un frère du défunt et le fils d'un autre frère, ou un oncle paternel, le frère est préféré. Et quoique la loi, employant le singulier, appelle le plus proche, il n'est pas douteux cependant que, s'ils sont plusieurs au même degré, ils ne soient tous admis. A proprement parler, les mots *le plus proche* supposent qu'il y a plusieurs degrés ; et cependant il n'est pas douteux que, s'il n'y a qu'un seul degré d'agnats, l'hérédité ne leur appartienne. »

1692. Nous avons vu que, dans l'ordre des héritiers siens, il peut y avoir concours entre des héritiers de divers degrés. Ainsi,

par exemple, nous avons vu que des petits-enfants peuvent venir, par représentation de leur père prédécédé, en concours avec leurs oncles et tantes, à la succession de leur aïeul. (N° 1655.) En est-il de même dans l'ordre des agnats? Peut-il y avoir lieu aussi à la représentation dans l'ordre des agnats? Non. Ainsi, par exemple, le défunt laisse un frère et des neveux, nés d'un frère prédécédé : les neveux du défunt ne viendront pas à sa succession ; c'est le frère qui prendra la succession entière. « Si le défunt, dit Gaïus, laisse un frère et un fils d'un autre frère... le frère est préféré, puisqu'il précède l'autre en degré. » (Gaïus, III, § 15.)

De ce qu'il n'y a pas représentation dans l'ordre des agnats, il résulte que, si les agnats les plus proches du défunt sont des neveux, nés de différents frères du défunt prédécédé, le partage se fera entre eux, non par souches, mais par têtes. Exemples : le défnnt a pour agnats les plus proches deux neveux, nés de son frère Primus prédécédé, et trois neveux, nés de son frère Secundus prédécédé : le partage se fera entre eux par têtes, et non par souches, de sorte que chacun d'eux aura un cinquième de la succession : «Que s'il n'existe aucun frère du défunt, mais des enfants de frères, l'hérédité appartient à tous; mais s'ils sont en nombre inégal, par exemple, un ou deux de l'un des frères, trois ou quatre de l'autre frère, on a demandé si l'hérédité doit être partagée par souches, comme cela s'observe entre les héritiers siens, ou plutôt par têtes. Depuis longtemps il a été admis que l'hérédité doit être partagéé par têtes. Ainsi, autant il y aura de personnes de part et d'autre, autant on fera de portions de l'hérédité, de manière que chacune prenne une portion. » (Gaïus, III, § 16.)

1693. Ce sont les agnats, qui sont au degré le plus proche, au moment où s'ouvre la succession *ab intestat*, — c'est-à-dire au moment où il est devenu certain qu'il n'y aura pas d'héritier testamentaire, — auxquels la succession est dévolue : « Ce n'est pas au moment de la mort que nous recherchons quel est le plus proche agnat, mais au moment où il est certain que le défunt est mort intestat, parce que, si le défunt a laissé un testament, il a paru préférable de rechercher quel est, parmi les agnats, le plus proche au moment où il est devenu certain que personne ne sera héritier en vertu du testament.» (Gaïus, III, § 13.) Ainsi, par exemple, le défunt laisse un frère et un neveu, né d'un autre frère prédécédé; mais il a institué un héritier. L'héritier institué tarde à faire adition. Pendant qu'il délibère sur le parti à prendre, le frère du défunt vient à mourir, et ensuite l'héritier institué répudie. Dans ce cas, la succession *ab intestat* ne s'ouvre qu'au moment de la répudiation par

l'héritier institué, et, à ce moment, le frère du défunt étant mort, c'est le neveu qui se trouve être le plus proche agnat, et qui prend la succession :

§ 6. « Lorsque quelqu'un est mort sans testament, c'est au moment de sa mort qu'on recherche quel est celui qui est le plus proche. Mais si quelqu'un est mort ayant un testament, c'est au moment où il est devenu certain qu'il n'y aura aucun héritier en vertu du testament, qu'on recherche quel est le plus proche; car c'est à ce moment seulement qu'il peut être considéré comme étant mort intestat. Quelquefois cela n'est décidé que longtemps après la mort; et il arrive souvent que, pendant ce laps de temps, le plus proche venant à mourir, celui-là devient le plus proche qui n'était pas le plus proche au jour de la mort. »

Les agnats ne sont pas héritiers nécessaires : ils n'acquièrent l'hérédité qu'en faisant adition.

1694. 3° ..... *Règle : Successio graduum non est.* — Dans l'ordre des agnats, il n'y a pas dévolution de l'hérédité d'un degré à l'autre. Un citoyen romain meurt intestat, laissant des agnats de divers degrés; les agnats du premier degré répudient l'hérédité ou meurent avant d'avoir fait adition? La succession ne sera pas dévolue aux agnats du degré suivant. « Ici, dit Gaïus, il n'y a pas dévolution successive. En conséquence, si l'agnat le plus proche répudie l'hérédité ou meurt avant d'avoir fait adition, les agnats des degrés suivants n'ont aucun droit d'après la loi. » (Gaïus, III, § 12. — Paul, *Sent.*, IV, VIII, § 23.) Exemple : un citoyen meurt intestat, laissant un frère et un oncle paternel, ou un neveu né d'un frère prédécédé. Comme il n'y a pas de testament, la succession *ab intestat* s'ouvre au moment de la mort du défunt. A ce moment, c'est le frère qui est l'agnat le plus proche; mais s'il répudie la succession ou meurt avant d'avoir fait adition, l'oncle paternel, ou le neveu du défunt, n'aura aucun droit à la succession. La succession sera dévolue aux *gentiles*.

1695. Toutefois, lorsque l'agnat le plus proche ne veut pas de la succession, l'agnat du degré suivant a deux moyens pour arriver à cette succession :

1° Le premier moyen dépend de la volonté de l'agnat le plus proche. En effet, si l'agnat le plus proche consent à laisser venir à sa place, à la succession, l'agnat du degré suivant, il n'a qu'à lui céder *in jure* l'hérédité, avant de faire adition : « Si celui à qui appartient une hérédité *ab intestat* par droit légitime cède *in jure* à un autre cette hérédité, avant de faire la crétion ou un acte d'héritier, celui à qui il l'a cédée devient héritier de plein droit, comme s'il était appelé lui-même par la loi à l'hérédité. » (Gaïus, III, § 85. — N° 1405, 1°.) Mais, pour que l'hérédité soit acquise à

l'agnat du degré suivant, il faut que l'agnat du degré le plus proche lui cède *in jure* l'hérédité, *avant* d'avoir fait adition; car s'il ne la lui cède qu'après avoir fait adition le résultat est tout différent. En effet, Gaïus ajoute : « S'il cède l'hérédité, après être devenu héritier, il conservera cette qualité et, par suite, il restera tenu lui-même envers les créanciers ; mais il transférera les choses corporelles, comme s'il avait cédé chacune d'elles devant le magistrat. Au contraire, les créances périssent, et, de cette manière, les débiteurs héréditaires font un profit. » (Gaïus, III, § 85, *in fine*. — N° 1405, 2°.)

2° Lorsque l'agnat le plus proche ne fait pas adition, le préteur appelle à la succession l'agnat du degré suivant, en lui donnant la *bonorum possessio unde cognati*. Mais cette *bonorum possessio unde cognati* ne lui sera peut-être pas très-utile, car si, parmi les cognats, il en est qui sont d'un degré plus proche, ils obtiendront, par préférence à lui, la *bonorum possessio unde cognati*. Ainsi, par exemple, un homme meurt, laissant un frère utérin qui est seulement son cognat, puis un oncle paternel qui est son agnat au troisième degré, et un cousin paternel qui est son agnat au quatrième degré; d'après le droit civil, la succession s'ouvre au profit de l'oncle paternel, qui est le plus proche agnat; mais s'il répudie ou meurt avant d'avoir fait adition, le cousin paternel, agnat du quatrième degré, ne viendra à la succession ni d'après le droit civil, car il n'y a pas de dévolution d'un degré à l'autre, ni d'après le droit prétorien, parce qu'il y a un cognat, le frère utérin, qui lui est préférable. Ainsi, lorsque l'agnat le plus proche répudie ou meurt avant d'avoir fait adition, la *bonorum possessio unde cognati*, accordée à l'agnat du degré suivant, ne lui est utile qu'autant que, parmi les cognats, il n'y en a aucun qui lui soit préférable. (V. § 9, 2e alin. de n. t.)

Toutefois, lorsque les agnats du degré le plus proche répudiaient l'hérédité ou mouraient avant d'avoir fait adition, certains jurisconsultes étaient d'avis d'accorder aux agnats du degré suivant la *bonorum possessio unde legitimi*, au moyen de laquelle ils auraient pu arriver à la succession avant tous les cognats. (Gaïus, III, § 28.) Mais cette opinion n'a pas prévalu.

1696. La règle de la non-dévolution de degré à degré était-elle aussi applicable aux *sui heredes* et à ceux qui étaient appelés par le préteur au rang de *sui heredes*? Il semble que la question ne peut se présenter, car l'héritier sien, étant héritier nécessaire, ne peut pas répudier l'hérédité. Mais l'héritier sien peut user du bénéfice d'abstention. Or, si l'héritier sien appelé à la succession use du bé-

néfice d'abstention, l'hérédité sera-t-elle dévolue à son fils, petit-fils du défunt? Pour que la question puisse se présenter, il faut supposer un seul héritier sien, ou, s'il y en a plusieurs, il faut supposer que tous s'abstiennent, car, si un seul acceptait la succession, les parts de ceux qui s'abstiennent lui profiteraient *jure adcrescendi.* Ainsi, supposons un seul héritier sien qui s'abstient, ou plusieurs héritiers siens qui s'abstiennent tous, la succession est-elle dévolue à leurs enfants, petits-fils du défunt? Il est certain qu'avant Justinien cette dévolution n'avait pas lieu. C'est ce qui résulte d'un texte d'Ulpien, qui cite un cas où le petit-fils est héritier sien, *quamvis successio in suis non sit.* Ce cas où le petit-fils est héritier sien de son aïeul, c'est le cas où, la succession *ab intestat* ne s'ouvrant pas au jour de la mort de l'aïeul, son père est déjà mort au moment de l'ouverture de la succession *ab intestat* de l'aïeul : « *Sciendum est autem, nepotes, et deinceps, interdum, etiamsi parentes eos mortis tempore præcesserunt, tamen posse suos heredes existere, quamvis successio in suis heredibus non sit. Quod ita procedit, si pater familias testamento facto decesserit exheredato filio, mox deliberante herede instituto, filius decessit, postea deinde repudiavit heres institutus : nepos poterit suus heres esse, ut et Marcellus lib.* 10 *scripsit, quoniam nec delata est filio hereditas*... Il faut savoir que les petits-fils et autres descendants, que leurs parents précèdent au temps de la mort, peuvent cependant quelquefois être héritiers siens, bien que la dévolution n'ait pas lieu pour les héritiers siens; ceci arrive si le chef de famille meurt ayant exhérédé son fils; pendant que l'héritier institué délibère, le fils meurt, et ensuite l'héritier institué répudie : le petit-fils pourra être héritier sien, comme l'a écrit Marcellus, parce que l'hérédité n'a pas été dévolue au fils. » (L. 1, § 8. D. 38, 16.) Ainsi, dans ce texte, Ulpien admet bien qu'il n'y a pas dévolution d'un degré à l'autre dans l'ordre des héritiers siens, puisqu'il dit : « *Quamvis successio in suis heredibus non sit;* » et, à la fin du texte, ce jurisconsulte fait remarquer que le petit-fils n'est héritier sien, dans l'hypothèse prévue, que parce que l'hérédité n'a pas été dévolue au fils du défunt. Donc, si l'hérédité avait été d'abord dévolue au fils, elle n'eût pu être ensuite dévolue au petit-fils, au cas où le fils eût répudié.

1697. 4° *Innovations introduites par les prudents.* — D'après la loi des Douze-Tables, les agnates du défunt venaient à sa succession aussi bien que ses agnats. Mais à une certaine époque, vers la fin de la République, les jurisconsultes firent prévaloir une règle d'après laquelle les agnates ne viendraient plus à la succession de leurs agnats, à moins qu'elles ne fussent agnates du deuxième degré,

c'est-à-dire sœurs consanguines du défunt. Dès lors il y eut une différence considérable, quant au droit de succession, entre les agnats et les agnates. En effet, il n'y avait, pour les agnats, aucune limite à leur droit de succéder : quelque éloigné que fût un agnat de son agnat ou de son agnate, il lui succédait, à moins qu'il n'y eût un agnat plus proche que lui ; tandis que, pour les femmes, leur qualité d'agnates ne leur donnait droit à la succession de leurs agnats ou agnates qu'autant qu'elles étaient *consanguines*, c'est-à-dire sœurs du défunt ou de la défunte, nées du même père que le défunt ou la défunte. Ainsi une femme pouvait bien succéder comme agnate à son frère consanguin, c'est-à-dire né du même père qu'elle, ou à sa sœur consanguine, née du même père qu'elle. De même, la femme *in manu mariti* était considérée comme sœur consanguine de ses propres enfants, et venait à leur succession. De même, la *noverca* qui était *in manu* de son mari, étant aussi considérée comme sœur consanguine des enfants que son mari avait eus d'un précédent mariage, venait à leur succession, bien qu'elle ne fût pas leur mère. — Ainsi les agnates ne pouvaient plus succéder qu'autant qu'elles étaient au plus proche degré de l'agnation, qu'autant qu'elles étaient *consanguineæ*, tandis que les agnats, quelque éloignés qu'ils fussent du défunt ou de la défunte, venaient à sa succession. — Cette différence entre les agnats et les agnates, quant au droit de succéder, nous est indiquée par Gaïus : « En ce qui concerne les femmes, on a admis un droit différent, suivant qu'il s'agit de recueillir leur succession ou qu'il s'agit, pour elles, de recueillir les biens des autres. En effet, les hérédités des femmes nous reviennent par droit d'agnation, comme celles des mâles; au contraire, les nôtres n'appartiennent pas aux femmes au delà du degré de consanguines. Ainsi la sœur est héritière légitime de son frère ou de sa sœur ; mais la tante paternelle et la fille du frère ne peuvent pas être héritières légitimes. Est aussi vis-à-vis de nous, à la place d'une sœur, la mère ou la marâtre (*noverca*) qui, en entrant sous la *manus* de notre père, a acquis les droits de fille. » (Gaïus, III, § 14.)

1698. Cette exclusion des agnates au delà du degré de consanguines était basée sur une idée politique. En effet, cette exclusion des femmes de la succession avait pour but de conserver les biens dans la famille, pour soutenir l'éclat et la splendeur du nom de la famille, en concentrant toute la fortune sur les mâles qui portaient ce nom, tandis que, si les femmes avaient pu succéder, elles auraient fait passer les successions par elles recueillies dans une autre famille. Cette exclusion des femmes de la succession au delà du

degré de consanguines était une conséquence et un développement du principe posé par la loi *Voconia* : « *Feminæ ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur, idque jure civili voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex Duodecim Tabularum nulla discretione sexus agnatos admittit.* » (Paul, *Sent.*, IV, VIII, § 22.)

1699. Le préteur chercha à diminuer cette injustice, en accordant aux agnates exclues de la succession légitime la *bonorum possessio unde cognati*. Mais cette ressource était souvent insuffisante, parce que la *bonorum possessio unde cognati* n'était utile aux agnates que si elles n'étaient précédées par aucun agnat ni par aucun cognat plus proche. « Il est certain, dit Gaïus, que les femmes agnates qui sont au delà du degré de consanguines sont appelées au troisième rang, c'est-à-dire s'il n'y a ni héritier sien ni agnat. » (Gaïus, III, § 29.)

1700. Justinien, après avoir rappelé cette différence entre les agnates et les agnats, quant au droit de succéder, déclare que, par une constitution, il a supprimé cette différence et a donné aux agnates le même droit de succession qu'aux agnats :

§ 3. « Entre les mâles, jusqu'au degré le plus éloigné, il existe, par suite de l'agnation, un droit de succession réciproque. Mais, quant aux femmes, il avait été admis qu'elles ne pouvaient acquérir l'hérédité que par droit de consanguinité, si elles étaient sœurs; à un degré plus éloigné, elles ne recueillaient rien. Au contraire, les mâles, même du degré plus éloigné, étaient admis à l'hérédité. Ainsi l'hérédité de la fille de ton frère ou de la fille de ton oncle paternel, ou l'hérédité de ta tante paternelle, t'appartient, tandis que la tienne ne leur appartient pas. Cela avait été établi, parce qu'il avait paru plus utile de faire arriver les hérédités aux mâles. Mais comme il était inique qu'elles fussent écartées comme des étrangères, le préteur les admit par la possession de biens, qu'il accorde à la proximité de parenté. Toutefois elles ne sont ainsi admises que s'il n'y a aucun agnat ni aucun cognat plus proche. La loi des Douze-Tables, il est vrai, n'avait pas établi cette règle; mais préférant la simplicité, amie des lois, elle appelait réciproquement tous les agnats du sexe masculin ou du sexe féminin, à quelque degré qu'ils fussent, à la succession les uns des autres. Mais une jurisprudence intermédiaire, postérieure à la loi des Douze-Tables, mais antérieure aux décisions impériales, par subtilité, introduisit cette différence, et exclut complétement les femmes de la succession des agnats, toute autre succession étant alors inconnue, jusqu'à ce que les préteurs, corrigeant peu à peu le droit civil, ou bien comblant ses lacunes, mus par l'équité, eussent admis, dans leurs édits, un nouvel ordre d'héritiers. La ligne des cognats ayant été admise par rang de proximité, les préteurs venaient au secours des femmes en leur accordant la possession de biens, appelée *unde cognati*. Mais nous, préférant suivre la loi des Douze-Tables, et conservant ses règles sur ce point, tout en louant les préteurs de leur humanité, nous ne trouvons pas qu'ils aient complétement remédié à cet état de choses. Pourquoi, en effet, lorsqu'au même degré le lien naturel et le titre d'agnation étaient réunis également chez les femmes et chez les mâles, était-il permis aux mâles de venir à la succession de tous les agnats, tandis que, lorsque parmi les agnats se trou-

vaient des femmes, le droit d'arriver à la succession leur était complétement refusé, si ce n'est à la sœur? C'est pourquoi, ramenant toutes les règles au droit de la loi des Douze-Tables, nous avons décidé par notre constitution que toutes les personnes légitimes, c'est-à-dire descendant de mâles, qu'elles soient du sexe masculin ou du sexe féminin, seront également appelées d'après leur degré, et que celles qui n'ont pas, comme les sœurs germaines, les droits de consanguinité, ne doivent pas être exclues. »

1701. 5° *Émancipés appelés au rang des agnats.* — Les émancipés ont cessé d'être agnats par leur émancipation. Dès lors, ils ne peuvent plus venir en qualité d'agnats à la succession de leurs frères et sœurs; ils ne peuvent y venir qu'en qualité de cognats, en vertu du droit prétorien. — Mais, par une constitution de l'an 498, l'empereur Anastase décida que les frères consanguins émancipés et les sœurs consanguines émancipées seraient appelés, malgré la *capitis deminutio* résultant de leur émancipation, à la succession de leurs frères et sœurs qui n'ont pas été émancipés. (N° 786.) Toutefois l'empereur Anastase, en rappelant les consanguins émancipés à la succession de leurs frères et sœurs, restés en puissance, leur fit subir une réduction de moitié; de sorte que les frères consanguins émancipés et les sœurs consanguines émancipées, venant à la succession de leurs frères et sœurs, qui n'ont pas subi de *capitis deminutio* par suite d'une émancipation, ne prenaient que la moitié de la part qu'ils eussent prise s'ils n'avaient pas été émancipés. — En outre, ce fut seulement aux frères et sœurs consanguins, et non à leurs enfants, que l'empereur Anastase accorda ce droit de succession pour moitié.

1702. 6° *Innovations de Justinien.* — Justinien apporte trois innovations dans les principes qui viennent d'être exposés :

1° Par une constitution de l'an 532, il appelle au rang d'agnats les enfants des sœurs germaines, consanguines et utérines du défunt, qui ne sont vis-à-vis de lui que des cognats. Toutefois les enfants des sœurs germaines, consanguines et utérines du défunt ne viennent à sa succession, qu'autant qu'il ne laisse ni frères ni sœurs survivants. — Lorsque des enfants de diverses sœurs du défunt viennent ainsi à sa succession, le partage se fait entre eux par têtes, non par souches, parce qu'il n'y a pas de représentation dans l'ordre des agnats (L. 14, § 1. C. 6, 58) :

§ 4. « Nous avons jugé opportun d'ajouter à notre constitution qu'un degré, mais un seul, devait être transféré de l'ordre des cognats dans la succession légitime, de sorte que, non-seulement le fils et la fille du frère viendront à la succession de leur oncle paternel, comme nous l'avons déjà dit, mais encore le fils et la fille d'une sœur consanguine ou utérine. Ces héritiers viendront à la succession de leur oncle maternel, mais eux seuls y viendront, et non les personnes d'un degré postérieur. Ainsi, à la mort de celui qui est à l'égard des enfants

de son frère un oncle paternel, et à l'égard des enfants de sa sœur un oncle maternel, les enfants des deux côtés (c'est-à-dire soit du frère, soit de la sœur) succéderont également comme si, descendant tous de mâles, ils venaient tous à la succession en qualité d'agnats; bien entendu, lorsque le défunt ne laisse ni frère ni sœur survivants. En effet, le frère et la sœur du défunt étant survivants et venant à la succession, les degrés suivants sont complétement écartés, et l'hérédité se partagera, non par souches, mais par têtes. »

Dans sa constitution de l'an 532, par laquelle il appelle à la succession les enfants des sœurs germaines, consanguines et utérines du défunt, et dans le § 4 de notre titre, Justinien garde le silence sur les enfants du frère utérin, et cependant ils étaient aussi bien cognats du défunt que les enfants des sœurs; aussi il est probable qu'ils avaient été également appelés à la succession par Justinien.

De même, Justinien, dans cette constitution, garde le silence sur le frère utérin et la sœur utérine du défunt. Il semble cependant qu'ils devraient être appelés, à plus forte raison, à la succession, puisque leurs enfants y sont appelés. Néanmoins, ce n'est que par une constitution rendue deux ans plus tard, en l'an 534, que Justinien fait monter au rang d'agnats, et appelle formellement à la succession, le frère utérin et la sœur utérine du défunt : « Nous ne voulons pas non plus que le frère ou la sœur utérines soient laissés parmi les cognats; leur degré est si proche que c'est avec raison que nous ordonnons qu'ils soient appelés, sans aucune différence, avec leurs frères et sœurs; de sorte que, placés au second degré et jugés dignes de la succession légitime, ils seront préférés à tous ceux qui sont d'un degré inférieur, bien que ceux-ci soient légitimes. » (L. 15, § 2. C. 6, 58.)

2° Par la même constitution de l'an 534, Justinien supprime la diminution de moitié que l'empereur Anastase avait imposée aux frères et sœurs émancipés du défunt, en les appelant à la succession. Dès lors les frères et sœurs émancipés du défunt ont le droit de prendre toute leur part héréditaire. — De plus, nous savons qu'Anastase n'avait pas appelé les enfants des émancipés à la succession de leur oncle (n° 1701); Justinien les y appelle au rang d'agnats, pourvu que le défunt ne laisse ni frères ni sœurs. (L. 15, § 1. C. 6, 58.)

Ainsi, par cette constitution de l'an 534, Justinien a placé sur la même ligne les agnats et les cognats dans la succession des frères et sœurs : les frères utérins, les sœurs utérines, les frères et sœurs émancipés du défunt sont appelés avec les frères germains et consanguins et avec les sœurs germaines et consanguines; il n'y a plus de distinction à faire. — De même, les neveux du dé-

funt sont appelés, s'il ne laisse ni frères ni sœurs. Donc la différence entre l'agnation et la cognation, au deuxième degré, et même au troisième s'il s'agit de neveux, est supprimée en matière de succession. — Toutefois les oncles et tantes maternels du défunt, qui sont aussi au troisième degré, ne viennent encore à la succession que comme cognats; de même, les oncles et tantes paternels du défunt, qui ont été émancipés, ne viennent aussi à la succession que comme cognats. Ce n'est que par la novelle 118 qu'ils seront appelés au rang d'agnats.

3° D'après l'ancien droit civil, il n'y avait pas dévolution d'un degré à l'autre dans l'ordre des agnats. (N° 1694.) Justinien supprime cette règle : l'agnat le plus proche ne pouvant ou ne voulant faire adition, la succession sera offerte à l'agnat du degré suivant. En décidant qu'à l'avenir il y aura dévolution de la succession d'un degré à l'autre, Justinien fait remarquer que la dévolution de la charge de la tutelle avait toujours eu lieu, de sorte que, si l'agnat du premier degré appelé à la tutelle d'un pupille faisait défaut, la charge de la tutelle passait à l'agnat du second degré :

§ 7. « Il avait été admis que, dans cet ordre, il n'y aurait pas dévolution; en d'autres termes, bien que le plus proche agnat qui, avons-nous dit, était appelé à l'hérédité, eût répudié l'hérédité ou fût venu à mourir avant d'avoir fait adition, ceux du degré suivant n'étaient pas admis par le droit civil. Mais les préteurs, corrigeant ce droit imparfait, ne les laissaient pas sans secours, et les appelaient dans l'ordre des cognats, puisque le droit d'agnation leur était refusé. Quant à nous, désireux qu'il ne manque aucune perfection à la législation, nous avons ordonné, par une constitution publiée dans une pensée d'humanité sur le droit de patronage, que la dévolution dans les hérédités des agnats ne leur serait pas refusée; il était en effet assez absurde qu'un droit ouvert aux cognats par le préteur fût refusé aux agnats, surtout lorsque, quant à la charge de la tutelle, le premier degré faisant défaut, celle-ci passait au second degré; de sorte que l'on n'admettait pas, pour l'émolument, la règle suivie pour les charges. »

Lorsque Justinien eut aboli la règle « *Successio graduum non est* » dans l'ordre des agnats, il est probable qu'il la supprima aussi dans l'ordre des *sui heredes*.

1703. Y avait-il *successio graduum* au profit des descendants de l'émancipé, dans l'ordre des héritiens siens? L'émancipé, n'étant pas *suus heres* de son père, doit obtenir la *bonorum possessio unde liberi* pour arriver à la succession. (N° 1656.) S'il néglige de la demander, son fils peut-il la demander? Il est probable qu'il ne le peut pas. En effet, la *bonorum possessio contra tabulas* présente pour les émancipés, en cas de succession testamentaire, le même avantage que la *bonorum possessio unde liberi* leur procure dans la succession *ab intestat*. Or le fils de l'émancipé ne pouvait pas deman-

der la *bonorum possessio contra tabulas*, lorsque son père négligeait de la demander. Il est probable qu'il devait en être de même pour la *bonorum possessio unde liberi*. « *Si quis filium, quem in potestate habuit, instituerit heredem vel exheredaverit, et ex eo nepotem omiserit, bonorum possessioni locus non est, quia non esset nepos suus heres futurus.* » Si quelqu'un a institué ou exhérédé un fils qu'il *a eu* sous sa puissance (c'est-à-dire un fils émancipé), et a omis son petit-fils, né de ce fils, il n'y a pas lieu à la possession de biens, parce que le petit-fils ne devait pas être héritier sien. » — Mais il est probable qu'à partir de la constitution de Justinien, qui abolit la règle « *Successio graduum non est* », et qui admet la dévolution de degré à degré, il y eut *successio graduum* pour le fils de l'émancipé.

Il est probable aussi que la dévolution de degré à degré fut admise pareillement, à partir de la constitution de Justinien, pour les descendants des filles.

II. — **Agnats assimilés : parents en ligne directe.**

(ASCENDANTS ET DESCENDANTS DU DE CUJUS)

1704. Dans l'ordre des agnats, on a fait successivement entrer certains parents en ligne directe, savoir : 1° le père émancipateur, pour l'appeler à la succession du fils émancipé ; 2° la mère, pour l'appeler à la succession de ses descendants (S.-C. Tertullien) ; 3° et réciproquement les descendants de la mère, pour les appeler à la succession de cette dernière (sénatus-consulte Orphitien).

1° *Parens manumissor.* — *Ascendants paternels.*

1705. Jusqu'à présent nous nous sommes occupés de la succession légitime, laissée par un ingénu, *pater familias*, qui n'a jamais subi aucune *capitis deminutio*, et qui, comme nous l'avons vu, peut avoir trois ordres d'héritiers siens : les *sui*, les agnats et les *gentiles*. Nous allons nous occuper maintenant de la succession d'un ingénu qui a été émancipé.

1706. Le fils de famille, une fois émancipé, devenu *sui juris*, peut se constituer un patrimoine propre. Lorsqu'il mourra *intestat*, quels seront ses héritiers ? Si, à sa mort, il a des enfants, il aura pour héritiers ses enfants, qui seront ses héritiers siens. Mais il ne pourra avoir pour héritiers ni des agnats ni des *gentiles*, parce que la *capitis deminutio*, qu'il a encourue par son émancipation, a détruit les liens d'agnation et de *gentilitas* qui, avant son émancipation, l'unis-

saient à ses agnats et à ses *gentiles*. — Si l'émancipé meurt sans enfants, à qui donc appartiendra sa succession *ab intestat* ? D'après la loi des Douze-Tables, lorsqu'un affranchi mourait intestat et sans enfants, la succession appartenait à son patron et, à défaut du patron, aux enfants du patron. Par analogie, on avait admis que celui qui émancipait un enfant devait être considéré, en quelque sorte, comme son patron, et aurait le droit de lui succéder, lorsque l'émancipé mourrait intestat et sans enfants. Toutefois, si l'émancipateur fut bien considéré comme le patron de l'émancipé, les enfants de l'émancipateur ne furent pas traités comme les enfants du patron, et n'eurent pas droit à la succession de l'émancipé.

1707. Nous avons vu que, dans l'ancien droit romain, l'émancipation d'un fils se faisait par trois mancipations, et qu'après la troisième mancipation le fils se trouvait sous le *mancipium* du troisième *coemptionator*. Si ce troisième *coemptionator* l'affranchissait du *mancipium*, c'était lui qui était considéré, en quelque sorte, comme le patron de l'émancipé, et qui avait le droit de succéder à l'émancipé mort intestat et sans enfants. Mais nous savons que, le plus souvent, le père, au moment de la troisième mancipation, avait soin, pour se réserver le droit de tutelle et de succession, de faire un contrat de fiducie, par lequel le troisième *coemptionator* s'obligeait à remanciper l'enfant à son père. Ensuite le père, ayant acquis sur son fils le *mancipium* par la remancipation à lui faite par le tiers *coemptionator*, pouvait l'affranchir du *mancipium*, et était considéré comme son patron. Dans ce cas, c'était le père émancipateur qui avait le droit de succéder à l'émancipé, lorsque l'émancipé mourait intestat et sans enfants. (N° 585, 1°.) — Si, à la mort du fils émancipé, le *parens* émancipateur est déjà mort, ses enfants, frères et sœurs de l'émancipé, ne viennent pas à la succession de l'émancipé.

Si le contrat de fiducie n'avait pas été fait, c'était le tiers *manumissor* qui avait le droit de succession sur les biens de l'émancipé. Mais le préteur venait au secours du père, qui avait négligé de faire le contrat de fiducie. En effet, le préteur préférait au *manumissor extraneus* dix personnes, *decem personæ*, parmi lesquelles se trouvait le père de l'émancipé.

1708. Nous savons qu'à l'époque de Justinien l'émancipation se fait par une simple déclaration des volontés du père et du fils devant le magistrat. (N° 585, 2°.) Il n'y a plus ni mancipations ni contrat de fiducie. Mais, pour conserver au *parens* émancipateur le droit de succession résultant autrefois du contrat de fiducie, Justinien décide qu'on sous-entendra ce contrat de fiducie dans l'éman-

cipation. C'est ce que Justinien nous apprend dans le § 8 du titre II du livre III, aux *Institutes* :

§ 8. « Est aussi appelé à la succession légitime l'ascendant qui émancipe son fils, son petit-fils, sa petite-fille ou autre descendant, avec contrat de fiducie; ceci a été modifié par notre constitution, en ce sens que les émancipations des enfants sont toujours censées faites avec contrat de fiducie, tandis que, chez les anciens, le contrat de fiducie devait être formellement exprimé. »

1709. Jusqu'à Justinien, quels sont les droits de succession du *parens* émancipateur sur les biens de ses enfants émancipés, morts intestats ? — Il faut distinguer entre le fils émancipé et la fille émancipée.

1710. Lorsqu'un fils émancipé meurt intestat, s'il laisse des enfants, fils ou filles ou autres descendants, ses enfants lui succèdent en qualité d'héritiers siens. S'il meurt sans descendants, le *parens* émancipateur prend toute la succession, à l'exclusion de ses propres enfants, frères ou sœurs de l'émancipé.

1711. Lorsqu'une fille émancipée meurt sans testament, si elle laisse des enfants, fils ou filles, ces enfants ne sont pas ses héritiers siens, parce qu'une femme ne peut avoir d'héritiers siens. En conséquence, le *parens* émancipateur prend la succession de sa fille émancipée, à l'exclusion des enfants de cette fille émancipée et à l'exclusion de ses propres enfants, frères ou sœurs de cette fille émancipée. — Mais les empereurs Gratien, Théodose et Valentinien décidèrent que le *parens* émancipateur serait exclu par les enfants et descendants de la fille émancipée, comme il l'était déjà par les enfants et descendants de son fils émancipé : « Toutes les fois qu'il s'agit de la succession d'un fils émancipé ou d'une fille émancipée, la succession est déférée pour le tout à leurs enfants, et aucune hérédité *ab intestat* du défunt ou de la défunte n'est concédée au père ni à la mère. » (L. 4. C. 6. 57.)

1712. Malgré cette décision, le *parens* émancipateur vient toujours à la succession *ab intestat* de son fils émancipé ou de sa fille émancipée, morts sans enfants, à l'exclusion de ses propres enfants, frères ou sœurs de son fils émancipé ou de sa fille émancipée. Plus tard seulement Justinien décide : 1° que si le fils émancipé ou la fille émancipée meurt sans testament, laissant son père et des frères et sœurs, les frères et sœurs prendront la pleine propriété de tous les biens de l'hérédité, tandis que le *parens* émancipateur prendra seulement l'usufruit de ces mêmes biens (L. 13, § 1. C. 6, 58) ; — 2° que si le fils émancipé ou la fille émancipée meurt sans testament, laissant son père, sa mère et des frères et sœurs, le père aura l'usufruit d'un tiers de la succession, la mère l'usufruit

d'un autre tiers; les frères et sœurs auront l'usufruit du troisième tiers et la nue propriété de tous les biens de l'hérédité. (L. 7, § 1. C. 6, 56.)

1713. APPENDICE : DE LA SUCCESSION D'UN FILS MORT EN PUISSANCE PATERNELLE. — La succession du fils de famille se rencontre assez tard dans la législation romaine, parce que, pendant longtemps, les fils de famille, soumis à la puissance paternelle, n'acquéraient rien pour eux-mêmes. Ne pouvant se constituer un patrimoine propre, ils ne pouvaient laisser aucune hérédité. Mais nous savons qu'il fut ensuite admis que les fils de famille seraient propriétaires des biens compris dans certains pécules. Nous allons rechercher s'il pouvait y avoir lieu à succession *ab intestat*, relativement aux divers pécules des fils de famille.

1714. *Pécule castrense.* — Lorsque le pécule *castrense* eut été imaginé, les fils de famille eurent le droit d'en disposer par testament. Dès lors, ils purent laisser une hérédité testamentaire comprenant les biens de leur pécule *castrense*. Mais, jusqu'à Justinien, si le fils de famille était mort sans avoir disposé de son pécule *castrense*, le père reprenait les biens de ce pécule, non *jure successionis*, mais *jure peculii*, en vertu de la puissance paternelle. (L. 2. D. 49, 17.) Dans ce cas, les jurisconsultes romains disaient que la puissance paternelle du père quant aux biens, endormie pendant l'existence du fils de famille, se réveillait à la mort de ce dernier, de sorte que, par l'effet d'une espèce de *postliminium*, le père était censé avoir toujours été propriétaire des biens compris dans le pécule *castrense*. Le jurisconsulte Ulpien présente une application de cette idée dans l'hypothèse suivante : un fils de famille a un pécule *castrense;* or son père lègue *per vindicationem*, à un tiers, un esclave compris dans le pécule *castrense* de son fils. Ce legs est-il valable? Oui, si le fils meurt avant son père, sans avoir disposé de son pécule *castrense* par testament; car, dit le jurisconsulte Ulpien, lorsque le fils n'use pas de son droit de disposer, par testament, de son pécule *castrense*, le père est censé avoir eu rétroactivement la propriété de l'esclave compris dans le pécule : « *Servum filii sui, castrensis peculii, legare pater potest; et, si vivo patre mortuus sit filius, et apud patrem peculium remansit, consisti legatum; cum enim filius jure suo non utitur, retro creditur pater dominium in servo peculiari habuisse.* Un père peut léguer un esclave du pécule *castrense* de son fils; et si, du vivant du père, le fils meurt et que le pécule reste au père, le legs est valable. En effet, lorsque le fils n'use pas de son droit, le père est censé avoir eu rétroactivement la propriété sur l'esclave du pécule. » (L. 44, pr. *De legatis*

1°. D. 30, I.) Si le fils avait disposé de son pécule *castrense* par testament, le legs fait par le père serait nul, car, alors, le pécule ne revenant pas au père, le père se trouverait avoir légué la chose d'autrui.

1715. Tel était le droit antérieur à Justinien. Mais ce dernier décide que le père ne prendra le pécule *castrense* qu'autant que le fils de famille, mort intestat, ne laissera ni enfants, ni frères, ni sœurs, et qu'alors il prendra le pécule *jure communi*. (*Instit.*, II, XII, *princ.*) Que faut-il entendre par ces mots *jure communi?* Certains interprètes pensent qu'ils signifient *jure peculii* : par droit de pécule ; d'autres pensent qu'ils signifient *jure successionis* : par droit de succession. Quel est l'intérêt pratique de la question? 1° Si le père est appelé *jure successionis*, et s'il fait adition de l'hérédité de son fils, il sera tenu indéfiniment, même sur ses propres biens, de toutes les dettes de son fils ; s'il est au contraire appelé *jure peculii*, il ne sera tenu des dettes du fils que jusqu'à concurrence de la valeur du pécule ; — 2° si le père est appelé *jure successionis*, il aura la *petitio hereditatis*, pour réclamer en bloc les biens du pécule *castrense* ; s'il est appelé *jure peculii*, il n'aura que la *rei vindicatio* pour revendiquer séparément chaque bien composant le pécule. (N° 1249, 5°.) — Je crois que les mots *jure communi* signifient *jure successionis*. En effet, Justinien n'appelle le père à prendre le pécule *castrense* de son fils, mort intestat, qu'autant que le fils ne laisse ni enfants, ni frères ni sœurs. Or les enfants, les frères et les sœurs sont appelés *jure successionis* ; il est probable que Justinien, en appelant le père, après les enfants et les frères ou sœurs, a entendu appeler aussi le père *jure successionis*. Du reste, le droit de succession est le droit commun en matière d'hérédité ; le *jure peculii* est un droit exceptionnel. — Au surplus, cette question de savoir si le père reprenait le pécule *castrense*, *jure peculii* ou *jure successionis*, ne peut faire doute que jusqu'à la novelle 118 ; car il est certain que la novelle 118 considère le père, prenant les biens du pécule *castrense*, comme un héritier.

1716. *Pécule quasi castrense.* — Quant au pécule *quasi castrense*, des constitutions de divers empereurs avaient accordé à des fils de famille, dans certains cas, par faveur spéciale, le droit d'en disposer par testament. Ce n'est que Justinien qui accorda à tous les fils de famille le droit de disposer par testament de leur pécule *quasi castrense*. (*Instit.*, II, XI, § 6. — N° 1247.) Que devenait le pécule *quasi castrense*, lorsque le fils de famille était mort sans en avoir disposé par testament? Comme le pécule *quasi castrense* est régi, en général, par les mêmes règles que le pécule *castrense*, il est probable qu'on décidait, avant Justinien, que le père le reprenait toujours *jure pe-*

culii; et, à partir de Justinien, qu'il le reprenait (si le fils ne laissait ni enfants, ni frères ni sœurs) *jure communi*, c'est-à-dire soit à titre de succession, soit à titre de pécule, suivant l'opinion qu'on adopte sur le sens de ces mots : *jure communi*.

1717. *Pécule adventice.* — Nous savons que le pécule adventice ne comprit d'abord que les biens acquis par les fils de famille dans la succession de leur mère; plus tard, on y fit entrer les biens que les fils de famille avaient recueillis dans la succession de leurs ascendants maternels, et les biens qu'ils avaient reçus de leur conjoint; enfin, à l'époque de Justinien, le pécule adventice comprend tout ce que les fils de famille acquièrent en dehors de la fortune du père, *aliunde ex re patris*. Le chef de famille a l'usufruit des biens adventices de ses fils de famille.

1718. Les fils de famille n'ont jamais eu, même du temps de Justinien, le droit de disposer par testament de leurs biens adventices : les fils et filles de famille, quant à leurs biens adventices, mouraient donc forcément intestats : leur père s'emparait toujours de ces biens, *jure peculii.*

1719. Mais ce droit, pour le père, de prendre les biens adventices de son fils décédé ou de sa fille décédée, fut successivement limité. En 439, les empereurs Théodose et Valentinien décidèrent que, si le fils ou la fille de famille mourait laissant des enfants, les biens que le fils aurait reçus de sa femme par donation *ante nuptias*, comme les biens que la fille aurait reçus de son mari en dot, en un mot les *lucra nuptialia*, appartiendraient par droit de succession à leurs enfants. De plus, ces empereurs décidèrent que, si un petit-fils ou une petite-fille mourait sans enfants, les *lucra nuptialia*, compris dans le pécule adventice du petit-fils ou de la petit-fille, appartiendraient, par droit de succession, à leur père, par préférence au grand-père qui a la puissance paternelle. Toutefois le grand-père en aura l'usufruit. Au surplus, voici la constitution des empereurs Théodose et Valentinien : « Il a été décidé par des lois antérieures que ni la donation *ante nuptias* ni la dot ne seraient acquises au père, par le fils ou la fille soumis à sa puissance. Tout en confirmant cette disposition, nous ajoutons que, si le fils ou la fille meurent, étant encore en puissance paternelle de leur père, et laissant des enfants, les biens de la donation *ante nuptias* et de la dot seront transmis à leurs enfants par droit d'hérédité, et non à leur père par droit de pécule. Les biens de la donation *ante nuptias* et de la dot ne sont pas non plus acquis par les petits-enfants à leur aïeul. — En conséquence, si un petit-fils meurt, son père et son aïeul paternel étant survivants, les biens qu'il aura acquis de sa mère ou d'un parent de la ligne

maternelle appartiendront, non à l'aïeul, mais au père, l'usufruit, dans ce cas, étant seulement réservé à l'aïeul. » (L. 3. C. 6, 61.)

1720. La dernière partie de cette constitution a été évidemment modifiée par les compilateurs du Code pour la mettre en harmonie avec la législation de Justinien, parce qu'au temps des empereurs Théodose et Valentinien, les biens, que le fils ou le petit-fils, la fille ou la petite-fille ont acquis de leur mère ou d'un autre ascendant maternel, n'étaient pas encore soumis à un droit de succession *ab intestat*. Ce n'est que Justinien qui les a rendus susceptibles d'être transmis par succession *ab intestat*. Il faut donc restreindre la fin de cette constitution aux *lucra nuptialia*. Du reste, la première partie de la constitution ne parle, en effet, que des *lucra nuptialia*, c'est-à-dire de la donation *ante nuptias* et de la dot.

1721. Par une constitution de l'an 469, les empereurs Léon et Anthémius restreignirent encore le droit de succession du *parens*, ayant la puissance paternelle, sur les *lucra nuptialia* de son descendant, en décidant que le *parens* ne succéderait aux *lucra nuptialia* qu'autant que le descendant défunt ne laisserait ni descendants, ni frères, ni sœurs, germains, consanguins ou utérins. Lorsque les descendants ou les frères et sœurs du défunt succèdent aux *lucra nuptialia*, l'ascendant n'a droit qu'à l'usufruit de ces *lucra nuptialia*. Voici la traduction du texte de cette constitution des empereurs Léon et Anthémius : « Quels que soient les biens parvenus au fils ou à la fille, aux petits-enfants ou arrière-petits-enfants des deux sexes soumis à la puissance paternelle et nés d'un premier, second, troisième ou subséquent mariage, à titre de dot, de donation quelconque, d'hérédité, de legs ou de fidéicommis, le père, l'aïeul ou le bisaïeul en aura l'usufruit jusqu'à sa mort ; mais la faculté d'aliéner ces biens, de les engager ou de les hypothéquer leur est complétement interdite, la propriété devant rester au fils, petit-fils, arrière-petit-fils... A la mort de l'un de ces descendants, les biens doivent passer à ses enfants ou autres descendants, s'il en existe ; s'il n'y en a pas, ces biens passeront aux frères et sœurs survivants, nés du même mariage que le défunt, et enfin aux frères et sœurs nés d'un autre mariage... » (L. 4. C. 6, 61.) — Il est évident que cette constitution a encore été modifiée par les compilateurs du Code, pour la mettre en harmonie avec la législation de Justinien. En effet, cette constitution, telle qu'elle est reproduite au Code de Justinien, attribue aux descendants et aux frères et sœurs d'un fils de famille défunt ou d'une fille de famille défunte, par préférence au *parens*, la succession, non-seulement des *lucra nuptialia*, mais encore la succession des biens acquis par le fils ou la fille de

famille par donation quelconque, hérédité, legs ou fidéicommis. Or la constitution originale des empereurs Léon et Anthémius ne devait s'appliquer qu'aux *lucra nuptialia*, car ce n'est que Justinien qui a soumis à un droit de succession *ab intestat* les biens acquis par les enfants dans la succession de leur mère ou autre ascendant maternel. Cette constitution des empereurs Léon et Anthémius ne s'appliquait donc encore qu'aux *lucra nuptialia*.

En effet, par une constitution de l'an 529, Justinien décide que, quant aux biens provenant aux descendants de la succession de leur mère ou autres ascendants maternels, ils seront dévolus d'après les mêmes règles qui s'appliquaient auparavant aux *lucra nuptialia* : « De même que, quant aux biens acquis aux enfants à l'occasion de leur mariage, un ordre certain de succession a été établi par les sacrées constitutions, de sorte que, si un descendant meurt, les biens qu'il a acquis à l'occasion de son mariage sont attribués à ses enfants ou petits-enfants, et, à défaut de ceux-ci, à ses frères nés du même mariage, et, s'il n'y en a pas, à ses frères nés d'un autre mariage, et, s'il n'y en a auçun, au père ; de même nous ordonnons que le même ordre de succession soit appliqué aux biens provenant aux enfants de leur ligne maternelle, à quelque occasion que ce soit : entre-vifs, ou par disposition testamentaire, ou *ab intestat*... » (L. 11. C. 6, 59.)

1722. Ainsi, ce n'est que Justinien qui a attribué aux enfants ou descendants, et aux frères et sœurs d'un fils de famille ou d'une fille de famille, par préférence aux ascendants paternels, la succession des biens provenant, au fils ou à la fille de famille, de sa mère ou autres ascendants maternels, par donation entre-vifs, par testament, ou par succession *ab intestat*. De plus, nous savons qu'au temps de Justinien tout ce qui est acquis par un fils ou par une fille de famille, en dehors de la fortune du père, *aliunde ex re patris*, fait partie du pécule adventice. Or Justinien décide que tous les biens du pécule adventice appartiendront, par droit de succession, d'abord aux enfants ou descendants du fils de famille décédé ou de la fille de famille décédée, et, à défaut de ceux-ci, à ses frères et sœurs, germains, consanguins ou utérins; le *parens* n'a droit qu'à l'usufruit. Ce n'est qu'autant que le fils ou la fille de famille meurt sans enfants, ni frères, ni sœurs, que le *parens* succède à la pleine propriété des biens du pécule adventice. (L. 6, pr., § 1, § 2. C. 6, 61.)

2° *Du sénatus-consulte Tertullien.* (*Inst.*, III, III.) *Droit de la mère à la succession de ses enfants.*

1723. D'après l'ancien droit civil, la mère n'était pas appelée

à la succession *ab intestat* de ses enfants, parce que la mère et les enfants n'étaient pas dans la même famille civile. Il n'y avait qu'un cas où la mère pouvait se trouver dans la même famille civile que ses enfants, et venir à leur succession *ab intestat*, c'est lorsqu'elle était *in manu mariti*, cas auquel elle venait à la succession de ses enfants comme agnate, étant considérée vis-à-vis d'eux comme sœur consanguine. (Gaïus, III, § 24.) — En dehors de ce cas, la mère pouvait arriver à la succession de ses enfants, *jure prætorio*, au moyen de la *bonorum possessio unde cognati*. Mais cette *bonorum possessio* ne lui était utile qu'autant qu'il n'y avait personne pouvant demander la *bonorum possessio unde liberi*, ou la *bonorum possessio unde legitimi* :

Pr. « La loi des Douze-Tables se servait d'un droit tellement strict, qu'elle préférait la descendance des mâles, et excluait ceux qui n'étaient unis que par les liens du sexe féminin, si bien qu'elle ne donnait pas, entre la mère et son fils ou sa fille, le droit de prendre réciproquement la succession l'un de l'autre; toutefois les préteurs appelaient ces personnes à la succession, mais seulement en vertu de leur proximité de cognats, au moyen de la *bonorum possessio unde cognati*. »

1724. Justinien nous apprend que l'empereur Claude, par faveur spéciale, avait appelé une mère à la succession de ses enfants :

§ 1. « Mais, plus tard, ces limites étroites du droit furent élargies. En effet, le divin Claude, le premier, déféra à une mère l'hérédité légitime de ses enfants, pour la consoler de leur perte. »

1725. Ce n'est que par le sénatus-consulte Tertullien que la mère fut définitivement appelée à la succession de ses enfants. Mais ce n'est que la mère, et non l'aïeule, que le sénatus-consulte Tertullien appelle ainsi à la succession des enfants. — Le sénatus-consulte Tertullien a été fait dans le même esprit que les lois caducaires, c'est-à-dire dans un esprit d'encouragement à la procréation des enfants. En effet, d'après ce sénatus-consulte, pour que la mère puisse venir à la succession de ses enfants, il faut qu'elle ait le *jus liberorum*, c'est-à-dire, il faut qu'elle ait mis au monde au moins trois enfants, si elle est ingénue, et quatre, si elle est affranchie. Il suffit d'ailleurs qu'il y ait eu trois ou quatre accouchements, pourvu que les enfants soient nés vivants et viables (Paul, *Sent.*, IV, IX, § 1.) — Il est possible qu'une mère, ayant trois enfants, n'ait pas le *jus liberorum*, ce qui arrive lorsqu'elle a accouché de trois enfants jumeaux, nés en même temps, à moins qu'il n'y ait eu un certain intervalle entre la naissance de ces trois enfants : « *Quæ semel uno partu tres filios edidit, jus liberorum non consequitur; non enim ter peperisse, sed semel partum fudisse videtur, nisi forte per intervalla*

parial. » (Paul, *Sent.*, IV, IX, § 2.) Cette espèce improbable méritait peu l'attention du jurisconsulte.

1726. Quelquefois l'empereur, par faveur spéciale, accordait à une femme le *jus liberorum*, de sorte que, si elle n'avait qu'un seul enfant, la concession du *jus liberorum* lui donnait le droit de succéder à cet enfant; si elle avait deux enfants, la concession du *jus liberorum* lui donnait le droit de succéder à ces deux enfants. (Paul, *Sent.*, IV, IX, § 9.)

1727. La mère succède à ses enfants, lors même qu'elle est *alieni juris;* mais, dans ce cas, elle ne peut faire adition d'hérédité que sur l'ordre de son chef de famille :

§ 2. « Ensuite, par un sénatus-consulte Tertullien, fait au temps du divin Adrien, il a été décidé, relativement à la triste succession des enfants, qu'elle sera déférée à la mère, mais non à l'aïeule; de manière que la mère, ingénue, ayant trois enfants, l'affranchie quatre, sera admise aux biens de ses fils ou filles mourant sans testament, quand même elle serait sous la puissance paternelle, pourvu que, lorsqu'elle est en puissance paternelle, elle ne fasse adition de l'hérédité que sur l'ordre de celui à la puissance duquel elle est soumise. »

1728. D'après ce § 2, le sénatus-consulte Tertullien aurait été fait pendant le règne d'Adrien, ce qui fixerait la date de ce sénatus-consulte au plus tard à l'année 138 de l'ère chrétienne, date de la mort d'Adrien. Cependant Gaïus, qui vivait du temps d'Adrien, et qui a survécu à cet empereur, ne parle pas de ce sénatus-consulte. Au contraire, Gaïus dit formellement que la mère n'est pas appelée à la succession de ses enfants, et qu'elle ne peut y venir que comme cognate, en vertu de l'édit du préteur. (Gaïus, III, § 24, § 25.) Évidemment, Gaïus ne se fût pas exprimé de la sorte, si le sénatus-consulte Tertullien eût existé de son temps; aussi s'accorde-t-on généralement à dire que le sénatus-consulte Tertullien a été émis pendant le règne d'Antonin le Pieux, fils adoptif d'Adrien, vers l'an 158 de l'ère chrétienne.

1729. La mère succède à ses enfants *vulgo concepti*, et à ses enfants nés d'un concubinat, aussi bien qu'à ses enfants légitimes :

§ 7. « Bien qu'un fils ou une fille soient nés d'un père inconnu, la mère peut être admise à leur succession en vertu du sénatus-consulte Tertullien. »

1730. A quel rang la mère est-elle appelée, par le sénatus-consulte Tertullien, à la succession de ses enfants ? Il faut distinguer si son enfant défunt est un fils ou une fille :

1° L'enfant défunt est un fils, *pater familias, sui juris;* il peut avoir des *sui heredes*, même adoptifs. S'il en a, ils excluent la mère : « *Liberi defuncti, sui quidem obstabunt matri ejus, tam virilis sexus quam fœminei, tam naturales, quam adoptivi, matremque excludunt.* »

(L. 2, § 6. D. 38, 17). — Si le fils défunt laisse des enfants que le préteur appelle au rang des héritiers siens, par la *bonorum possessio unde liberi*, c'est-à-dire des enfants émancipés, ils excluent la mère. — Si le fils défunt laisse un enfant qui se trouve *in adoptiva familia*, cet enfant ne peut venir à la succession par la *bonorum possessio unde liberi*, parce qu'il est dans une autre famille. Mais il est au moins cognat, et pourra venir à la succession de son père par la *bonorum possessio unde cognati;* à moins qn'il n'y ait des agnats du fils défunt, auquel cas leur présence écarte la *bonorum possessio unde cognati ;* et, alors, la mère du défunt peut venir à sa succession, par préférence aux agnats autres que les *consanguinei*. — S'il n'y a pas d'agnats, l'enfant du fils défunt, qui se trouve dans une famille adoptive, pourra dès lors venir à la succession par la *bonorum possessio unde cognati*, mais en concours avec sa mère, qui est aussi, comme lui, cognate du défunt au premier degré : ils se partageront la succession par moitié. (L. 2, § 9. D. 38, 17.)

2° L'enfant défunt est une fille. Elle ne peut avoir de *sui heredes*, parce que les femmes n'ont jamais la puissance paternelle. Toutefois, si la défunte a des enfants, ces enfants excluent sa mère, d'après certaines constitutions. (§ 3, 2e alin. de n. t.) — Si la fille meurt laissant son père et sa mère, le père exclut la mère ; mais la mère exclut l'aïeul paternel : « *Objicitur matri pater in utriusque bonis, tam filii, quam filiæ, sive heres, sive bonorum possessor existat. Sed neque avus, neque proavus, in Tertulliano, matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint.* Le père fait obstacle à la mère, pour les biens de l'un et de l'autre enfant, tant du fils que de la fille, qu'il soit héritier ou *bonorum possessor*, peu importe. Mais ni l'aïeul ni le bisaïeul ne nuisent à la mère, en cas d'application du sénatus-consulte Tertullien, bien qu'ils aient fait le contrat de fiducie. » (L. 2, § 15. D. 38, 17.) Ainsi, d'après ce texte, qui est d'Ulpien, l'aïeul et le bisaïeul, bien qu'ils aient fait le contrat de fiducie pour se réserver le droit de succession sur les biens de leur petit-fils, ou arrière petit-fils, qu'ils ont émancipé, ou sur les biens de leur petite-fille, ou arrière-petite-fille, qu'ils ont émancipée, ne peuvent écarter la mère, qui leur est préférée. — Quant au père, qu'il soit héritier ou *bonorum possessor*, c'est-à-dire qu'il vienne en vertu du droit civil ou en vertu du droit prétorien par la *bonorum possessio unde cognati*, il exclut toujours la mère, pourvu que, si le père vient à la succession par la *bonorum possessio unde cognati*, la *bonorum possessio* soit efficace, c'est-à-dire *cum re*. (§ 3, 3e alin. de n. t. — N° 1906.)

1731. Si un fils ou une fille meurt laissant sa mère, son père qui

est *in adoptiva familia*, et des agnats non consanguins, les agnats écartent le père, mais la mère l'emporte sur les agnats, en vertu du sénatus-consulte, et prend toute la succession, pourvu que les agnats ne soient pas consanguins : « *Si sit agnatus defuncti et naturalis pater sit in adoptiva familia, sit et mater ; admittimus matrem, quoniam patrem adgnatus exclusit.* S'il y a un agnat du défunt, le père qui est dans une famille adoptive, et la mère, nous admettons la mère, parce que l'agnat exclut le père. » (L. 2, § 17. D. 38, 17.) Au contraire, s'il n'y a pas d'agnats, le père, bien qu'il soit dans une famille adoptive, exclut la mère. (§ 3, 3e alin. de n. t.)

1732. Un fils (ou une fille) meurt laissant sa mère et des frères consanguins? Les frères consanguins excluent la mère et se partagent la succession par égales portions.

1733. Un fils (ou une fille) meurt laissant sa mère, des frères consanguins et des sœurs consanguines? Les frères consanguins excluent la mère, de sorte que les frères consanguins et les sœurs consanguines se partagent le succession par égales portions.

1734. Un fils (ou une fille) meurt laissant sa mère et une sœur consanguine, soit seules, soit avec le père qui a été émancipé ou donné en adoption? La mère et la sœur consanguine se partagent la succession par moitié, parce que la sœur consanguine, qui est agnate, exclut le père : « *Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus, vel emancipatus : si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatusconsulto una cum ea venire, patrem excludi placet. Si consanguinea repudiet, matrem ex senatus-consulto propter patrem non venire... Repudiante igitur consanguinea, bonorum possessionem habebit mater cum patre, quasi cognata. Sed et in hac moram patietur, nec ante accipiet bonorum possessionem, quam pater petierit, quoniam, omittente eo, potest ex senatusconsulto succedere.* S'il y a une sœur consanguine du défunt, la mère et le père adopté ou émancipé, si la consanguine veut avoir l'hérédité, il a été admis que la mère, en vertu du sénatus-consulte, vient avec elle, et que le père est exclu ; que si la consanguine répudie, la mère ne peut venir en vertu du sénatus-consulte, à cause de la présence du père... Or, la consanguine répudiant, la mère aura avec le père la *bonorum possessio*, comme cognate. Mais elle devra attendre et ne pas accepter la *bonorum possessio* avant que le père ne l'ait demandée, car, lui la négligeant, elle peut succéder en vertu du sénatus-consulte. » (L. 2, § 18. D. 38, 17.)

1735. Si la mère vient en concours avec plusieurs sœurs consanguines, je crois que la succession se partage entre la mère et les sœurs par égales portions, la mère prenant une part égale à celle

de chacune des sœurs. C'est ce qui me semble résulter de ce texte du jurisconsulte Paul : «... *Mater et filiæ, quantæ fuerint, æquales accipiunt portiones.* »

On voit que, dans la succession d'un fils ou d'une fille, le père, seul avec la mère, exclut toujours la mère. Le père, donné en adoption ou émancipé, est exclu par tout agnat ou agnate. La mère exclut tous les agnats, excepté les frères consanguins du défunt, qui l'excluent; mais elle n'est pas exclue par les sœurs consanguines, avec lesquelles elle partage.

1736. Toutes les règles, un peu compliquées, que je viens d'exposer, sont résumées dans le passage suivant d'Ulpien : « L'hérédité d'un intestat n'appartient pas à la mère d'après la loi des Douze-Tables; mais si elle a le *jus liberorum* (ingénue, ayant trois enfants, affranchie, quatre), elle est héritière légitime d'après le sénatus-consulte Tertullien; pourvu toutefois qu'à ce fils défunt il n'y ait ni héritier sien, ni un de ceux qui sont appelés par le préteur, par la *bonorum possessio*, parmi les héritiers siens, ni le père auquel l'hérédité ou la *bonorum possessio cum re* appartient, ni un frère consanguin. Que s'il y a une sœur consanguine, l'hérédité appartient à l'une et à l'autre » (Ulp., *Reg.*, XXVI, § 8):

§ 3. « Toutefois, sont préférés à la mère les enfants du défunt qui sont ses héritiers siens, soit du premier degré, soit d'un degré ultérieur. — Le fils et la fille d'une fille morte excluent, en vertu des constitutions, la mère de la défunte, c'est-à-dire leur aïeule. — Pareillement, le père d'un fils ou d'une fille, mais non l'aïeul, ni le bisaïeul, est préféré à la mère, lorsque le débat de l'hérédité ne s'agite qu'entre eux seuls. En effet, le frère consanguin d'un fils ou d'une fille excluait la mère; mais la sœur consanguine était admise en concours avec la mère. S'il y avait un frère et une sœur consanguins et la mère, ayant le *jus liberorum*, le frère excluait la mère, et l'hérédité appartenait par portions égales au frère et à la sœur. »

1737. En résumé, d'après ce qui précède, on voit que la mère ne vient à la succession de son fils ou de sa fille qu'autant que le fils ou la fille ne laisse pas d'enfants. Lorsque le fils ou la fille ne laisse pas d'enfants, la mère vient à la succession au rang des agnats autres que les frères consanguins. Ainsi le préteur lui donne, s'il y a lieu, la même *bonorum possessio* qu'aux agnats, la *bonorum possessio unde legitimi*. Quant au père, il exclut la mère. Lorsque le père est émancipé ou adopté, il n'exclut la mère qu'à défaut d'agnats. S'il y a des agnats frères consanguins, ils excluent la mère ; si ce sont des sœurs consanguines, la mère partage avec elles ; si ce sont d'autres agnats, ou s'il y a un aïeul paternel, la mère les exclut et prend toute la succession.

1738. Si la mère, appelée par le sénatus-consulte Tertullien,

répudie ou meurt avant d'avoir fait adition, la succession est dévolue à l'agnat qui se trouve être l'agnat le plus proche au moment de sa répudiation ou de sa mort ; de sorte que, contrairement à l'ancienne règle : *Successio graduum non est*, il y a dévolution d'un degré à l'autre, dans l'ordre des agnats. (L. 2. § 20, § 22. D. 38, 17.) A l'inverse, si ceux qui peuvent exclure la mère répudient, la mère vient à la succession, en vertu du sénatus-consulte Tertullien. (L. 2, § 18, § 19. D. 38, 17.)

1739. *Remarque.* — La mère, on vient de le voir, qui prime tous les agnats autres que le *consanguineus* et la *consanguinea*, et qui reçoit du préteur la *bonorum possessio unde legitimi* (la même qu'il donne aux agnats), est donc aussi complétement que possible assimilée aux agnats. Toutefois, bien que le principe de dévolution soit exclu, comme nous l'avons vu, de la succession agnatique, la mère recevra, *par dévolution*, la succession répudiée par le *consanguineus*, et transmettra également *par dévolution*, si elle répudie, la succession à l'agnat suivant.

On ne distingue pas pour l'application du sénatus-consulte Tertullien entre les enfants légitimes ou naturels de la mère ; la mère ne vient en effet qu'en vertu du lien *naturel* qui la relie à ses enfants.

1740. Le sénatus-consulte Tertullien a été modifié successivement par une constitution de Constantin et par une constitution de Théodose et Valentinien :

1° D'après le sénatus-consulte Tertullien, lorsque la mère, n'ayant pas le *jus liberorum*, se trouvait en présence d'un agnat, elle était complétement exclue, lors même que cet agnat n'était pas un frère consanguin du défunt. Constantin décide que la mère, bien qu'elle n'ait pas le *jus liberorum*, se trouvant en présence d'un agnat du troisième degré ou d'un degré plus éloigné, par exemple, en présence d'un oncle paternel du défunt, ou en présence d'enfants d'un oncle paternel, prendra un tiers de la succession de son enfant. Que si elle a le *jus liberorum*, et se trouve en présence d'un oncle paternel, ou des enfants de l'oncle paternel, ou d'agnats d'un degré plus éloigné, quand même ils auraient perdu la qualité d'agnats par une émancipation, elle prendra les deux tiers de la succession ; l'oncle paternel, son fils ou petit-fils prendra un tiers, tandis que, d'après le sénatus-consulte Tertullien, l'oncle, son fils ou petit-fils, eût été exclu par la mère ayant le *jus liberorum*. (L. 1. C. Th., 5, 1.)

2° Une constitution de Théodose et Valentinien décide : 1° que la mère, n'ayant pas le *jus liberorum*, et se trouvant en présence d'un oncle paternel, prendra, non plus le tiers, mais les deux tiers de la succession de son enfant ; — 2° que la mère, ayant le *jus liberorum*,

et se trouvant en présence d'un frère émancipé de l'enfant-défunt, doit laisser au frère émancipé le tiers de la succession. (L. 7. C. Th. 5, 1.)

1741. *Innovations de Justinien.* — Justinien supprime, pour la mère, la nécessité d'avoir le *jus liberorum* pour venir à la succession de ses enfants. Dès lors, la mère, n'eût-elle qu'un enfant, s'il vient à mourir, elle pourra lui succéder (L. 2. C. 8, 59) :

§ 4. « Mais nous, par une constitution que nous avons insérée dans le Code décoré de notre nom, tenant compte de la nature, des dangers de l'enfantement et de la mort, qui souvent en résulte pour les mères, nous avons pensé qu'il fallait subvenir à la mère. Aussi nous avons cru qu'il était impie d'admettre contre elle un cas purement fortuit. En effet, si une ingénue n'avait pas enfanté trois enfants, une affranchie quatre, elle était injustement privée de la succession de ses enfants. En quoi a-t-elle péché, si elle a eu, non un grand nombre d'enfants, mais quelques-uns? Aussi nous avons accordé aux mères un droit légitime et complet, soit aux ingénues, soit aux affranchies, bien qu'elles n'aient pas enfanté trois ou quatre enfants, et qu'elles n'aient eu que celui ou celle que la mort leur a enlevé; et c'est de cette manière qu'elles seront appelées à la succession légitime de leurs enfants. »

1742. De plus, Justinien décide que la mère sera toujours préférée aux agnats, excepté aux frères et sœurs de l'enfant défunt. Si l'enfant meurt laissant sa mère et des sœurs agnates, la mère prend la moitié, et les sœurs se partagent l'autre moitié par égales portions. S'il y a des frères seulement et la mère, les frères et la mère partagent par têtes, la mère prenant une part égale à celle de chacun des frères. De même, s'il y a des frères, des sœurs et la mère, les frères, les sœurs et la mère partagent par têtes, prenant chacun une part égale (L. 7. C. 6, 56) :

§ 5. « Mais comme, auparavant, des constitutions, faites sur les droits de succession légitime, écartaient en partie la mère, et ne l'appelaient pas à l'hérédité entière, mais lui enlevaient, dans certains cas, un tiers qu'elles donnaient à certaines personnes légitimes, et dans d'autres cas faisaient le contraire, il nous a paru juste et naturel que la mère fût préférée à toutes ces personnes légitimes, et reçût, sans aucune diminution, la succession de ses enfants, à l'exception des frères et sœurs, qu'ils soient consanguins ou simplement cognats. De sorte que, de même que nous la préférons à l'ordre légitime, de même nous appelons avec elle, pour prendre l'hérédité, tous les frères et sœurs, agnats ou non; mais de telle sorte que, s'il y a seulement des sœurs agnates ou cognates, et la mère du défunt ou de la défunte, qui aient survécu, la mère a la moitié et toutes les sœurs ont l'autre moitié. Mais si un homme ou une femme meurt intestat, laissant sa mère et un frère ou des frères seuls, ou même avec eux des sœurs agnates ou simplement cognates, l'hérédité se partage par têtes. »

1743. Lorsque l'enfant meurt laissant son père, sa mère et des frères et sœurs, si l'enfant défunt était *sui juris*, le père et la mère prennent chacun un tiers de l'usufruit; la nue propriété de tous les biens et l'autre tiers de l'usufruit sont dévolus aux frères et sœurs. — Si l'enfant défunt était *alieni juris*, mort en puissance paternelle,

le père prend tout l'usufruit, la mère et les frères et sœurs partagent la nue propriété par têtes. — S'il n'y a que des sœurs et la mère, le père étant prédécédé, la mère prend la moitié. — S'il n'y a que le père et la mère, la mère est exclue en totalité par le père. (N^os^ 1712, 1722.)

1744. *Enfant mort impubère.* — La mère n'est appelée à la succession de son enfant mort impubère que si elle a, dans l'année qui suit l'événement donnant ouverture à la tutelle (*intra annum*), provoqué la nomination d'un tuteur ou le remplacement du tuteur exclu ou excusé. C'est le devoir que le sénatus-consulte Tertullien lui impose en échange de la faveur qu'il lui accorde. Si elle ne l'accomplit pas, elle est déchue, à moins toutefois qu'elle ne fût âgée de moins de vingt-cinq ans (cas auquel elle n'est pas réputée être en faute), ou que l'enfant n'ait atteint la puberté, événement qui relève la mère de la déchéance encourue (L. 2, § 23, § 43. D. 38, 17. — L. 2, § 2. D. 26, 6) :

§ 6. « Mais de même que nous avons pourvu à l'intérêt des mères, de même elles doivent pourvoir à l'intérêt de leurs enfants. Qu'elles sachent donc que si elles ne demandent pas, dans l'année, des tuteurs pour leurs enfants, ou si elles négligent d'en demander en remplacement de celui qui a été exclu ou excusé, elles seront repoussées, à bon droit, de la succession de ces enfant morts impubères. »

3° *Du sénatus-consulte Orphitien.* (*Inst.*, III, IV.) *Droit des enfants à la succession de leur mère.*

1745. D'après l'ancien droit civil, les enfants n'étaient pas appelés à la succession *ab intestat* de leur mère, parce que, *jure civili*, le droit de succession était basé sur les liens de la famille civile. Or les enfants, n'étant pas dans la même famille civile que leur mère, ne pouvaient lui succéder. Il n'y avait qu'un cas où les enfants se trouvaient dans la même famille civile que leur mère, et pouvaient venir à sa succession *ab intestat*, c'est lorsque leur mère était *in manu mariti*, cas auquel ils venaient à sa succession comme agnats, leur mère étant alors considérée, vis-à-vis d'eux, comme sœur consanguine. (Gaïus, III, § 24.)

1746. Quant au droit prétorien, il appelait les enfants à la succession de leur mère, au troisième ordre des successeurs prétoriens, par la *bonorum possessio unde cognati*. En effet, le premier ordre des successeurs prétoriens comprenait ceux que le préteur appelait au rang d'héritiers siens, et auxquels il donnait la *bonorum possessio unde liberi*. Le second ordre comprenait ceux que le préteur appelait au rang d'agnats, et auxquels il accordait la *bonorum possessio*

unde legitimi. Enfin le troisième ordre comprenait les cognats, auxquels il accordait la *bonorum possessio unde cognati*. Mais une femme ne peut pas avoir d'héritiers siens, car elle n'a jamais la puissance paternelle. Aussi, dans la succession d'une femme, le préteur n'a jamais à accorder la *bonorum possessio unde liberi*. Dès lors on peut dire que, *jure prætorio*, les enfants venaient à la succession de leur mère dans le second ordre des successeurs prétoriens d'une femme.

1747. Pendant le règne de Marc-Aurèle, le sénatus-consulte Orphitien vint appeler les enfants à la succession de leur mère. D'après ce sénatus-consulte, les enfants viennent à la succession de leur mère, aussi bien lorsqu'ils sont *alieni juris*, en puissance paternelle, que lorsqu'ils sont *sui juris*. S'ils sont *sui juris*, ils recueillent pour eux la succession de leur mère, et le père n'a que l'usufruit, non de toute la succession, mais d'une part virile seulement. (L. 3. C. 6, 60.) S'ils sont sous la puissance de leur père, ils recueillent bien encore la succession de leur mère, mais ils ne pourront faire adition que sur l'ordre de leur père, et acquerront la succession pour leur père, — excepté dans le dernier état du droit romain, où les biens acquis par les enfants, dans la succession de leur mère, entrent dans leur pécule adventice, le père n'en ayant plus que l'usufruit.

1748. A quel rang les enfants sont-ils appelés à la succession de leur mère, par le sénatus-consulte Orphitien? Ils sont préférés à tous les agnats, même aux frères consanguins et aux sœurs consanguines de leur mère défunte, même au père de leur mère qui l'aurait émancipée, même au patron de leur mère, si leur mère était affranchie. (L. 1, § 9. D. 38, 17.) Enfin, lorsqu'une femme meurt laissant des enfants et sa mère, ses enfants sont préférés à sa mère. De ce qui précède, il résulte que, de même que les enfants d'un homme sont ses héritiers en premier ordre, de même les enfants d'une femme sont ses héritiers en premier ordre, d'après le sénatus-consulte Orphitien :

Pr. « A l'inverse, il a été décidé par un sénatus-consulte Orphitien, pendant le consulat d'Orphitus et de Rufus, au temps du divin Marc-Aurèle, que les enfants seraient admis à la succession de leurs mères mortes intestates ; et l'hérédité légitime a été accordée tant au fils qu'à la fille, lors même qu'ils sont soumis à la puissance d'autrui, et ils sont préférés aux consanguins et aux agnats de leur mère décédée. »

1749. Quels sont les enfants qui sont appelés par le sénatus-consulte Orphitien à la succession de leur mère? Viennent à la succession de leur mère tous ses enfants, qu'ils soient légitimes ou naturels, c'est-à-dire nés d'un concubinat, ou même *vulgo concepti* :

§ 3. « Il faut savoir aussi que même les enfants nés d'un père inconnu sont admis par le sénatus-consulte à l'hérédité de leur mère. »

Toutefois, lorsque la mère est *illustris*, si elle a des enfants légitimes et des enfants *vulgo concepti*, Justinien décide que les enfants légitimes prendront toute la succession de leur mère, à l'exclusion des enfants *vulgo concepti*. (L. 5. C. 6, 57.)

1750. Mais le sénatus-consulte Orphitien n'appelle les enfants à la succession de leur mère qu'autant qu'ils sont citoyens romains ! « *Ad legitimam intestatæ matris hereditatem filii cives romani, non etiam Latini admittuntur; cives autem romanos eo tempore esse oportet quo ab iisdem hereditas aditur.* Les fils, citoyens romains, mais non Latins, sont admis à la succession *ab intestat* de leur mère; or il faut qu'ils soient Romains au moment où l'hérédité légitime est acceptée par eux. » (Paul, *Sent.*, IV, x, § 3.)

1751. Les enfants d'une femme, appelés à la succession de leur mère par le sénatus-consulte Orphitien, ne sont pas héritiers siens et nécessaires. En conséquence, ils n'acquièrent l'hérédité qu'en faisant adition : « *Filius maternam hereditatem, eamdemque legitimam nisi adeundo quærere non potest.* Le fils ne peut réclamer l'hérédité de sa mère, hérédité légitime, qu'en en faisant adition. » (Paul, *Sent.*, IV, x, § 4.)

1752. Si, parmi les enfants appelés à la succession de leur mère, quelques-uns répudient, leur part accroît à ceux qui ont fait adition. (V. § 4 de n. t.)

Si tous les enfants répudient, la règle : *Successio graduum non est*, ne s'applique pas. Au contraire, il y aura dévolution de degré à degré : la succession sera dévolue au plus proche agnat, ou au patron, ou au *parens* émancipateur de la défunte.

1753. Le sénatus-consulte Orphitien n'appelait ainsi à la succession d'une femme, par préférence aux agnats, que ses enfants, fils ou filles, mais non ses petits-enfants. Mais nous avons vu que les petits-enfants ont été appelés à la succession de leur grand'mère par une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius. (L. 4, § 2. C. Th. 5. 1.) D'après cette constitution, lorsqu'une femme mourait laissant, à la fois, des enfants, fils ou filles, ou des petits-enfants, nés d'un fils prédécédé ou d'une fille prédécédée, ces petits-enfants venaient à la succession, par représentation de leur père prédécédé ou de leur mère prédécédée, en concours avec leurs oncles et tantes, frères et sœurs de leur père prédécédé ou de leur mère prédécédée; mais ils ne prenaient dans la succession de leur grand'mère que les deux tiers de la part que leur père ou leur mère y eût prise. (N° 1430, 3°.) — J'ai dit déjà que Justinien, par

la novelle 118, décida que les petits-enfants, nés d'un fils prédécédé ou d'une fille prédécédée, venant à la succession de leur grand'-mère, en concours avec leurs oncles et tantes, frères et sœurs de leur père prédécédé ou de leur mère prédécédée, prendraient la part entière que leur père prédécédé ou leur mère prédécédée eût prise, et non plus seulement les deux tiers. (N° 1681.)

1754. Nous avons vu aussi que, d'après la même constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, lorsqu'une femme mourait sans enfants, ne laissant que des petits-enfants, nés d'une fille prédécédée, et des agnats, les petits-enfants ne prenaient que les trois quarts de la succession de leur grand'mère, l'autre quart étant attribué aux agnats. (N° 1679, 2°.) Mais j'ai dit déjà que, par une constitution de l'an 528, Justinien décida que les enfants d'une fille prédécédée prendraient toute la succession de leur grand'mère, à l'exclusion des agnats. (L. 12. C. 6, 55.) C'est sans doute à sa constitution de l'an 528 et à la constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius que Justinien fait allusion dans le § 1 de notre titre :

§ 1. «Mais, comme les petits-enfants n'étaient pas appelés par ce sénatus-consulte à la succession légitime de leur aïeule, plus tard cela fut corrigé par des constitutions impériales, de manière que les petits-fils et les petites-filles fussent appelés comme les fils et les filles. »

1755. *Règle commune aux sénatus-consultes Tertullien et Orphitien.* — Le droit de la mère à la succession de ses enfants, d'après le sénatus-consulte Tertullien, et le droit des enfants à la succession de leur mère, d'après le sénatus-consulte Orphitien, ne se perdent pas par la *minima capitis deminutio*. Ainsi, bien que la mère ait éprouvé une *minima capitis deminutio*, elle peut venir à la succession de ses enfants et, réciproquement, les enfants peuvent venir à la succession de leur mère, malgré la *minima capitis deminutio* qu'elle a éprouvée. A l'inverse, bien que les enfants aient éprouvé une *minima capitis deminutio*, ils peuvent venir à la succession de leur mère et, réciproquement, la mère peut venir à la succession de ses enfants, malgré la *minima capitis deminutio* qu'ils ont éprouvée. Au contraire, nous avons vu que, dans les successions légitimes établies par la loi des Douze-Tables, l'agnat, qui avait subi même une *minima capitis deminutio*, perdait le droit de succéder à ses agnats. (N° 1701.) De même nous verrons que le patron, qui avait subi même une *minima capitis deminutio*, perdait le droit de succéder à son affranchi. Il est facile de comprendre que, dans les successions légitimes, déférées par la loi des Douze-Tables, le droit de succé-

der fût perdu par le successible qui devenait *capite minutus*. En effet, dans les successions légitimes, déférées par la loi des Douze-Tables, le droit de succéder était basé sur le lien de famille civile. Or ce lien était détruit par toute *capitis deminutio*, même par la *minima*. Au contraire, le droit de succession de la mère sur les biens de ses enfants, et le droit de succession des enfants sur les biens de leur mère sont basés sur le lien du sang. Or le lien du sang n'est détruit par aucune *capitis deminutio* (n° 785) :

§ 2. « Il faut savoir que ces successions, qui sont dévolues en vertu des sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, ne se perdent pas par la *capitis deminutio*, à raison de cette règle, d'après laquelle les nouvelles hérédités légitimes ne se perdent pas par la *capitis deminutio*, mais seulement celles qui sont déférées par la loi des Douze-Tables. »

1756. Cette règle, d'après laquelle le droit de succession de la mère sur les biens de ses enfants, ou le droit de succession des enfants sur les biens de leur mère n'est pas perdu, malgré la *capitis deminutio* encourue par la mère ou par les enfants, ne s'applique qu'au cas où c'est la *minima capitis deminutio* qui a été encourue. C'est ce que dit formellement le jurisconsulte Ulpien, dans un passage de son commentaire sur Sabinus, qui a été reproduit au *Digeste*, dans le titre *Ad senatusconsultum Tertullianum* : « La *capitis deminutio* survenant, l'état, restant intact, ne nuit en rien à l'hérédité légitime, car l'ancienne hérédité seule, qui est déférée par la loi des Douze-Tables, est détruite par une *capitis deminutio ;* les nouvelles hérédités, déférées par une loi ou par des sénatus-consultes, ne sont pas détruites par une *capitis deminutio*. En conséquence, si quelqu'un, soit avant la délation, soit après la délation de l'hérédité, *capite minuatur*, il est admis à l'hérédité légitime : à moins qu'il n'intervienne une grande *capitis deminutio* ou celle qui enlève la cité, par exemple, s'il est déporté. » (L. 1, § 8. D. 38, 17.) Ainsi le successible qui a subi une grande ou moyenne *capitis deminutio* ne peut plus succéder, même en vertu des sénatus-consultes Orphitien et Tertullien. Bien plus, s'il recouvre la liberté ou la cité avant l'ouverture de la succession, son droit à la succession ne revit pas. C'est ce que nous apprend encore le jurisconsulte Ulpien : « L'hérédité n'est pas déférée au fils, qui a été citoyen romain au moment de la mort de sa mère, si, avant l'adition d'hérédité, il a été réduit en servitude ; il ne recueille pas même l'hérédité s'il est ensuite devenu libre, à moins que, devenu esclave de la peine, il n'ait été restitué par le bienfait du prince. » (L. 1, § 4. D. 38, 17.)

1757. Voilà deux textes, dans lesquels Ulpien décide formellement que le droit de succession de la mère sur les biens de ses enfants, ou le droit de succession des enfants sur les biens de leur mère, une fois perdu par une grande ou moyenne *capitis deminutio*, ne peut revivre, quand même le *capite minutus* recouvrerait la liberté ou la cité avant l'adition de l'hérédité. Cependant il y a au *Digeste* un autre passage extrait du même ouvrage d'Ulpien, de son commentaire sur Sabinus, dans lequel Ulpien semble dire le contraire. Voici ce passage : « *Qui operas suas, ut cum bestiis pugnaret, locavit, quive rei capitalis damnatus, neque restitutus est, ex senatusconsulto Orphitiano ad matris hereditatem non admittebatur. Sed humana interpretatione placuit admitti.* Celui qui a loué ses services pour combattre avec les bêtes, ou celui qui a été condamné *rei capitalis* et n'a pas été restitué, n'était pas admis, d'après le sénatus-consulte Orphitien, à la succession de sa mère ; mais, par une interprétation humaine, il a été reçu qu'il serait admis à l'hérédité. » (L. 1, § 6. D. 38, 17.) Plusieurs explications ont été présentées pour mettre Ulpien d'accord avec lui-même. Je vais indiquer seulement les deux explications principales.

Quelques interprètes pensent que le principe rigoureux, d'après lequel le droit de succession, une fois perdu par la *maxima* ou la *media deminutio*, ne pouvait être recouvré, aurait été corrigé dans le dernier état du droit romain, et que le texte d'Ulpien (L. 1, § 6. D. 38, 17) aurait été modifié par les compilateurs du Code. « Il semble, dit M. Demangeat, que ce principe rigoureux a été corrigé... Je suis disposé à croire que les commissaires de Justinien ont voulu corriger une décision qui leur a semblé trop rigoureuse. » (*Cours élémentaire de droit romain*, par M. Demangeat, 2e édition, t. II, p. 44.)

D'autres interprètes soutiennent que le texte d'Ulpien (L. 1, § 6. D. 38, 17) n'a pas été modifié par les compilateurs du *Digeste;* que, d'après le sénatus-consulte Tertullien, la succession était perdue par celui qui avait encouru l'infamie ; que celui qui louait ses services pour combattre avec les bêtes, ou qui était *rei capitalis damnatus*, encourait l'infamie, mais n'encourait pas une *capitis deminutio;* que les mots « *neque restitutus* » supposent que l'infamie a été encourue ; que, d'après la loi 103 *De verborum significatione*, les mots « *rei capitalis damnatus* » désignent aussi bien celui qui a encouru l'infamie que celui qui a été condamné à mort, ou qui a perdu la cité. En effet, cette loi porte : « *Licet capitalis latine loquentibus omnis causa existimationis videatur; tamen appellatio capitalis mortis vel amissionis civitatis intelligenda est.* Bien que le mot *capitalis*,

pour ceux qui parlent latin, paraisse être toute cause de perte de la considération, cependant la qualification *capitalis* doit être entendue comme étant la mort ou la perte de la cité.» (L. 103, *Dig.* 50, 16.) De sorte qu'il n'y aurait pas contradiction entre les textes d'Ulpien, et qu'Ulpien aurait voulu dire, dans la loi 1, § 6, *Dig.* 38, 17, que, primitivement, celui qui encourait l'infamie perdait le droit de succéder en vertu des sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, et que cette interprétation rigoureuse aurait fini par être rejetée. Cette dernière opinion a été enseignée par M. le professeur Machelard à son cours.

1758. *Règle générale s'appliquant à toutes les hérédités légitimes.* — Si, parmi plusieurs héritiers légitimes, quelques-uns répudient, leur part d'hérédité accroît à ceux qui ont fait adition. Exemple : trois héritiers, Primus, Secundus, Tertius, sont appelés à la même succession. Primus fait adition et meurt; Secundus fait adition et ne meurt pas; Tertius répudie : comme l'accroissement a lieu de portion à portion, la part vacante de Tertius accroîtra aussi bien à la part de Primus, décédé, qu'à la part de Secundus, qui vit encore (n° 1314) :

§ 4. « Si, de plusieurs héritiers légitimes, quelques-uns ont répudié l'hérédité ou ont été empêchés d'en faire adition, par la mort ou par toute autre cause, leur part accroît à ceux qui ont fait adition, et, quand même ceux-ci seraient déjà morts, l'accroissement aura lieu au profit de leurs héritiers. »

Cette règle, d'après laquelle la part de l'héritier qui répudie accroît aux héritiers qui ont fait adition, ne s'applique pas aux héritiers nécessaires, puisque, d'après le droit civil, l'héritier nécessaire ne peut répudier. Cette règle générale ne s'applique qu'entre les héritiers qui ne sont pas héritiers nécessaires.

1759. D'après l'ancien droit civil, c'était l'héritier lui-même qui devait faire adition, en personne. En conséquence, s'il mourait avant d'avoir fait adition, il ne transmettait pas à ses propres héritiers le droit de faire adition, ni, par suite, son droit à l'hérédité. (N° 1315.)

Mais, sous l'Empire, les empereurs Théodose et Valentinien ont décidé :

1° Que si des descendants institués héritiers par leur ascendant mouraient avant l'ouverture des tables du testament, ils transmettraient à leurs propres héritiers leur droit à l'hérédité. (N° 1315.)

2° Que, si une succession testamentaire ou *ab intestat* était dévolue à un *infans*, et que l'*infans* mourût avant que son *parens* eût fait adition, le *parens* pourrait faire adition même après la mort de l'*infans*. (L. 18, pr., § 1. C. 6, 30. — N° 1315.)

Enfin Justinien décide que tout héritier, appelé à une succession testamentaire ou *ab intestat*, venant à mourir dans l'année à partir du jour où il a su qu'il était héritier, sans avoir accepté ni répudié, transmettra à ses propres héritiers son droit à l'hérédité à laquelle il est appelé. Mais ses héritiers n'auront, pour faire adition, que le temps qui restait à courir de l'année à partir du jour où leur auteur avait su qu'il était héritier : « *Sin autem, instante annali tempore decesserit : reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat.* » (L. 19. C. 6, 30.)

§ III. — TROISIÈME ORDRE. — LES GENTILES.

1760. J'ai exposé antérieurement l'opinion généralement admise aujourd'hui sur les *gentiles*. (N° 49.) D'après cette opinion, la *gens* aurait été une famille composée de membres perpétuellement ingénus, à laquelle étaient rattachées et subordonnées d'autres familles, par des liens de clientèle et d'affranchissement [1].

Les *gentes* existaient encore au temps de Cicéron ; mais elles n'existent plus au temps de Gaïus, Paul et Ulpien.

1761. Il paraît que la *gentilitas* donnait aux *gentiles* un droit de succession. Mais quel était ce droit de succession? Sur les biens de quelles personnes portait-il? Nous sommes condamnés à l'ignorer, car aucun des textes des jurisconsultes ou des écrivains romains, qui nous sont parvenus, ne nous l'apprend. En effet, le jurisconsulte Paul dit : « L'hérédité des intestats était déférée, d'après la loi des Douze-Tables, d'abord aux héritiers siens, ensuite aux agnats et

---

1. Voici un résumé très-succinct de ce qui concerne les *gentiles*, et qui rappelle ce qui a été dit précédemment. Malgré la perfection que Cicéron attribue à la définition de Scévola, on ne sait pas du tout ce qu'étaient les *gentiles*. Les trois opinions suivantes ne sont donc que des conjectures :

1re *Explication*. — On a cru d'abord que le rapport de gentilité présupposait une parenté naturelle, un lien du sang. Mais cette opinion est abandonnée, et, en effet, il est constant que les *gentiles*, appelés à la succession ou à la tutelle légitime, ne font pas nécessairement partie de la même famille que le pupille ou le *de cujus*.

2e *Explication*. — La *gens* romaine, ou décurie, est une subdivision de la curie, dont tous les membres sont unis par un lien politique, religieux et même civil, car il y a entre eux une espèce de solidarité. A l'origine, les ingénus (patriciens) entraient seuls dans la *gens*, laquelle était commandée par un décurion, *princeps gentis;* c'est ce *princeps gentis* qui était sans doute chargé d'administrer les tutelles afférentes à la *gens*, tutelles qui ne pouvaient évidemment être, comme les hérédités, déférées à toute la *gens*.

Cette explication serait en désaccord avec la définition de Scévola, puisque les affranchis entrent dans la curie, et feraient par suite partie de la *gens*.

3e *Explication* (développée par M. Ortolan). — Les membres d'une famille per-

aussi quelquefois aux *gentiles.* » (Paul, *Sent.*, IV, VIII, § 3.) De même Ulpien dit : « S'il n'y a pas d'agnats du défunt, la même loi des Douze-Tables appelle à l'hérédité les *gentiles* en ces termes : « *Si agnatus nec sit, gentiles familiam habento.* » Maintenant ni les *gentiles*, ni les *gentilicia* ne sont en usage. » (*Collatio legum mosaïcarum*, XVI, IV, § 2.)

Enfin Gaïus dit : « S'il n'y a aucun agnat, la même loi des Douze Tables appelle les *gentiles* à l'hérédité. Nous avons rapporté, dans le premier commentaire, ce que c'est que les *gentiles;* et, comme alors nous avons averti que tout le droit de la gentilité était tombé en désuétude, il est superflu de traiter ici de ce point avec plus de détail. » Malheureusement la partie du premier commentaire de Gaïus, où il traitait des *gentiles*, s'est trouvée illisible dans le manuscrit découvert à Vérone, en 1816, par Niebuhr.

1762. Cicéron donne bien des *gentiles* la définition suivante : *Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt. Non satis est. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc : qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est ; nihil enim video Scævolam, pontificem, ad hanc definitionem addidisse.*

Tout ce qu'on peut induire de cette définition, au point de vue des successions *ab intestat*, c'est que, la *gentilitas* cessant par une *capitis deminutio*, ceux des *gentiles* qui avaient subi une *capitis deminutio* ne pouvaient plus succéder *ab intestat* à ceux qui, avant leur *capitis deminutio*, étaient leurs *gentiles*, et que réciproquement ceux qui, avant la *capitis deminutio* du *de cujus*, étaient ses *gentiles*, ne pouvaient plus lui succéder.

---

pétuellement ingénue, dont aucun ancêtre n'a jamais été esclave ou client, sont *gentiles* par rapport à toute famille dont l'auteur a été l'esclave ou le client d'un de leurs ancêtres. Les membres de la famille principale sont agnats entre eux ; les membres de la famille secondaire sont aussi agnats entre eux ; mais les membres de la première ont, de plus, un certain rapport de *suzeraineté* (*gentilitas*) sur les membres des familles secondaires.

Les familles, dérivées de la famille principale, prennent son nom et ses *sacra ;* leurs membres sont des gentiles *passifs*, qui n'ont ni la qualité ni les droits d'hérédité ou de tutelle attachés à cette qualité. — Chacune de ces nouvelles familles peut, à son tour, devenir la souche, *stirps*, de nouvelles familles secondaires, mais sans pouvoir acquérir sur ces dernières les droits de gentilité.

Remarquons que les femmes affranchies, ou issues d'affranchis, ne peuvent épouser qu'un homme ayant les mêmes *gentiles* qu'elle-même, afin que ses biens ne puissent être enlevés à la *gens* à laquelle appartient son mari et appartiendront ses enfants. — Il faut du reste constater, quelles que soient les opinions en matière de gentilité, que cette institution avait complétement disparu du temps de Gaïus.

§ IV. — QUATRIÈME ORDRE (PRÉTORIEN). — LES COGNATS.

(*Inst.*, III, v.)

1763. Les cognats du défunt sont appelés à la succession, non par le droit civil, mais par le droit prétorien. Le préteur appelle les cognats à la succession de leur cognat défunt, par la *bonorum possessio unde cognati*. (L. 1, pr. D. 38, 8.)

1764. Les cognats, ainsi appelés à la succession par le préteur, ne sont pas des héritiers, parce que le préteur ne peut pas faire des héritiers; ce sont des successeurs prétoriens, qui ressemblent beaucoup, il est vrai, aux héritiers du droit civil.

1765. Du reste, le préteur n'appelle les cognats à la succession *ab intestat* qu'autant que le défunt ne laisse ni héritiers siens, ni héritiers légitimes, appelés par le droit civil, par les sénatus-consultes, ou par les constitutions impériales :

Pr. « Après les héritiers siens, après ceux que le préteur et les constitutions impériales appellent parmi les héritiers siens, et après les héritiers légitimes, parmi lesquels sont les agnats et ceux que les sénatus-consultes et notre constitution ont élevés au rang d'agnats, le préteur appelle les plus proches cognats. »

1766. Nous savons déjà que la cognation est la parenté naturelle résultant des liens du sang, parenté qui existe entre toutes les personnes nées les unes des autres ou d'un auteur commun, sans distinguer si cet auteur commun est du sexe masculin ou du sexe féminin. — Les personnes qui sont nées les unes des autres s'appellent cognats, ou parents en *ligne directe*. Une personne peut avoir des cognats en ligne directe descendante : fils, filles, petits-fils, petites-filles, arrière-petits-fils ou arrière-petites-filles, etc.; et des cognats en ligne directe ascendante : père, mère, grand-père, grand'mère, arrière-grand-père, arrière-grand'mère, etc., sans distinguer si toutes ces personnes se rattachent à elle par des mâles ou par des femmes. — Une personne peut avoir des cognats en ligne collatérale : frères, sœurs, neveux, nièces, petits-neveux, petites-nièces, etc.; des oncles, tantes, cousins, cousines, etc., sans distinguer si toutes ces personnes se rattachent à elle par des mâles ou par des femmes.

1767. Nous avons vu déjà que les agnats d'une personne sont forcément ses cognats. Or leur qualité de cognats procurait aux agnats cet avantage de pouvoir venir à une succession en qualite de cognats, lorsqu'ils ne pouvaient y arriver en qualité d'agnats, à raison de l'application de la règle d'après laquelle il n'y avait pas dévolution d'un degré à l'autre dans l'ordre des agnats. Dès que

l'agnat le plus proche du défunt ne voulait pas recueillir l'hérédité, cette hérédité était perdue pour les agnats du degré suivant. Alors l'agnat du degré suivant pouvait invoquer sa qualité de cognat pour partager la succession avec les autres cognats. (Nos 1694, 1695, 2°.) De même, nous avons vu que les agnates, qui n'étaient pas consanguines, ne pouvaient venir à la succession que comme cognates. (Nos 1697, 1699.)

Nous n'avons à nous occuper ici que des cognats qui, sans être agnats, sont appelés à la succession *ab intestat* de leurs cognats par le droit prétorien.

1768. Quels sont donc les cognats qui, sans être agnats, sont appelés à la succession de leurs cognats par le droit prétorien? Ce sont :

1° La mère. — La mère qui n'est pas *loco sororis* de ses enfants, c'est-à-dire qui n'est pas *in manu*, n'est que cognate vis-à-vis de ses enfants et ne vient à leur succession qu'en qualité de cognate, du moins jusqu'au sénatus-consulte Tertullien. (N° 1723.)

2° Les enfants dont la mère n'est pas *in manu*.— Celle-ci n'étant vis-à-vis d'eux que *loco sororis*, ses enfants ne sont que ses cognats et ne viennent à sa succession qu'en qualité de cognats, du moins jusqu'au sénatus-consulte Orphitien. (Nos 1745, 1746.)

3° Les agnats du défunt, ou leurs descendants, qui ont subi une *capitis deminutio*, pourvu qu'après leur *capitis deminutio* ils soient encore cognats.—S'ils n'étaient agnats du défunt que par suite d'une adoption, après leur *capitis deminutio* ils ne seraient plus ni agnats ni cognats du défunt, et, par suite, ils ne seraient plus à aucun titre appelés à sa succession : « Le préteur appelle les agnats qui ont subi une *capitis deminutio*, non pas au second degré, après les héritiers siens, c'est-à-dire au degré ou ils seraient appelés par lui s'ils n'avaient pas subi une *capitis deminutio*, mais au troisième degré, à titre de proches ; car quoiqu'ils aient perdu le droit légitime par la *capitis deminutio*, ils conservent certainement les droits de cognation. Par conséquent, s'il y a quelque autre qui ait conservé le droit d'agnation, il sera préféré, quand même il serait d'un degré plus éloigné. » (Gaïus, III, § 27.)

Mais quels sont ces cognats qui, ayant cessé d'être agnats du défunt par suite d'une *capitis deminutio*, sont appelés à la succession en qualité de cognats, par le préteur? Ce sont les frères du défunt, nés du même père que lui, les enfants et descendants des frères du défunt, nés du même père que lui, les oncles paternels du défunt, et les enfants et descendants des oncles paternels du défunt, etc. Malgré la *capitis deminutio* qu'ils ont subie, ils sont encore

cognats du défunt, et viennent à sa succession au moyen de la *bonorum possessio unde cognati*.

Quant aux frères et sœurs du défunt, qui ont cessé d'être agnats par une émancipation, nous avons vu que l'empereur Anastase avait décidé que les frères consanguins émancipés et les sœurs consanguines émancipées seraient appelés, malgré leur *capitis deminutio*, à la succession de leurs frères et sœurs, qui n'avaient pas été émancipés, en ne leur donnant, toutefois, que la moitié de la part qu'ils auraient prise s'ils n'avaient pas été émancipés. (N° 1701.)

§ 1. « Ici, c'est la cognation que l'on considère ; car les agnats, *capite minuti*, et leurs descendants ne comptent plus parmi les héritiers légitimes, d'après la loi des Douze-Tables ; mais ils sont appelés par le préteur dans le troisième ordre, excepté, toutefois, le frère et la sœur émancipés, mais non leurs enfants. La loi d'Anastase, en effet, les appelle avec leurs frères, qui ont conservé l'intégrité de leurs droits, à l'hérédité de leur frère ou de leur sœur, non par égales portions, mais avec une certaine diminution, qu'il est facile de connaître par les termes de cette constitution. Cette constitution les préfère aux autres agnats d'un degré inférieur, même à ceux qui n'ont subi aucune *capitis deminutio* et, sans aucun doute, aux cognats. »

Nous avons vu que Justinien supprima, après la rédaction des *Institutes*, cette diminution de moitié, imposée, par la constitution d'Anastase, aux frères et sœurs émancipés. (N° 1702, 2°.)

4° Les cognats par les femmes. — En ligne collatérale, le frère utérin du défunt, les enfants et descendants du frère utérin du défunt, ne sont que ses cognats. Les sœurs utérines du défunt ne sont que ses cognates. Les enfants et descendants des sœurs consanguines et des sœurs utérines du défunt ne sont que ses cognats. De même les enfants de la tante paternelle ou maternelle du défunt ne sont que ses cognats. Le préteur appelle à la succession, par la *bonorum possessio unde cognati*, tous ces cognats, par ordre de proximité de parenté. — De même, en ligne directe, les enfants et descendants des filles du défunt ne sont que ses cognats. Aussi nous avons vu que, d'après le droit civil, les enfants et descendants des filles du défunt n'étaient pas appelés à sa succession. (N° 1649.) Mais nous savons que les petits-enfants, nés des filles du défunt, ont été appelés à la succession de de leur grand-père, par une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius. (N° 1679, 1.) Voilà pourquoi Justinien, dans le § 2 de notre titre, ne cite plus que les cognats par les femmes en qualité de cognats :

§ 2. « Le préteur appelle à la succession, dans le troisième ordre, d'après la proximité du degré, même ceux qui ne sont unis que par les personnes du sexe féminin, en ligne collatérale. »

Parmi les cognats de la ligne collatérale, Justinien appela au rang d'agnats les enfants des sœurs germaines, consanguines et utérines du défunt, lorsque le défunt ne laissait ni frères ni sœurs. (N° 1703.)

5° Les enfants qui se trouvent dans une famille adoptive, au moment de la mort de leur père naturel. — Ils ne sont appelés que comme cognats à la succession de leur père naturel :

§ 3. « Les enfants qui sont dans une famille adoptive sont aussi appelés, dans cet ordre, à la succession de leurs ascendants naturels. »

Justinien décida que l'enfant adopté par un *extraneus* conserverait son droit de succession légitime sur les biens de son père naturel, lors même qu'au moment de la mort de son père naturel il se trouverait *in adoptiva familia*. (N° 1685.)

6° Les agnates qui sont au delà du degre de sœurs consanguines du défunt. — Elles ne viennent à sa succession que dans l'ordre des cognats. « Il est certain, dit Gaïus, que les femmes agnates, qui sont au delà du degré de consanguines, sont appelées au troisième rang, c'est-à-dire s'il n'y a ni héritier sien ni agnat. » Gaïus, III, § 29. — V. n^os^ 1698, 1700.)

7° Les enfants *vulgo quæsiti*. — Les enfants *vulgo quæsiti* sont cognats de leur mère et des parents de leur mère. Ils peuvent venir à l'hérédité de leur mère et à l'hérédité des parents de leur mère en qualité de cognats, en vertu du droit prétorien, par la *bonorum possessio unde cognati* :

§ 4. « Il est évident que les enfants nés d'un père inconnu n'ont aucun agnat, car l'agnation vient du père, et la cognation vient de la mère ; or ils sont censés ne pas avoir de père. Par la même raison, ils ne peuvent pas être considérés comme consanguins entre eux, puisque le droit de consanguinité est une espèce d'agnation. Ils sont donc seulement cognats, cognats par leur mère. La possession de biens par laquelle les cognats sont appelés par rang de proximité appartient à tous ces cognats. »

8° Les *liberi naturales* nés d'un concubinat. — Ils sont cognats de leur mère et des parents de leur mère, et peuvent venir à la succession de leur mère et à la succession des parents de leur mère, en qualité de cognats, par la *bonorum possessio unde cognati*.

1769. Nous savons qu'à partir du sénatus-consulte Tertullien la mère fut appelée à la succession légitime de ses enfants légitimes, *vulgo quæsiti* et *naturales*. De même, à partir du sénatus-consulte Orphitien, les enfants *vulgo quæsiti*, *naturales* et légitimes furent appelés à l'hérédité légitime de leur mère. A partir de cette époque, si la mère ou les enfants voulaient invoquer le droit prétorien, ils

purent demander non-seulement la *bonorum possessio unde cognati*, mais aussi la *bonorum possessio unde legitimi*.

1770. Les enfants naturels, nés d'un concubinat, ont un père connu, le concubin de leur mère : ils sont cognats de leur père naturel; mais cette cognation ne donne aucun droit de succession réciproque entre le père et ses enfants naturels. En effet, on ne trouve, au *Digeste*, aucun texte qui accorde la *bonorum possessio unde cognati* aux *liberi naturales*, nés d'un concubinat, dans la succession de leur père, ou au père dans la succession de ses enfants naturels. Ce n'est que Justinien qui appela les enfants naturels, nés d'un concubinat, à la succession *ab intestat* de leur père. En effet, par la novelle 89, ch. 12, § 4, Justinien décida que, si le père naturel mourait, ne laissant ni femme légitime (*uxor*), ni enfants légitimes, un sixième de la succession du père naturel appartiendrait à ses enfants naturels. Si le défunt laisse une femme légitime ou un enfant légitime, ses enfants naturels sont complétement exclus. (V. plus loin la *cognatio servilis*.)

1771. Le préteur n'appelle pas à la succession d'un défunt, par la *bonorum possessio unde cognati*, tous ses cognats, à quelque degré qu'ils soient. Ce n'est que la *cognatio* jusqu'au sixième degré qui donne droit à la *bonorum possessio unde cognati*. Au sixième degré se trouvent le *sobrinus* et la *sobrina*, c'est-à-dire le cousin et la cousine, issus de cousins germains ou de cousines germaines [1]. — Le préteur va jusqu'au septième degré, et, dans le septième degré, il appelle, à la succession du défunt, les enfants de son *sobrinus* et de sa *sobrina*. Mais il n'y a pas réciprocité : les enfants du *sobrinus* ou de la *sobrina* d'une personne sont bien appelés par le préteur à la succession de cette personne, tandis que cette personne n'est pas appelée par le préteur à la succession des enfants de son *sobrinus* ou de sa *sobrina* .

§ 5. « Nous devons nécessairement avertir ici qu'une personne est admise à l'hérédité par droit d'agnation, lors même qu'elle est au dixième degré, soit en vertu de la loi des Douze-Tables, soit en vertu de l'édit par lequel le préteur promet qu'il donnera la possession de biens aux héritiers légitimes. Mais lorsqu'il s'agit de la proximité de la cognation, le préteur promet la possession de biens à ceux-là seuls qui sont cognats au sixième degré, et, dans le septième, aux enfants d'un petit-cousin ou d'une petite-cousine. »

---

1. Les cousins germains et les cousines germaines sont les enfants nés de deux frères ou de deux sœurs : ils sont, entre eux, au quatrième degré. Les enfants nés de deux cousins germains ou de deux cousines germaines s'appellent *sobrini* ou *sobrinæ*, et sont entre eux cognats au sixième degré.

APPENDICE : DES DEGRÉS DE COGNATION ET DE QUELQUES AUTRES RÈGLES GÉNÉRALES

(*Inst.*, III, VI.)

1772. Ce titre est consacré à la manière de compter les degrés de parenté, et il contient, en outre, une règle nouvelle, introduite par Justinien sur l'effet de la *cognatio servilis* en matière de succession, et enfin des règles générales sur les successions.

Il est important de savoir à quel degré se trouve chaque cognat du défunt, car c'est le cognat le plus proche qui est appelé d'abord à la succession. Viennent ensuite les cognats des degrés suivants, par ordre de proximité.

1773. Nous savons qu'il y a à distinguer la cognation directe et la cognation collatérale :

Pr. « Il est nécessaire d'exposer ici comment se comptent les degrés de cognation. En conséquence, nous devons avertir que la cognation se compte l'une en remontant, l'autre en descendant, et une autre transversalement ou latéralement. La cognation ascendante est celle des ascendants, la descendante est celle des descendants ; la collatérale est celle des frères et sœurs et de ceux ou de celles qui sont engendrés par eux ; et pareillement celle de l'oncle paternel (*patruus*), de la tante paternelle (*amita*), de l'oncle maternel (*avunculus*) et de la tante maternelle (*matertera*). »

1774. Les § 1 à 6 de notre titre énumèrent tous les cognats de tous les degrés jusqu'au sixième :

§ 1. « Au premier degré sont : en ligne ascendante, le père, la mère ; en ligne descendante, le fils, la fille. »

§ 2. « Au second degré : en ligne ascendante, l'aïeul (*avus*), l'aïeule (*avia*) ; en ligne descendante, le petit-fils (*nepos*) et la petite-fille (*neptis*) ; en ligne collatérale, le frère et la sœur. »

§ 3. « Au troisième degré : en ligne ascendante, le bisaïeul (*proavus*) et la bisaïeule (*proavia*) ; en ligne descendante, l'arrière-petit-fils (*pronepos*) et l'arrière-petite-fille (*proneptis*) ; en ligne collatérale, le fils ou la fille du frère et de la sœur, et pareillement l'oncle paternel (*patruus*), la tante paternelle (*amita*), l'oncle maternel (*avunculus*) et la tante maternelle (*matertera*). Le *patruus* est le frère du père et est appelé en grec πάτρωος. L'*avunculus* est le frère de la mère et s'appelle en grec μήτρωος, et l'un et l'autre θεῖος. L'*amita* est la sœur du père, la *matertera* est la sœur de la mère, appelées l'une et l'autre θεῖα, ou par quelques-uns τηθὶς. »

§ 4. « Au quatrième degré : en ligne ascendante, le trisaïeul (*abavus*), la trisaïeule (*abavia*) ; en ligne descendante, le fils de l'arrière-petit-fils ou de l'arrière-petite-fille (*abnepos*), la fille de l'arrière-petit-fils ou de l'arrière-petite-fille (*abneptis*) ; en ligne collatérale, le petit-fils, la petite-fille du frère ou de la sœur et pareillement le grand-oncle paternel (*patruus magnus*), la grand'tante maternelle (*amita magna*), c'est-à-dire le frère ou la sœur de l'aïeul paternel ou de l'aïeule maternelle ; le cousin (*consobrinus*), la cousine (*consobrina*), c'est-à-dire ceux ou celles qui sont nés de frères ou de sœurs. Mais quelques-uns ont pensé que les *consobrini* sont spécialement ceux qui sont nés de deux sœurs,

en quelque sorte *consororini;* et que ceux qui sont nés de deux frères s'appellent, à proprement parler, frères *patrueles* (frères par leurs pères); que si des filles naissent de deux frères, elles s'appellent sœurs *patrueles (*sœurs par leurs pères); que ceux qui naissent de frères et de sœurs s'appellent proprement *amitini :* les enfants de ta tante t'appellent *consobrinus;* toi, tu les appelles *amitini.* »

§ 5. « Au cinquième degré : en ligne ascendante, le quadrisaïeul (*atavus*), la quadrisaïeule (*atavia*) ; en ligne descendante, le petit-fils et la petite-fille des arrière-petits-enfants ; en ligne collatérale, l'arrière-petit-fils et l'arrière-petite-fille du frère et de la sœur, et pareillement l'arrière-grand-oncle (*propatruus*) et l'arrière-grand'tante (*propatrua*), c'est-à-dire le frère et la sœur du bisaïeul ou de la bisaïeule. De même le fils, la fille des cousins ou cousines, nés de frères et de sœurs, plus proches que le petit-cousin (*sobrinus*) ou plus proches que la petite-cousine (*sobrina*) ; savoir : le fils et la fille du grand-oncle paternel ou de la grand'tante paternelle, du grand-oncle maternel ou de la grand'tante maternelle. »

§ 6. « Au sixième degré : en ligne ascendante, le quintisaïeul (*tritavus*), la quintisaïeule (*tritavia*); en ligne descendante, l'arrière-petit-fils (*trinepos*) et l'arrière-petite-fille (*trineptis*) des arrière-petits-enfants ; en ligne collatérale, le petit-fils et la petite-fille des petits-fils et des petites-filles du frère et de la sœur ; pareillement, le frère du trisaïeul (*abpatruus*) et la sœur du trisaïeul (*abamita*), le frère de la trisaïeule (*abavunculus*) et la sœur de la trisaïeule (*abavuncula*). De même, les petits-cousins (*sobrini*) et les petites-cousines (*sobrinæ*), c'est-à-dire ceux qui sont engendrés ou celles qui sont engendrées de cousins ou de cousines, issus de frères ou de sœurs. »

1775. Les degrés se comptent par le nombre des générations. Pour savoir combien il y a de degrés entre deux cognats de la ligne directe, il faut compter combien il y a entre eux de générations, et autant il y aura de générations entre eux, autant il y aura de degrés. De même, pour savoir combien il y a de degrés entre deux cognats de la ligne collatérale, il faut compter combien il y a entre eux de générations, en partant de l'un d'eux, en remontant à l'auteur commun et en redescendant à l'autre cognat; autant il y aura de générations entre eux, autant il y aura de degrés (n° 476) :

§ 7. « Il suffit d'avoir montré jusqu'ici la manière dont se comptent les degrés de cognation. En effet, par ces exemples, on peut comprendre clairement comment on doit compter les degrés inférieurs ; car toujours une personne engendrée ajoute un degré, de sorte qu'il est beaucoup plus facile d'indiquer à quel degré se trouve chaque parent que de le désigner par son nom propre de cognation. »

Cette manière de compter les degrés de cognation par le nombre des générations est applicable aussi à l'agnation :

§ 8. « Les degrés d'agnation se comptent de la même manière. »

Justinien avait l'intention de faire placer dans les *Institutes*, à la suite du § 9 de notre titre, un tableau présentant les divers degrés de cognation. n'y Mais ce tableau a pas été inséré :

§ 9. « Mais comme la vérité se fixe mieux dans l'esprit des hommes lorsqu'elle est perçue par les yeux que lorsqu'elle est perçue par les oreilles, nous avons cru nécessaire, après l'énumération des degrés, d'en présenter le tableau dans ce livre, pour que les jeunes gens puissent parfaitement percevoir par la vue et les oreilles la doctrine des degrés. »

1776. *Règle nouvelle introduite par Justinien sur l'effet de la cognation servile en matière de succession.* — Avant Justinien, la cognation servile entre esclaves, ou entre esclaves et personnes libres, ne donnait aucun droit de succession réciproque à ceux entre lesquels elle existait, ni d'après le droit civil ni d'après le droit prétorien, excepté dans un cas particulier que nous verrons bientôt, et dans lequel les empereurs Théodose et Valentinien firent résulter un droit de succession de la cognation servile. (N° 1805.) Bien entendu, il ne pouvait être question de succession réciproque entre esclaves, unis par des liens de cognation servile, tant qu'ils étaient esclaves, puisque les esclaves n'avaient pas de biens. Mais lors même que les esclaves, entre lesquels existait un lien de cognation servile, étaient affranchis et pouvaient avoir des biens, le lien de cognation servile qui subsistait entre eux ne leur donnait aucun droit réciproque de succession. Ainsi, supposons qu'un esclave et une esclave vivent en *contubernium* et ont des enfants; puis le père, la mère et les enfants sont affranchis? Les enfants ne succéderont pas à leur père ni à leur mère; le père ni la mère ne succéderont à leurs enfants; C'est le patron du père et de la mère qui prendra leur succession, à l'exclusion de leurs enfants, et, réciproquement, c'est le patron des enfants qui prendra leur succession, à l'exclusion du père et de la mère.

De même, si une personne libre devient esclave, la cognation, qui existait entre elle et ses cognats, est anéantie au point de vue du droit de succéder, et vainement elle redeviendrait libre; le lien de cognation ne renaîtrait pas pour faire revivre le droit de succession réciproque entre elle et ses anciens cognats : « Celui qui, pour une raison quelconque, est devenu esclave, ne recouvre nullement la cognation par la manumission. (L. 7. D. 38, 8.)

De même, si un enfant est né d'un homme libre et d'une femme esclave, après qu'il sera affranchi, il ne succédera pas à son père, ni à sa mère si elle vient à être affranchie. Si un enfant est né d'une femme libre et d'un esclave, il naît libre, mais il ne succédera pas à son père, si son père vient à être affranchi.

Mais Justinien a fait résulter un droit réciproque de succession de la cognation servile, en décidant : 1° que les enfants nés d'un esclave et d'un seclaeve, ou d'un homme libre et d'une esclave, ou

d'une femme libre et d'un esclave, lorsqu'une fois ces enfants seraient affranchis, pourraient succéder à leur père et mère affranchis, par préférence au patron de leur père ou de leur mère ; — 2° que ces enfants pourraient se succéder réciproquement les uns aux autres, sans distinguer s'ils sont tous nés esclaves ou s'ils sont nés les uns esclaves et les autres libres, et sans distinguer s'ils sont nés du même père et de la même mère, ou bien du même père et de mères différentes, ou de la même mère et de pères différents :

§ 10. « Il est certain que la partie de l'édit, en vertu de laquelle la possession de biens à titre de proximité est promise, ne s'applique pas aux cognations serviles, car cette cognation n'était prise en considération par aucune loi ancienne. Mais, par notre constitution (que nous avons faite sur le droit du patronage, jusqu'à présent assez obscur, plein de nuages et de confusion), par raison d'humanité, nous avons concédé que, si un homme constitué en état d'esclavage a eu un ou plusieurs enfants libres, soit d'une femme libre, soit d'une femme esclave, ou, à l'inverse, si une femme esclave a eu des enfants de l'un ou de l'autre sexe, soit d'un homme libre, soit d'un esclave, et qu'ensuite le père, la mère soient devenus libres, ainsi que les enfants nés d'une mère esclave, ou si, les femmes étant libres, les pères esclaves sont parvenus à la liberté, tous ces enfants viendront à la succession de leur père ou de leur mère, le droit de patronage restant ici assoupi. Nous avons appelé ces enfants non-seulement à la succession de leur père et mère, mais encore à la succession les uns des autres; les appelant spécialement en vertu de cette loi, soit que les enfants qui sont nés en servitude et ont été ensuite affranchis se trouvent seuls, soit qu'avec eux il y ait des enfants qui ont été conçus depuis la liberté des père et mère, soit qu'ils proviennent tous du même père et de la même mère, ou de pères différents ou de mères différentes, à l'imitation de ce qui a lieu pour ceux qui sont nés de justes noces. »

1777. *Règles générales sur les successions.* — Les §§ 10 et 11 de notre titre contiennent des règles générales qui régissent toute la matière des successions : 1° la parité de degré n'établit pas la parité de droits; — 2° il est même possible que la proximité de degré ne donne pas droit à la succession. — En effet, il y a, dans les successions, divers ordres d'héritiers : les parents du premier ordre sont préférés aux parents du second ordre, et ceux du second à ceux du troisième. Ainsi les héritiers siens et ceux qui sont appelés au rang des héritiers siens, fussent-ils des arrière-petits-fils, sont toujours préférés aux agnats, même frères et sœurs du défunt. De même l'ordre des agnats a la préférence sur l'ordre des cognats. Un agnat plus éloigné pourra prendre la succession par préférence à un agnat plus proche. Dans l'ordre des agnats et des cognats, c'est la proximité du degré qui donne droit à la succession :

§ 11. « De tout ce que nous avons déjà dit, il résulte que ceux qui sont au même degré de cognation ne sont pas toujours également appelés, et que même celui qui est le plus proche cognat n'est pas toujours préféré. En effet, puisque

la condition des héritiers siens et de ceux que nous avons énumérés parmi les héritiers siens est la première, il est évident que l'arrière-petit-fils ou que le fils de l'arrière-petit-fils du défunt est préféré au père et à la mère du défunt, bien que le père ou la mère, comme nous l'avons dit, soient au premier degré de cognation, et le frère au second, tandis que l'arrière-petit-fils ou le fils de l'arrière-petit-fils sont au troisième ou au quatrième degré. Et il importe peu qu'il ait été sous la puissance paternelle du mourant, ou qu'étant émancipé, ou né d'un émancipé, il n'y ait pas été. »

§ 12. « A défaut d'héritiers siens et de ceux que nous avons dit être appelés parmi les héritiers siens, l'agnat qui a conservé intact son droit d'agnation, quand même il serait au degré le plus éloigné, est préféré le plus souvent au plus proche cognat. Ainsi le petit-fils ou l'arrière-petit-fils de l'oncle paternel est préféré à l'oncle maternel et à la tante maternelle. Donc, toutes les fois que nous disons que celui qui est au degré le plus proche de la cognation est préféré, ou que ceux qui sont cognats au même degré de cognation viennent ensemble, cela veut dire : toutes les fois qu'il n'y a ni héritier sien ni personne appelé parmi les héritiers siens, ni personne qui doive être préféré par droit d'agnation, suivant ce que nous avons dit, — excepté le frère et la sœur émancipés, qui sont appelés à la succession de leur frère ou sœur, et qui, bien que *capite minuti*, sont préférés à tous les agnats d'un degré inférieur. »

ARTICLE II. — DE LA SUCCESSION DES AFFRANCHIS [1].

(*Inst.*, III, VII.)

1778. Les successions des affranchis, chez les Romains, avaient une assez grande importance, car les affranchis, se livrant au commerce, dédaigné par les ingénus, laissaient souvent des successions considérables. Aussi il ne faut pas être surpris de voir les Romains chercher, par divers moyens législatifs, à s'assurer les successions de leurs affranchis.

1779. D'après l'ancien droit civil romain, particulièrement d'après la loi des Douze-Tables, il n'y avait qu'une seule classe d'affranchis : les affranchis citoyens. Mais nous savons qu'à partir des lois *Junia Norbana* et *Ælia Sentia* il y eut trois classes d'affranchis : 1° les affranchis citoyens romains ; — 2° les affranchis latins juniens ; — 3° les affranchis déditices.

1780. Ce n'était que l'affranchi citoyen romain qui pouvait laisser une succession. (N^os^ 409, 414.) Nous allons tout d'abord nous occuper de la succession des affranchis citoyens, en distinguant s'il s'agit de la succession d'un affranchi ou d'une affranchie. Nous ver-

1. J'engage vivement le lecteur, dans cette matière si étrangement compliquée, à consulter mon 62^e^ *tableau synoptique*, qu'à mon grand regret je n'ai pu intercaler, car sans lui il me semble presque impossible de voir clair dans cette matière.

rons ensuite ce que devenaient, au moment de la mort des affranchis latins juniens et des affranchis déditices, les biens qu'ils avaient acquis depuis leur affranchissement.

§ Ier. — DE LA SUCCESSION DES AFFRANCHIS CITOYENS ROMAINS

1781. La succession des affranchis citoyens romains a été régie par diverses législations successives : 1° par la loi des Douze-Tables ; — 2° par le droit prétorien ; — 3° par la loi *Papia Poppæa* ; — 4° par la législation de Justinien. Nous allons examiner les droits de succession des patrons et des patronnes sur les biens de leurs affranchis citoyens et de leurs affranchies citoyennes, d'après ces diverses législations.

I. De la succession des affranchis citoyens romains d'après la loi des Douze-Tables.

1782. 1° *Droit de succession du patron sur les biens de son affranchi.* — La loi des Douze-Tables appelait à la succession *ab intestat* de l'affranchi, d'abord ses enfants et descendants, *sui heredes*, même ses enfants adoptifs, avec sa femme, si elle était sous sa *manus*, et avec sa bru, si elle était sous la *manus* de son fils. Si l'affranchi ne laissait ni enfants ni descendants, héritiers siens, même adoptifs, ni sa femme *in manu*, ni sa bru sous la *manus* de son fils, la loi des Douze-Tables appelait le patron à la succession de son affranchi, pourvu que l'affranchi n'eût pas disposé de ses biens par testament, car l'affranchi pouvait enlever son hérédité à son patron, en instituant un héritier : « Autrefois, dit Gaïus, il était permis à un affranchi de passer sous silence son patron dans son testament, car la loi des Douze-Tables n'appelait le patron à la succession de son affranchi qu'autant que l'affranchi était mort intestat, sans laisser aucun héritier sien. » (Gaïus, III, § 40.)

De même, Úlpien dit : « La loi des Douze-Tables défère au patron l'hérédité de l'affranchi citoyen romain, s'il est mort intestat et sans héritier sien ; en conséquence, s'il est mort ayant fait un testament, bien qu'il n'y ait aucun héritier sien, ou s'il est mort intestat et qu'il y ait un héritier sien, quoique cet héritier sien ne soit pas un enfant naturel, mais soit, par exemple, la femme qui a été *in manu*, ou un enfant adoptif, la loi ne donne rien au patron .» (Ulp., *Reg.*, XXIX, § 1.)

Ainsi, ce n'était qu'autant que l'affranchi était mort intestat et sans héritier sien naturel ou adoptif, sans *uxor loco filiæ*, et sans

bru *loco neptis*, que le patron était appelé à la succession de son affranchi, d'après la loi des Douze-Tables. De sorte que le patron était appelé à la succession de son affranchi au second ordre des héritiers légitimes. En effet, l'affranchi n'avait pas d'agnats ; il avait en quelque sorte pour famille civile la famille de son patron. Aussi, lorsqu'à la mort de l'affranchi le patron était prédécédé, les enfants, fils ou filles du patron, venaient à la succession de l'affranchi. Mais ce n'étaient que les descendants et les descendantes du patron par les mâles qui étaient appelés à la succession de l'affranchi. Les descendants et descendantes par les filles du patron n'y étaient pas appelés. (Gaïus, III, § 45, § 46.) Et même les enfants et descendants par les mâles du patron prédécédé, exhérédés par lui de son hérédité qu'il a laissée à un héritier externe, étaient néanmoins appelés à l'hérédité de l'affranchi : « L'hérédité d'un affranchi citoyen romain n'appartient jamais aux héritiers externes du patron ; mais elle appartient toujours au fils du patron, à ses petits-fils par son fils, à ses arrière-petits-fils par son petit-fils, né de son fils, lors même qu'ils auraient été exhérédés par leur ascendant. » (Gaïus, III, § 58.)

Ainsi les descendants et descendantes, par les mâles, du patron, exhérédés par lui de sa propre hérédité, ne perdaient pas leur droit de succession sur les biens de l'affranchi mourant intestat. Mais toute *capitis deminutio*, même la *minima*, encourue par le patron ou par les descendants du patron, leur faisant perdre les droits de famille, leur faisait perdre aussi le droit de succéder à l'affranchi : « Le droit d'hérédité légitime qui dérive de la loi des Douze-Tables se perd par la *capitis deminutio*. » (Ulp., *Reg.*, XXVII, § 5, *De libertorum successionibus*.) Ainsi, par exemple, si le patron se donne en adrogation, il perd le droit de succéder à son affranchi. De même, si un enfant du patron est donné en adoption, il perd le droit de succéder à l'affranchi de son père.

1783. Cette règle de la loi des Douze-Tables, d'après laquelle, en cas de succession d'un ingénu, il n'y a pas représentation dans l'ordre des agnats, s'applique aussi à la succession de l'affranchi, lorsqu'elle est déférée à un patron et aux enfants d'un autre patron, ou lorsqu'elle est déférée aux descendants de divers patrons, qui se trouvent à des degrés inégaux. Ainsi, lorsqu'un affranchi a deux patrons, si l'un des patrons meurt avant l'affranchi, laissant un fils, de sorte qu'à la mort de l'affranchi il y a un patron survivant et le fils du patron prédécédé, le patron survivant viendra seul à la succession et la prendra tout entière : « *Si sit patronus et alterius patroni filius, ad solum patronum hereditas pertinet.* » (Ulp.,

Reg., XXVII, § 2.) De même, si les deux patrons sont morts avant l'affranchi, laissant l'un des *filii*, l'autre des *nepotes*, les *filii* seuls viendront à la succession : « *Item patroni filius patroni nepotibus obstat.* » (Ulp., *Reg.*, XXVII, § 3.) « *In bonis liberti prior est patronus quam filius alterius patroni. Itemque prior est filius patroni quam nepos alterius patroni.* » (Paul, *Sent.*, III, II, § 1.) De même encore, l'affranchi n'ayant qu'un patron, si ce patron est mort laissant un fils et des petits-fils, nés d'un fils prédécédé, le fils prendra toute la succession : « ... *Nepotes non admittentur quamdiu filius esset, quia proximum quemque ad hereditatem liberti vocari manifestum est.* Les petits-fils ne seront pas admis, tant qu'il y a un fils, car il est manifeste que le plus proche est appelé à la succession de l'affranchi » (L. 23, § 1. D. 38, 2.)

1784. De ce qu'il n'y a pas représentation, lorsque la succession de l'affranchi est déférée aux descendants de divers degrés d'un patron ou de deux patrons, il résulte que le partage se fait par têtes et non par souches : « *Ad liberos patronorum hereditas defuncti pertinet, ut in capita, non in stirpes dividatur.* » (Ulp., *Reg.*, XXVII, § 4.) « *Libertorum hereditas in capita, non in stirpes dividitur; et ideo si unius patroni duo sint liberi, alterius quatuor, singuli viriles, id est, æquales portiones habebunt.* L'hérédité des affranchis se divise par têtes et non par souches, et, en conséquence, s'il y a deux enfants d'un seul patron et quatre d'un autre, chacun aura une part virile, c'est-à-dire égale. » (Paul, *Sent.*, III, II, § 3.)

1785. 2° *Droit de succession du patron sur les biens de son affranchie.* — Un affranchi, lors même qu'il n'avait pas d'enfants héritiers siens, pouvait assez facilement priver de sa succession son patron : 1° en disposant, par testament, de son hérédité au profit d'un autre ; — 2° en se donnant un *suus heres* par une adoption ou par une adrogation ; — 3° en acquérant la *manus* sur sa femme. — Il n'en était pas de même pour l'affranchie, *liberta*. En effet l'affranchie, étant en tutelle perpétuelle, ne pouvait tester sans l'*auctoritas* de son tuteur. Or son tuteur était son patron, qui se gardait bien de lui accorder son *auctoritas* pour tester. (Gaïus, III, § 43. — V. n° 708.)

D'un autre côté, une femme ne pouvant avoir la puissance paternelle, l'affranchie n'avait jamais d'héritiers siens, de sorte que, lorsqu'elle mourait intestate, son patron n'était écarté par aucun héritier sien, et prenait toujours sa succession.

1786. 3° *Droit de succession de la patronne sur les biens de son affranchi.* — La patronne est appelée à la succession de son affranchi, mort intestat et sans héritiers siens : « *Libertorum intestatorum*

hereditas primum ad suos heredes pertinet; deinde ad eos quorum liberti sunt, velut patronum, patronam, liberosve patroni. L'hérédité des affranchis intestats appartient d'abord à leurs héritiers siens; ensuite à ceux dont ils sont les affranchis, c'est-à-dire au patron, à la patronne et aux enfants du patron. » (Ulp., *Reg.*, XXVII, § 1.) Mais si la patronne meurt avant son affranchi, laissant des enfants, ces enfants de la patronne ne viendront pas à la succession de l'affranchi de leur mère, parce que le droit de succéder à un affranchi est un droit de famille ; or les enfants de la patronne ne sont pas dans sa famille, la femme étant *finis familiæ suæ*. Aussi Ulpien, dans le texte que je viens de citer, après avoir dit que la succession des affranchis, morts intestats, appartient d'abord à leurs héritiers siens et ensuite au patron, à la patronne ou aux enfants du patron, n'ajoute pas : ou aux enfants de la patronne.

1787. 4° *Droit de succession de la patronne sur les biens de son affranchie.* — L'affranchie n'ayant pas d'héritiers siens, la patronne vient toujours à la succession de son affranchie, morte sans testament :

Pr. « Maintenant, voyons ce qui est relatif aux biens des affranchis. Autrefois, il était permis à l'affranchi d'omettre impunément son patron dans son testament; car la loi des Douze-Tables n'appelait le patron à l'hérédité de son affranchi que si l'affranchi était mort intestat, sans aucun héritier sien. C'est pourquoi l'affranchi étant mort intestat, s'il avait laissé un héritier sien, le patron n'avait aucun droit sur ses biens. A cela, il n'y avait pas de critique à faire, s'il laissait comme héritier sien un de ses enfants naturels; mais si c'était un fils adoptif, il était manifestement injuste qu'il ne restât aucun droit au patron. »

II. **De la succession des affranchis citoyens d'après le droit prétorien.**

1788. 1° *Droit de succession du patron sur les biens de son affranchi.* — Le préteur trouva injuste que le patron, qui avait eu la générosité de donner la liberté à son affranchi, fût écarté de sa succession par un testament ou par la présence d'héritiers siens adoptifs de l'affranchi. En conséquence, le droit prétorien accorda au patron une *bonorum possessio* pour moitié sur la succession de son affranchi. C'est là une espèce de légitime, réservée au patron par le droit prétorien.

Toutefois, d'après le droit prétorien, le patron n'a droit à cette réserve de moitié que dans les cas suivants : 1° lorsque l'affranchi, mourant *intestat*, ne laisse pour héritier sien qu'un enfant adoptif, ou sa femme *in manu*, ou sa bru, qui a été sous la *manus* de son fils, le préteur donne au patron la *bonorum possessio* pour la

moitié de la succession ; mais si l'affranchi, mort intestat, laisse pour héritiers siens des *liberi naturales*, le patron est exclu ; — 2° lorsque l'affranchi a fait un testament, s'il n'a pour héritiers siens ni enfants ni descendants nés de son mariage ou du mariage de son fils, ou si, en ayant, il les a exhérédés pour de justes motifs, alors, s'il a omis son patron dans son testament, ou ne lui a pas laissé la moitié de ses biens, le patron a la *bonorum possessio contra tabulas* pour obtenir la moitié de la succession. Que si, au contraire, l'affranchi, ayant pour héritiers siens des enfants nés de son mariage, ou des descendants nés du mariage de son fils, même émancipés ou donnés en adoption, les a institués, en passant son patron sous silence dans son testament, le patron omis n'a aucun droit à la succession, même *jure prætorio*. Enfin, si l'affranchi, ayant pour héritiers des enfants ou des descendants nés de son fils, même émancipés ou donnés en adoption, les a omis dans son testament, ces enfants ou descendants de l'affranchi pourront obtenir, contre le testament le leur père, la *bonorum possessio contra tabulas* ; mais le patron n'aura encore aucun droit à la succession, même *jure prætorio*. » (Gaïus, III, § 41. — Ulp., *Reg.*, XXIX, § 1, *in fine*) :

§ 1. « C'est pourquoi, plus tard, cette iniquité du droit fut corrigée par l'édit du préteur. En effet, si l'affranchi faisait un testament, il était obligé de tester de telle manière qu'il devait laisser la moitié de ses biens à son patron ; et s'il ne lui avait rien laissé ou laissé moins de la moitié, une possession de biens pour la moitié des biens était accordée au patron contre les tables du testament. S'il mourait intestat, laissant pour héritier sien un enfant adoptif, une possession de biens pour moitié était également donnée au patron contre cet héritier sien. Mais les enfants naturels avaient l'habitude de servir à l'affranchi pour exclure le patron, non-seulement les enfants naturels que l'affranchi avait sous sa puissance au moment de sa mort, mais encore les émancipés et ceux donnés en adoption, — pourvu toutefois qu'ils eussent été institués héritiers pour une part quelconque, ou que, passés sous silence, ils eussent demandé la possession de biens contre les tables du testament ; car les exhérédés ne peuvent en aucune façon écarter le patron. »

Ulpien nous apprend que, pour accorder au patron cette *bonorum possessio* pour moitié, dans le cas que nous venons de voir, le préteur s'était basé sur une espèce de société qui intervenait anciennement entre les patrons et leurs affranchis. Il paraît qu'au moment d'un affranchissement il intervenait entre le patron et l'affranchi une société de gains. Bien que cette société fût nulle, parce qu'elle n'était pas librement consentie par l'affranchi, le préteur faisait exécuter cette société. « Autrefois, dit Ulpien, les préteurs faisaient exécuter cette société. Un préteur, Rutilius, avait décidé, dans son édit, qu'il accorderait au patron l'action *operarum* et l'action *pro socio* pour une partie des acquisitions faites par l'affranchi. Les pré-

teurs postérieurs à Rutilius promirent, à l'imitation de cette société, une *bonorum possessio certæ portionis;* de sorte que les biens que l'affranchi fournissait, de son vivant, à titre de société, il les fournissait encore après sa mort. » (L. 1., pr., § 1, § 2. D. 38, 2.)

1789. Il pouvait arriver que l'affranchi fît des aliénations pour diminuer sa succession en fraude de son patron. Lorsque l'affranchi avait aliéné ses biens, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, pour diminuer sa succession, afin de frauder son patron, le préteur accordait au patron, pour faire annuler les aliénations frauduleuses : l'action *Faviana*, lorsque le patron venait à la succession de son affranchi en vertu d'un testament, et l'action *Calvisiana*, lorsqu'il y venait *ab intestat*. (L. 3, § 2, § 3. D. 38,5.— V. n° 406.) L'aliénation frauduleuse était annulée, lors même que le tiers acquéreur n'avait point participé à la fraude, croyant que celui qui aliénait était un ingénu. (L. 1, § 4. D. 38, 5.)

1790. Ce n'est pas seulement au patron que le préteur accorde la *bonorum possessio* pour moitié sur les biens de l'affranchi. Il l'accorde encore à ses descendants mâles, même par ses filles. Mais il la refuse à la fille et aux petites-filles du patron, ne l'accordant uniquement qu'à la descendance mâle du patron. Ainsi la fille du patron, les petites-filles, même nées d'un fils du patron, n'ont pas la *bonorum possessio* pour moitié, bien qu'elles fassent partie de la famille du patron : « Bien que la fille du patron et la petite-fille, née du fils, et l'arrière-petite-fille, née du petit-fils, issu du fils, aient le même droit que la loi des Douze-Tables donne au patron, — cependant le préteur n'appelle à la *bonorum possessio dimidiæ partis* que les enfants mâles du patron. » (Gaïus, III, § 46.)

1791. 2° *Droit de succession du patron sur les biens de son affranchie.* — Le préteur n'eut pas besoin d'augmenter le droit de succession du patron sur les biens de son affranchie, parce que le patron n'avait pas à craindre d'être dépouillé par le testament de son affranchie, puisque celle-ci ne pouvait tester sans son *auctoritas*. D'un autre côté, le patron n'avait pas à craindre d'être écarté par les héritiers siens de son affranchie, puisque les femmes n'en ont pas. Le préteur laissa donc au patron, sur les biens de son affranchie, les droits de succession que lui accordait la loi des Douze-Tables.

1792. 3° *Droit de succession de la patronne sur les biens de son affranchi.* — Le préteur n'accorde pas plus à la patronne qu'aux filles et aux petites-filles du patron la *bonorum possessio* pour moitié. La patronne continue, comme en vertu de la loi des Douze-Tables, à pouvoir être écartée par le testament de son

affranchi et à être exclue même par un fils adoptif, par la femme ou par la bru *in manu* de l'affranchi : « Autrefois, avant la loi *Papia*, les patronnes n'avaient sur les biens de leurs affranchis que le droit accordé aux patrons par la loi des Douze-Tables. En effet, le préteur ne leur donnait pas, comme au patron et à ses enfants, la possession de biens pour moitié contre le testament dans lequel elles avaient été omises, ou *ab intestat*, contre le fils adoptif, l'épouse ou la bru. » (Gaïus, III, § 49. — Ulp., XXIX, § 6.)

1793. *4° Droit de succession de la patronne sur les biens de son affranchie.*—Le préteur n'accorde aucun nouveau droit à la patronne sur les biens de son affranchie. La patronne continue, en vertu de la loi des Douze-Tables, à succéder à son affranchie morte sans testament.

C'est, sans doute, en s'inspirant des idées de la loi *Voconia* que le préteur refusa, à la patronne et à la postérité féminine du patron, la *bonorum possessio* pour moitié sur les biens des affranchis.

III. De la succession des affranchis citoyens d'après la loi Papia Poppæa.

1794. Nous avons déjà rencontré plusieurs fois la loi *Papia Poppæa*. Rendue en l'an 762 de la formation de Rome, pendant le règne d'Auguste, cette loi avait pour but de repeupler l'Empire, en accordant des avantages à ceux qui avaient des enfants, et en frappant de déchéances ceux qui n'en avaient pas. (N° 1422.)

1795. 1° *Droit de succession du patron sur les biens de son affranchi.* — Relativement à la succession des affranchis, la loi *Papia* décide que le patron ne sera plus toujours exclu de la succession de son affranchi par les *liberi naturales* de ce dernier. D'après cette loi, il faut faire une distinction :

Si l'affranchi *a trois enfants*, et laisse une succession de cent mille sesterces ou plus, dans ce cas, le patron est exclu. Si, au contraire, l'affranchi, laissant une succession de cent mille sesterces ou plus, *n'a pas trois enfants*, mais un seul ou deux, le patron est appelé à prendre une part virile : moitié s'il n'y a qu'un seul enfant, un tiers s'il y en a deux : « Les droits du patron ont été ensuite augmentés par la loi *Papia*, à l'égard des affranchis riches. En effet il est ordonné par cette loi que, sur les biens de celui qui laisse cent mille sesterces ou plus, et qui a moins de trois enfants, — qu'il meure avec un testament ou *intestat*,—une part sera due au patron. Ainsi, lorsque l'affranchi laisse pour héritier un fils ou une fille, la moitié est due au patron, comme s'il mourait sans aucun fils ni fille ;

lorsqu'il laisse pour héritiers deux enfants de l'un ou de l'autre sexe, le tiers est dû au patron; s'il en laisse trois, le patron est exclu » (Gaïus, III, § 42) :

§ 2. « Ensuite les droits des patrons furent augmentés par la loi *Papia*, selon la fortune plus ou moins grande de leurs affranchis. En effet, il fut ordonné par cette loi que, sur les biens de l'affranchi qui laisserait un patrimoine de cent mille sesterces et qui aurait moins de trois enfants, qu'il fût mort testat ou intestat, une part virile serait due au patron. En conséquence, lorsqu'un affranchi laissait pour héritier un seul fils ou une seule fille, la moitié de l'hérédité était due au patron, comme si l'affranchi était mort testat et sans enfants ; lorsqu'il laissait pour héritiers deux fils ou deux filles, le tiers était dû au patron; s'il laissait trois enfants légitimes, le patron était écarté. »

1796. Le droit de demander une part virile appartenait aussi aux descendants mâles du patron : « *Liberi patroni virilis sexus eadem jura in bonis libertorum parentium suorum habent, quæ et ipse patronus.* Les enfants du sexe masculin du patron ont, sur les biens des affranchis de leurs ascendants, les mêmes droits que le patron lui-même... » (Ulp., *Reg.*, XXIX, § 4.)

1797. Nous avons vu que le préteur n'accordait pas à la fille du patron, ni aux petites-filles, même issues d'un fils du patron, la *bonorum possessio* pour moitié, dans les cas où il l'accordait au patron et aux descendants mâles du patron. Mais le droit d'obtenir la moitié de la succession par la *bonorum possessio* fut accordé par la loi *Papia* aux filles du patron et aux petites-filles nées d'un fils du patron, pourvu qu'elles aient eu trois enfants : « Bien que la fille du patron, et la petite-fille née du fils, et l'arrière-petite-fille née du petit-fils, issu du fils, aient le même droit que la loi des Douze-Tables donne au patron, cependant le préteur n'appelle que les enfants mâles du patron. Mais le droit de demander la possession de la moitié des biens de l'affranchi, contre les tables du testament, ou *ab intestat* contre le fils adoptif, l'épouse ou la bru, a été accordé à la fille, en vertu du privilége des trois enfants, par la loi *Papia*; autrement elle n'a pas ce droit. » (Gaïus, III, § 46.)

1798. 2° *Droit de succession de la patronne sur les biens de son affranchi.* — Le préteur n'avait pas non plus accordé à la patronne la *bonorum possessio* pour moitié sur la succession de son affranchi. La patronne n'avait toujours que les droits qui lui avaient été accordés par la loi des Douze-Tables. (N° 1786.) Mais la loi *Papia* décide que si, ingénue, elle a deux enfants, et affranchie, trois, elle aura le même droit que l'édit du préteur accorde au patron, c'est-à-dire la *bonorum possessio* pour moitié de la succession de son affranchi. Que si la femme ingénue a trois enfants, la

loi *Papia* lui donne sur la succession de son affranchi les mêmes droits qu'elle accorde au patron, c'est-à-dire une part virile, à condition que l'affranchi laisse une fortune de cent mille sesterces ou plus et ait moins de *trois enfants;* mais la patronne affranchie n'a jamais ce droit : « Ensuite la loi *Papia* donna à la patronne ingénue, honorée de deux enfants, à la patronne affranchie, honorée de trois enfants, à peu près les mêmes droits qu'ont les patrons d'après l'édit; et elle donna à la patronne ingénue, honorée de trois enfants, les droits qu'elle donne elle-même au patron; mais elle n'accorda pas le même avantage à la patronne affranchie. » (Gaïus, III, § 50.)

1799. Rigoureusement, les enfants de la patronne ne devraient avoir aucun droit à la succession de l'affranchi de leur mère, car le droit de succession est un droit de famille ; or les enfants de la patronne ne sont pas dans la famille de leur mère, mais dans la famille de leur père. Néanmoins il est certain que la loi *Papia* appela à la succession de l'affranchi au moins la fille de la patronne prédécédée, et lui donna le même droit qu'elle accordait au patron, ou à la patronne ingénue ayant trois enfants. En effet, Gaïus dit : « *Eadem lex patronæ filiæ liberis honoratæ patroni jura dedit. Sed in hujus persona etiam unius filii filiæve jus sufficit.* La même loi a accordé à la fille de la patronne, honorée d'enfants, les droits du patron ; mais il suffit, pour elle, qu'elle ait eu un fils ou une fille. » (Gaïus, III, § 53.) Ainsi, d'après le texte de Gaïus, il suffit à la fille de la patronne d'avoir eu un seul enfant pour acquérir, sur la succession de l'affranchi de sa mère, le même droit de succession que le patron. Il est bien singulier que la fille de la patronne, n'ayant qu'un seul enfant, ait le même droit de succession qu'un patron, tandis que la patronne doit en avoir trois, pour avoir le même droit de succession qu'un patron. D'un autre côté, Gaïus ne parle pas du fils de la patronne, ce qui ferait supposer que le fils de la patronne n'aurait aucun droit à la succession de l'affranchi de sa mère, d'après la loi *Papia*. Mais les interprètes du droit romain s'accordent généralement pour dire que quelques mots se trouvent omis dans ce § 53 de Gaïus ; que, dans le texte original, Gaïus avait dit que la fille de la patronne, *liberis honorata*, c'est-à-dire ayant trois enfants, avait les mêmes droits que le patron ; qu'ensuite Gaïus parlait du *filius* de la patronne, et que c'est seulement au *filius* de la patronne que s'appliquaient ces derniers mots du § 53 : « *sed in hujus persona etiam unius filii filiæve jus sufficit.* » En effet, d'après la loi *Papia*, l'homme qui avait un seul enfant était considéré comme *pater*, tandis que les femmes, pour ne pas être

privées du droit de succéder, devaient avoir un certain nombre d'enfants, ordinairement trois, quelquefois deux. On ne peut donc admettre que, pour la fille de la patronne, un seul enfant eût suffi. C'est pour le fils de la patronne qu'un seul enfant suffisait [1],

1800. 3° *Droit de succession du patron sur les biens de son affranchie.* — Le préteur n'avait pas eu à s'occuper des droits des patrons sur les successions de leurs affranchies, parce que les patrons n'avaient pas à craindre d'être dépouillés par le testament de ces dernières, puisqu'elles ne pouvaient tester sans leur *auctoritas*. D'un autre côté, les patrons n'avaient pas à craindre d'être écartés par les héritiers siens de leurs affranchies, puisque les femmes n'en ont pas. (Gaïus, III, § 43.) — Mais la loi *Papia* permit à l'affranchie de tester sans l'*auctoritas* de son patron, pourvu qu'elle *ait eu* quatre enfants, sous la réserve de laisser une part virile à son patron; de sorte que, si, au moment de sa mort, elle avait deux enfants, elle devait laisser le tiers de sa succession à son patron : « *Lex Papia Poppæa postea libertas quatuor liberorum jure tutela patronum liberavit; et cum intulerit, jam posse eas sine auctoritate patronorum testari, prospexit ut pro numero liberorum libertæ superstitum virilis pars patrono debeatur.* La loi *Papia Poppæa* libéra de la tutelle des patrons les affranchies qui avaient eu quatre enfants, et comme elle en conclut qu'elles pourraient tester sans l'*auctoritas* de leurs patrons, elle pourvut à ce qu'une part virile fût due au patron, selon le nombre des enfants survivants de l'affranchie. » (Ulp., *Reg.*, XXIX, § 3.)

Il est probable que le droit du patron, sur la succession de l'affranchie ayant eu quatre enfants, n'était limité à cette part virile par la loi *Papia* que lorsque l'affranchie avait fait un testament. Au contraire, lorsque l'affranchie mourait intestate, le patron prenait sans doute toute la succession, lors même que l'affranchie aurait eu quatre enfants, parce que le sénatus-consulte Orphitien, qui appela les enfants à la succession de leur mère, n'existait pas encore. Mais, à partir de ce sénatus-consulte, les enfants de l'affranchie exclurent toujours le patron, qui, dès lors, n'eut plus droit à la succession que lorsque l'affranchie mourait sans enfants, ou lorsque les enfants de l'affranchie répudiaient la succession de leur mère.

---

1. Unterholzner pense que le texte original du § 53 de Gaïus était conçu de la manière suivante : « *Eadem lex patronæ filiæ liberis honoratæ, item patronæ filio patroni jura dedit. Sed in hujus persona etiam unius fiii filiæve jus sufficit.* » — (Voyez, *Institutes* de Gaïus, traduites par M. Pellat, sa note sur le § 53 du troisième livre de Gaïus.)

1801. Les descendants mâles du patron, c'est-à-dire le fils du patron, le petit-fils né du patron, l'arrière-petit-fils né du petit-fils, issu d'un fils du patron, ont les mêmes droits que lui.

Quant à la fille du patron ayant le *jus liberorum*, c'est-à-dire ayant trois enfants, quel est son droit à la succession de l'affranchie de son père, d'après la loi *Papia?* La question était controversée par les jurisconsultes romains, à raison de l'obscurité de la loi sur ce point. D'après quelques jurisconsultes, la fille du patron, lors même qu'elle avait trois enfants, n'avait pas de droit à cette part virile. Au contraire, d'après Gaïus, lorsque l'affranchie était morte intestate, la fille du patron avait droit à une part virile ; lorsque l'affranchie avait fait un testament, la fille du patron avait le même droit que la patronne, le patron et ses enfants, c'est-à-dire la *bonorum possessio* pour moitié : « Le droit de réclamer une part virile des biens de l'affranchie qui avait quatre enfants n'est point compris, pour la fille du patron, dans les avantages attachés au nombre d'enfants, comme le pensent quelques auteurs. Cependant, si l'affranchie est décédée intestate, aux termes mêmes de la loi *Papia*, une part virile lui est due ; si, au contraire, l'affranchie est morte après avoir fait un testament, elle a le même droit qui est accordé à la patronne ayant des enfants, c'est-à-dire le droit qu'ont le patron et ses enfants de demander la possession de la moitié des biens, contre la teneur du testament de l'affranchie. Toutefois cette partie de la loi est écrite avec peu de soin. » (Gaïus, III, § 47. Traduction de M. Pellat, d'après la restitution de Lachmann.)

1802. *4° Droit de succession de la patronne sur les biens de son affranchie.* — Quel est le droit de succession de la patronne sur les biens de son affranchie, d'après la loi *Papia?* Il faut distinguer si l'affranchie a fait un testament ou est morte intestate.

Lorsque l'affranchie a fait un testament, la patronne omise dans ce testament n'a aucun droit à la succession de son affranchie, à moins qu'elle n'ait le *jus liberorum* (trois enfants), cas auquel la loi *Papia* lui accorde le même droit que l'édit du préteur accorde au patron, c'est-à-dire la *bonorum possessio* pour moitié de la succession : « Lorsque l'affranchie meurt après avoir fait un testament, la patronne, qui n'a pas le nombre d'enfants voulu, n'a aucun droit contre le testament de l'affranchie ; au contraire, la loi *Papia* accorde à celle qui a le nombre d'enfants exigé le droit qu'a le patron, d'après l'édit, contre le testament de l'affranchi. » (Gaïus, III, § 52.) — La loi *Papia* accorde aussi à la fille de la patronne, pourvu qu'elle ait le *jus liberorum*, le même droit qu'au patron, c'est-à-dire le droit de demander la *bonorum possessio* pour

moitié dans la succession de l'affranchie de sa mère : « La même loi a accordé à lá fille de la patronne, honorée d'enfants, les droits du patron. » (Gaïus, III, § 53.)

Lorsque l'affranchie meurt intestate, la patronne, ayant ou n'ayant pas le *jus liberorum*, exclut toujours les enfants de son affranchie, car les enfants de l'affranchie ne sont pas ses héritiers siens. Toutefois, pour que la patronne ait droit à la succession de son affranchie, morte sans testament, il faut que ni elle ni son affranchie n'aient subi une *capitis deminutio;* sinon, ce sont les enfants de l'affranchie qui viennent à la succession de leur mère, à l'exclusion de la patronne : « Quant aux biens des affranchies, si elles meurent intestates, la loi *Papia* n'accorde rien de nouveau à la patronne honorée d'enfants. En conséquence, si ni la patronne ni l'affranchie n'ont subi une *capitis deminutio*, l'hérédité appartient, d'après la loi des Douze-Tables, à la patronne, et les enfants de l'affranchie sont exclus ; et cette règle s'applique lors même que la patronne n'est pas honorée d'enfants, parce que jamais, comme nous l'avons dit plus haut, les femmes ne peuvent avoir d'héritier sien. Mais s'il est survenu une *capitis deminutio* à l'une ou à l'autre, les enfants de l'affranchie excluent à leur tour la patronne, parce que, le droit légitime étant détruit par la *capitis deminutio*, il arrive que les enfants de l'affranchie sont préférés, en vertu du droit de cognation. » (Gaïus, III, § 51.)

1803. Lorsque la patronne ou l'affranchie a subi une *capitis deminutio*, pourquoi la patronne perd-elle le droit de succéder à son affranchie ? C'est parce que le droit de la patronne de succéder à son affranchie est basé sur un lien purement civil, qui est détruit même par une *minima capitis deminutio* éprouvée par l'une ou par l'autre. Au contraire, les enfants de l'affranchie conservent le droit de lui succéder, malgré la *minima capitis deminutio* qu'elle éprouve, parce que leur droit de succéder à leur mère est basé sur le lien naturel du sang, qui existe entre eux et leur mère, et qui subsiste même après la *minima capitis deminutio* subie par leur mère. C'est ce que Gaïus fait observer à la fin du § 51, dont je viens de donner la traduction.

1804. A partir du sénatus-consulte Orphitien, qui appela les enfants à la succession de leur mère, les enfants de l'affranchie exclurent toujours la patronne.

1805. Les droits du patron et de la patronne sur les biens de leur affranchi ou de leur affranchie restèrent régis par la loi *Papia* jusqu'à Justinien, sauf les innovations du sénatus-consulte Orphitien au profit des enfants de l'affranchie, qui excluent le patron et la

patronne. — Mais les droits des enfants du patron prédécédé, sur la succession de l'affranchi ou de l'affranchie, furent modifiés par une constitution des empereurs Théodose et Valentinien de l'an 447. (*Code Théodosien. Liber legum novellarum D. Valentiniani III*, tit. XXIV, édition Hœnel.) Voici les principales dispositions de cette constitution :

Lorsque le patron est prédécédé, l'affranchi citoyen ou l'affranchie citoyenne, ayant un ou plusieurs enfants, peut, en mourant, leur transmettre par testament tous ses biens. (§ 2, § 5.)

L'affranchi ou l'affranchie qui n'a pas d'enfants doit laisser par testament quatre onces, c'est-à-dire un tiers de sa succession, au fils ou aux fils, au petit-fils ou aux petits-fils nés d'un fils du patron : « *Quod si nulla prole gaudebit, quatuor uncias bonorum suorum manumissoris filio, vel si plures erunt, filiis, derelinquat, aut si filiorum nullus extiterit nepoti ex filio, vel nepotibus eamdem deputet portionem.* » (§ 3.)

L'affranchi ou l'affranchie peut omettre, dans son testament, les filles et les descendants des filles du patron : « *Filias vero manumissoris, earumque filios et nepotes impune prætereat, nisi forsitan aliud amor suaserit voluntasque morientis.* » (§ 4.)

Lorsque l'affranchi citoyen meurt intestat, ses fils et filles, ses petits-fils et petites-filles succèdent à tous ses biens, pourvu qu'eux-mêmes soient libres et citoyens romains : « *Præterea intestatis libertis filius filiave, nepos neptisque, vel si plures superstites fuerint, modo liberi civesque romani, pro totius patrimonii soliditate succedunt.* » (§ 6.)

Si les affranchis meurent ne laissant ni enfants ni descendants, mais seulement leur père, leur mère, un frère, une sœur, libres, la moitié de leur succession *ab intestat* est déférée à leur parent le plus proche, l'autre moitié est déférée aux héritiers du patron. Que si les affranchis meurent ne laissant ni père, ni mère, ni frère, ni sœur, toute leur succession *ab intestat* appartient aux héritiers de leur patron : « *Nam si nec filios habuerint, nec nepotes, relinquerint tamen patrem, matrem, fratrem, sororem, pari libertate gaudentes, medietatem sibi intestatæ successionis hæc de supra dictis persona defendat, quæ gradu potior invenitur, aliam vero medietatem manumissorum reservamus heredibus, quos tunc respiciet omnis hereditas, si intestato expressa necessitudine nomina defuisse constiterit.* » (§ 7.)

IV. De la succession des affranchis citoyens d'après la législation de Justinien.

1806. Avant Justinien, pour déterminer la dévolution de la succession des affranchis, il fallait distinguer s'il s'agissait de la succession d'un affranchi ou d'une affranchie, si l'affranchi défunt ou l'affranchie défunte avait un patron ou une patronne. Justinien a établi plus de simplicité dans les règles sur les successions des affranchis, par sa constitution *de jure patronatus*, qu'il publia en grec, en décidant qu'il n'y aura plus à distinguer s'il s'agit de la succession d'un affranchi ou d'une affranchie, ni à distinguer si l'affranchi défunt ou l'affranchie défunte a un patron ou une patronne. — L'original de cette constitution ne nous est point parvenu. On a cherché à rétablir le texte original avec les *Basiliques*. Les éditeurs du Code de Justinien la font figurer, dans ce Code, comme loi 4, dans le titre *De bonis libertorum*. (C. 6, 4.) Les règles les plus certaines de cette constitution se trouvent dans les *Basiliques*. — Du reste, les dispositions principales de cette constitution sont reproduites dans le § 3 de notre titre.

1807. *Droit de succession du patron et de la patronne sur les biens de leurs affranchis, d'après la législation de Justinien.* — D'après la constitution de Justinien, pour déterminer les droits de succession du patron et de la patronne sur les biens de leur affranchi ou affranchie, il faut distinguer si l'affranchi ou l'affranchie a fait ou n'a pas fait un testament.

Lorsqu'un affranchi, lorsqu'une affranchie meurent sans avoir fait un testament, ils ont d'abord pour héritiers leurs enfants et descendants. Ce n'est qu'autant que l'affranchi ou l'affranchie ne laisse aucun descendant que le patron ou la patronne a droit à leur succession. (§ 3, 2e alin. de n. t.) Toutefois, d'après les *Basiliques*, le patron et la patronne excluent les enfants adoptifs de l'affranchi.

Si le patron ou la patronne a prédécédé, la succession de l'affranchi ou de l'affranchie, morts sans descendants et sans testament, est déférée aux enfants et descendants des deux sexes du patron ou de la patronne ; à défaut de descendants du patron ou de la patronne, la succession de l'affranchi ou de l'affranchie est dévolue aux cognats collatéraux du patron ou de la patronne, jusqu'au cinquième degré. (§ 3, 6e alin. de n. t.)

L'affranchi peut avoir des héritiers siens; l'affranchie ne peut en avoir. On peut dire que le patron, la patronne et leurs enfants

tiennent lieu d'agnats à l'affranchi et à l'affranchie, et que les cognats du patron et de la patronne tiennent lieu de cognats à l'affranchi et à l'affranchie. (§ 5, 7e alin., *in fine*, de n. t.)

1808. Justinien n'admet pas la représentation dans la succession de l'affranchi ou de l'affranchie, quand elle est dévolue aux patrons, patronnes ou à leurs descendants : le plus proche héritier exclut le plus éloigné. Ainsi un patron est préféré aux enfants d'un autre patron ; les fils d'un patron sont préférés aux petits-fils d'un autre patron : « S'il y a plusieurs descendants du même patron ou de la même patronne, de deux patrons ou de deux patronnes, ou d'un plus grand nombre de patrons ou patronnes, celui qui est le plus proche est appelé à la succession de l'affranchi ou de l'affranchie. » (§ 3, 7e alin. de n. t.) — De ce que la représentation n'est pas admise dans ce cas, il résulte que le partage se fait par têtes et non par souches. C'est ce que Justinien ajoute immédiatement dans le § 3 : « et la succession se divise par têtes, et non par souches. » (§ 3, 7e alin. de n. t.) De même, lorsque la succession d'un affranchi ou d'une affranchie est déférée aux collatéraux du patron ou de la patronne, la représentation n'est pas admise : les plus proches collatéraux excluent les plus éloignés, et la succession se partage par têtes et non par souches : « La même règle est observée entre les collatéraux. » (§ 3, 7e alin. de n. t.)

1809. Mais Justinien applique, dans la succession de l'affranchi et de l'affranchie, la règle de la dévolution de degré à degré, soit dans l'ordre des descendants, soit dans l'ordre des collatéraux du patron ou de la patronne. De sorte que, si le descendant ou le collatéral le plus proche du patron ou de la patronne répudie ou meurt avant d'avoir accepté, la succession de l'affranchi ou de l'affranchie sera dévolue au descendant, ou au collatéral du degré suivant, du patron ou de la patronne. (L. 4, § 9. C. 6, 4.)

1810. Lorsque l'affranchi ou l'affranchie ont fait un testament, s'ils ont moins de *centum aurei*, ils sont libres de disposer de leurs biens et de ne rien laisser à leur patron ou à leur patronne. (§ 3, 1er alin. de n. t.) Si l'affranchi ou l'affranchie laissent cent sous d'or ou plus et instituent pour héritiers leurs enfants, ils sont libres de ne rien laisser à leur patron ou à leur patronne, ni aux enfants du patron ou de la patronne. (§ 4, 1er alin. de n. t.) Mais si le testament n'est pas fait en faveur des descendants de l'affranchi ou de l'affranchie, qui les ont exhérédés, le patron, ou la patronne, aura une *bonorum possessio tertiæ partis* , c'est-à-dire le tiers de la succession. (§ 3, 5e alin. de n. t.) Cette *tertia pars* sera exempte de toute charge : legs, fidéicommis. Cette exemption de toute charge,

au profit de la *tertia pars* réservée par Justinien au patron ou à la patronne, n'est pas une innovation : toutes les fois qu'une réserve ou légitime est établie par la loi au profit d'un héritier, elle ne peut être grevée de charges : elle doit toujours être intacte.

Les enfants et descendants, de l'un ou de l'autre sexe, du patron prédécédé ou de la patronne prédécédée ont aussi droit à cette réserve ou légitime, c'est-à-dire à cette *bonorum possessio tertiæ partis*, lorsque l'affranchi ou l'affranchie, ayant cent sous d'or ou plus, ont fait un testament et ont exhérédé leurs enfants :

§ 3. « Mais notre constitution, que nous avons composée en grec, pour en faciliter l'intelligence à tous, a réglé cette matière de telle sorte que : si l'affranchi ou l'affranchie sont *minores centenariis*, c'est-à-dire ont un patrimoine de moins de cent sous d'or (en effet, nous apprécions la somme de la loi *Papia*, de manière qu'un sou d'or soit compté pour mille sesterces), le patron n'ait aucune place dans leur succession, si toutefois ils ont fait un testament. — Si, au contraire, ils sont morts intestats, sans laisser aucun enfant, le patron conservera entier son droit tel qu'il était d'après la loi des Douze-Tables. — Mais, lorsqu'ils ont plus de cent sous d'or, il faut distinguer : s'ils ont des enfants héritiers siens ou possesseurs de biens, soit un, soit plusieurs, de quelque sexe et à quelque degré qu'ils soient, c'est à ces enfants que nous déférons la succession de leurs ascendants, le patron et sa postérité étant complétement écartés. — S'ils meurent sans enfants et intestats, nous appelons les patrons ou les patronnes à toute l'hérédité. — Mais s'ils ont fait un testament et qu'ils aient omis leur patron ou leur patronne, alors qu'ils n'avaient pas d'enfants, ou que ces enfants ont été exhédérés par leur père, ou omis par leur mère ou un aïeul maternel, sans que le testament puisse être attaqué comme inofficieux, dans ces circonstances, en vertu de notre constitution, le patron et la patronne obtiendront, par la possession de biens contre les tables du testament, non pas la moitié, comme autrefois, mais le tiers des biens de l'affranchi ; — si l'affranchi ou l'affranchie ont laissé à leurs patrons ou patronnes moins que le tiers, ceux-ci auront une action pour faire compléter ce tiers, lequel leur sera attribué sans aucune charge, de manière que les legs ou les fidéicommis laissés au profit des enfants de l'affranchi ou de l'affranchie ne soient pas acquittés sur ce tiers, mais que cette charge retombe sur les cohéritiers du patron ou de la patronne. — Nous avons statué encore sur plusieurs points, réunis dans notre constitution précitée, que nous avons jugé nécessaire de régler, de manière que non-seulement les patrons, les patronnes et leurs descendants, mais encore leurs parents collatéraux, jusqu'au cinquième degré, soient appelés à la succession des affranchis, comme on peut le comprendre par le texte de notre constitution. — S'il y a plusieurs descendants du même patron ou de la même patronne, de deux patrons ou de deux patronnes, ou d'un plus grand nombre de patrons ou de patronnes, celui qui est le plus proche est appelé à la succession de l'affranchi ou de l'affranchie ; et la succession se divise par têtes et non par souches. La même règle doit être observée entre les collatéraux. En effet, nous avons presque établi l'harmonie dans le droit de succession des ingénus et des affranchis. »

1811. Dans le § 10, *De gradibus cognationis* (*Instit.*, III, VI), Justinien déclare qu'avant lui la cognation servile ne donnait aucun droit de succession à ceux entre lesquels elle existait. Cette déclaration de Justinien n'est pas tout à fait exacte. En effet, nous avons

vu que les empereurs Théodose et Valentinien, par leur constitution de l'an 447, avaient décidé que, si des affranchis dont le patron était prédécédé mouraient en ne laissant ni enfants ni descendants, mais laissant leur père, leur mère, un frère ou une sœur, devenus libres, la moitié de leur succession serait attribuée à celui de ces parents qui serait le plus proche, et que l'autre moitié serait attribuée aux héritiers du patron. Voilà bien un cas où les empereur Théodose et Valentinien avaient fait résulter de la cognation servile un droit de succession au profit du père, de la mère, des frères et sœurs d'un affranchi. Mais nous avons vu que Justinien, par sa constitution *De jure patronatus*, dont nous avons parlé déjà (nos 1805, 1480), a étendu le droit de succession résultant de la cognation servile, en décidant : 1° que les enfants nés d'un esclave et d'une esclave, ou d'un homme libre et d'une femme esclave, ou d'une femme libre et d'un esclave, lorsqu'une fois ces enfants seraient affranchis, pourraient succéder à leurs père et mère affranchis, par préférence au patron de leur père ou de leur mère ; — 2° que ces enfants pourraient se succéder les uns aux autres, sans distinguer s'ils étaient tous nés esclaves, ou s'ils étaient nés les uns esclaves et les autres libres, et sans distinguer s'ils étaient nés du même père et de la même mère, ou bien du même père et de mères différentes, ou de la même mère et de pères différents. (§ 10 *De gradibus cognationis*, *Instit.*, III, VI.)

1812. Mais, même après cette extension des effets de la *cognatio servilis* en matière de succession, les frères et sœurs d'un affranchi ou d'une affranchie, morts intestats et sans descendants, ne pourront leur succéder qu'en cas de prédécès du patron ou de la patronne et de leurs descendants ; ils seront même primés par les collatéraux, jusqu'au cinquième degré, du patron ou de la patronne. En effet, d'après la même constitution *De jure patronatus*, dont les dispositions sont reproduites dans le § 3 de notre titre, lorsque l'affranchi ou l'affranchie meurent sans testament et sans descendants, leur succession est dévolue au patron ou à la patronne, ensuite aux descendants du patron ou de la patronne, et enfin aux collatéraux, jusqu'au cinquième degré, du patron ou de la patronne.

Cependant la loi 4, *De bonis libertorum*, au Code, qui a la prétention de reproduire les dispositions de la constitution de Justinien *De jure patronatus*, porte : « *Intestato liberto mortuo, ad ejus successionem primum vocantur descendentes, id est, veteri quidem jure liberi post libertatem parentum concepti; ex hac vero lege etiam liberi in servitute parentum concepti et postea manumissi, et post liberos hujusmodi vocantur deinde cæteri ascendentes et parentes liberti, et fratres,*

si modo sint liberi, id est manumissi, patronatus jure in hac parte sopito. Un affranchi étant mort intestat, sont appelés tout d'abord à sa succession ses descendants, c'est-à-dire, d'après l'ancien droit, ses enfants conçus depuis la liberté de leurs parents, et, en vertu de cette loi, même les enfants conçus pendant la servitude de leurs parents et ensuite affranchis; après les enfants, sont appelés tous les ascendants et parents de l'affranchi et ses frères, pourvu qu'ils soient libres, c'est-à-dire affranchis, le droit de patronage, dans ce cas, étant assoupi. » (L. 4, § 8. C. 6, 4.) — Il suffit de lire cette loi pour reconnaître qu'elle provient d'une source impure; — c'est évidemment une erreur que de dire que le patron d'un affranchi est exclu par les frères de l'affranchi. Cette solution est complétement contraire au § 3 de notre titre, qui résume les dispositions de la constitution *De jure patronatus*, très-inexactement reproduite dans la loi 4, au Code, *De bonis libertorum*. Ce n'est qu'au cas où il s'agit de la succession du fils d'un affranchi, lequel est un ingénu, que le patron du père de cet ingénu sera primé par les frères et sœurs du fils de l'affranchi. Exemple : Titius a affranchi son esclave Stichus, qui ensuite a plusieurs enfants; tous ces enfants sont ingénus : si l'un d'eux vient à mourir, le patron de Stichus est exclu par les frères et sœurs du *de cujus* fils dudit Stichus. Ce n'est que par les frères et sœurs du fils de son affranchi que le patron est exclu, et non par les frères et sœurs de son propre affranchi. M. Demangeat accepte, sans hésitation, la solution de la loi 4, § 8, *De bonis libertorum*, Lib. 6, Tit. 4 au Code. (V. *Cours élémentaire de droit romain*, 2e édition, t. II, pages 73 et 74, par M. Demangeat, professeur à la faculté de droit de Paris.)

§ II. — DE L'ATTRIBUTION DES BIENS DES AFFRANCHIS LATINS JUNIENS, APRÈS LEUR MORT

1813. Avant la loi *Junia Norbana*, lorsque des esclaves n'avaient pas été affranchis par un mode solennel d'affranchissement, ils ne devenaient pas libres d'après le droit civil. Le préteur les maintenait en liberté de fait, mais la puissance dominicale n'était pas éteinte quant aux biens acquis par eux depuis leur affranchissement. Au moment de leur mort, le maître prenait leurs biens *jure peculii*. La loi *Junia Norbana* déclara libres ces esclaves qui avaient été affranchis par un mode non solennel et les assimila aux Latins des colonies. Cependant cette assimilation n'était pas complète. En effet, le Latin coloniaire n'a pas eu de maître et n'a pas de patron : il peut disposer de ses biens par testament. Au contraire, l'affranchi latin

junien avait un maître pendant qu'il était esclave et, après son affranchissement, il avait un patron. Or, si l'on eût assimilé complétement le Latin junien au Latin coloniaire, cette assimilation eût été préjudiciable au patron, car l'affranchi latin junien aurait eu le droit de tester, comme le Latin coloniaire ; dès lors, son patron n'aurait pu lui succéder en qualité de patron. Voici l'expédient qu'on imagina pour éluder cette difficulté. On dit : Au moment de son décès, l'affranchi latin junien n'est plus un homme libre ; il a vécu comme libre, mais il meurt comme esclave ; son patron prendra ses biens *jure peculii*, et non à titre de succession. Ainsi l'affranchi latin junien étant considéré, à sa mort, comme esclave, c'est par application de la règle : « Ce qui est acquis par l'esclave est acquis au maître, » que le patron vient prendre les biens du Latin junien, au moment de sa mort, *jure peculii*, et non *jure successionis*.

1814. D'un autre côté, il y a une grande différence entre les biens laissés par un affranchi latin et les biens laissés par un affranchi citoyen. En effet, pour les biens de l'affranchi citoyen, il y a une véritable succession au profit de son patron, tandis que, pour les biens de l'affranchi latin, il n'y a pas de succession possible, comme nous venons de le voir. Toutes ces idées sont très-nettement indiquées par Gaïus : « Il nous reste maintenant à parler des biens des affranchis latins. Pour que cette partie du droit devienne plus claire, nous devons rappeler ce que nous avons dit dans un autre passage : que ceux qui sont nommés aujourd'hui Latins juniens étaient autrefois esclaves d'après le droit des Quirites, mais qu'ils étaient maintenus en état de liberté par le secours du préteur ; aussi les biens qu'ils acquéraient appartenaient-ils, par droit de pécule, à leurs patrons. Mais plus tard, en vertu de la loi *Junia*, tous ceux que le préteur maintenait en liberté devinrent libres et furent nommés Latins juniens : *Latins*, parce que la loi voulut qu'ils fussent libres, comme ces citoyens romains ingénus qui, conduits de la ville de Rome dans des colonies latines, sont devenus Latins coloniaires ; *juniens*, parce que c'est en vertu de la loi *Junia* qu'ils sont devenus libres, quoique non citoyens romains. Mais le peuple, auteur de la loi *Junia*, comprit que, par cette fiction, les biens des Latins décédés cesseraient d'appartenir à leurs patrons, parce que, ne mourant plus esclaves, ils ne pouvaient laisser leurs biens à leurs patrons par droit de pécule, et que les biens d'un homme libre affranchi latin ne pouvaient pas appartenir aux patrons par droit de manumission ; aussi jugea-t-il nécessaire, pour que le bienfait accordé aux affranchis ne causât pas un préjudice aux patrons, de décider que les biens de ces affranchis décédés reviendraient aux

manumisseurs, comme si cette loi n'avait pas été faite. En conséquence, c'est en quelque sorte par droit de pécule que les biens des Latins appartiennent à leurs manumisseurs. De là des différences entre le droit établi par la loi *Junia* sur les biens des Latins, et le droit qui est observé relativement à l'hérédité des affranchis citoyens romains. » (Gaïus, III, § 55, § 56, § 57.)

1815. Comme différences entre le droit établi par la loi *Junia* sur les biens des affranchis latins et le droit régissant l'hérédité des affranchis citoyens, Gaïus cite les suivantes :

1° L'hérédité d'un affranchi citoyen romain n'appartient jamais aux héritiers externes du patron; elle appartient toujours au fils du patron, à ses petits-fils, par son fils, et à ses arrière-petits-fils, par son petit-fils issu de son fils, quand même ils auraient été exhérédés par leur ascendant. Au contraire, les biens des Latins appartiennent, comme des pécules d'esclaves, aux héritiers, même externes, du manumisseur, et non à ses enfants exhérédés. (Gaïus, III, § 58.)

2° L'hérédité d'un affranchi citoyen romain qui a plusieurs patrons appartient par égales portions à ses patrons, quoiqu'ils aient eu un droit de propriété inégal sur cet esclave, avant son affranchissement. Au contraire, les biens des affranchis latins appartiennent à chaque patron, en proportion de la part pour laquelle chacun était propriétaire de cet esclave avant son affranchissement. (Gaïus, III, § 59.)

3° Dans l'hérédité d'un affranchi citoyen romain, un patron exclut le fils d'un autre patron, et le fils d'un patron exclut le petit-fils d'un autre patron. Au contraire, les biens d'un affranchi latin appartiennent à la fois et à l'un des patrons, et à l'héritier de l'autre patron, en proportion de la part qui eût appartenu à cet autre patron, s'il eût survécu. (Gaïus, III, § 60.)

4° L'hérédité de l'affranchi citoyen se divise par têtes entre les enfants des divers patrons; par exemple, s'il existe trois enfants d'un patron et un enfant d'un autre patron, les trois frères prennent trois quarts, et le fils unique prend un quart. Au contraire, les biens des affranchis latins appartiennent aux successeurs de celui qui a fait l'affranchissement, pour la part qui lui serait revenue à lui-même s'il eût survécu. (Gaïus, III, § 61.)

5° Si l'un des patrons répudie sa part dans l'hérédité de l'affranchi citoyen, ou meurt avant d'avoir fait la crétion, l'hérédité entière appartient à l'autre. Au contraire, les biens de l'affranchi latin deviennent caducs pour la part du patron, qui ne recueille pas sa part, et sont attribués au peuple. (Gaïus, III, § 62.)

1816. La première différence, citée par Gaïus, entre les biens laissés par un affranchi citoyen romain et les biens laissés par un affranchi latin junien, consistait en ce que les biens laissés par un affranchi citoyen constituaient une hérédité distincte, n'appartenant jamais aux héritiers externes du patron, tandis que les biens de l'affranchi latin junien, ne constituant pas même une hérédité, ne formaient en quelque sorte qu'une partie du patrimoine du patron; en conséquence, celui qui prenait la succession du patron, même l'héritier externe, avait droit aux biens du Latin junien. Mais Gaïus nous apprend qu'un sénatus-consulte Largien avait atténué cette différence, en décidant que les biens des affranchis latins appartiendraient d'abord aux patrons, ensuite aux enfants des patrons, quand ils n'auraient pas été exhérédés nominativement, suivant leur degré de proximité, et ensuite aux héritiers même externes des patrons : « Plus tard, pendant le consulat de Lupus et de Largus, le sénat décida que les biens des Latins appartiendraient d'abord à ceux qui les auraient affranchis, ensuite aux enfants de ceux-ci, quand ils n'auraient pas été exhérédés nominativement, et suivant leur degré de parenté; enfin, conformément à l'ancien droit, aux héritiers de leurs manumisseurs. » (Gaïus, III, § 63.)

1817. Une divergence d'opinions s'était élevée entre les jurisconsultes sur l'application de ce sénatus-consulte. En effet, Gaïus ajoute : « Quelques-uns pensent qu'en vertu de ce sénatus-consulte le même droit que nous suivons dans l'hérédité des affranchis citoyens est applicable aux biens des Latins; cette opinion est admise surtout par Pegasus. Mais cette opinion est évidemment fausse. En effet, l'hérédité d'un affranchi citoyen romain n'est jamais dévolue aux héritiers externes du patron; au contraire, les biens des Latins, même d'après ce sénatus-consulte, lorsque les enfants du manumisseur ne font plus obstacle, appartiennent aux héritiers externes. De même, en cas d'hérédité d'un affranchi citoyen, aucune exhérédation ne nuit aux enfants du manumisseur; au contraire, pour les biens des Latins, il est déclaré, dans le sénatus-consulte, que l'exhérédation faite nominativement nuit aux enfants. La vérité est donc qu'il résulte seulement de ce sénatus-consulte que les enfants du manumisseur, qui n'ont pas été exhérédés nominativement, sont préférés aux héritiers externes. » (Gaïus, III, § 64.)

1818. Le sénatus-consulte Largien eut pour conséquence de permettre, en quelque sorte, de détacher du patrimoine du patron les biens du Latin junien, pour les attribuer, dans les cas suivants, aux enfants du patron qui n'ont pas été exhérédés nominativement :

1° Le patron du Latin junien a omis, dans son testament, un de ses enfants, émancipé. Cet enfant émancipé, omis, peut recourir à la *bonorum possessio contra tabulas* pour faire tomber le testament de son père ; toutefois, comme il n'a pas été exhérédé nominativement, mais seulement omis, il peut renoncer à la *bonorum possessio contra tabulas* et prendre les biens du Latin junien, en vertu du sénatus-consulte Largien : « Le fils émancipé du patron, passé sous silence, quoiqu'il n'ait pas demandé la possession de biens contre les tables du testament de son père, est cependant préféré, pour les biens du Latin, aux héritiers externes. » (Gaïus, III, § 65.)

2° D'après le droit civil, l'exhérédation de la fille, des petits-fils et petites-filles du testateur, faite *inter cæteros*, suffit pour les priver de la succession ; mais d'après le sénatus-consulte Largien, bien qu'ils aient été exhérédés *inter cæteros*, par cela seul qu'ils n'ont pas été exhérédés nominativement, ils sont encore, quant aux biens des affranchis latins de leur ascendant, préférés aux héritiers externes : « De même, la fille et les autres descendants qu'il est permis, d'après le droit civil, d'exhéréder *inter cæteros*, bien que cela suffise pour les écarter complétement de l'hérédité de leur ascendant, seront néanmoins, quant aux biens des Latins, préférés aux héritiers externes, s'ils n'ont pas été exhérédés nominativement par leur ascendant. (Gaïus, III, § 66.)

3° Lorsqu'un héritier sien s'abstient de la succession de son père, il peut prendre les biens de l'affranchi latin de son père : « Les enfants qui se sont abstenus de l'hérédité de leur père n'en recueillent pas moins les biens du Latin ; car, quoique leur abstention les écarte de l'hérédité, on ne peut cependant point dire qu'ils sont déshérités, pas plus que ceux qui sont passés sous silence dans le testament. » (Gaïus, III, § 67. Traduction de M. Pellat, d'après la restitution de Huschke.)

1819. L'application du sénatus-consulte Largien présentait d'autres difficultés :

1° Lorsque le patron d'un affranchi latin junien avait institué à la fois, pour héritiers, ses propres enfants pour des parts inégales, et un *extraneus*, l'*extraneus* ne prenait rien dans les biens du Latin, car il en était exclu par les enfants du patron, en vertu du sénatus-consulte Largien ; les enfants du patron prenaient tous les biens du Latin. Mais on se demandait de quelle manière les enfants du patron se partageraient, dans ce cas, les biens du Latin junien? Devaient-ils se les partager en proportion de leur part héréditaire, c'est-à-dire en proportion de la part pour laquelle le testateur avait institué chacun d'eux quant à son hérédité? Certains jurisconsultes

pensaient que tous les biens du Latin appartiendraient aux enfants du patron par portions viriles, égales. D'autres jurisconsultes soutenaient que les enfants du patron devaient se partager, par portions viriles, la portion des biens qui, d'après la loi *Julia*, aurait pu être laissée à des héritiers externes, institués avec des enfants; mais que le surplus des biens du Latin devait être partagé, entre les enfants, en proportion de leur part héréditaire : « Si le patron a laissé, avec ses enfants, un héritier externe, Cœlius Sabinus dit que tous les biens appartiendront aux enfants du défunt par portions viriles, parce que, lorsqu'il y a un héritier externe, ce n'est plus la loi *Julia*, mais le sénatus-consulte qui s'applique. Mais Javolenus soutient que les enfants du patron auront par portions viriles, d'après le sénatus-consulte, seulement la partie que les héritiers externes auraient eue, avant le sénatus-consulte, d'après la loi *Julia;* mais que le reste leur appartiendra en proportion de leur part héréditaire. » (Gaïus, III, § 70.)

2° On se demandait encore si le sénatus-consulte s'appliquait aux descendants du patron, qui n'étaient que ses cognats, notamment aux petits-enfants, nés de sa fille, de sorte qu'ils pourraient prendre les biens de l'affranchi latin junien de leur ascendant, à l'exclusion d'un héritier externe institué par cet ascendant. On se demandait aussi si le sénatus-consulte Largien s'appliquait aux enfants de la patronne; de sorte qu'ils pourraient prendre les biens du Latin junien, affranchi par leur mère, à l'exclusion d'un héritier externe institué par cette dernière : « De même, dit Gaïus, on demande si ce sénatus-consulte s'applique aux descendants du patron nés de sa fille ou de sa petite-fille; de sorte que mon petit-fils, qui est né de ma fille, soit préféré, quant aux biens du Latin, à l'héritier externe. De même, on demande si ce sénatus-consulte concerne les affranchis maternels latins; c'est-à-dire si, pour les biens du Latin maternel, le fils de la patronne doit être préféré à l'héritier externe de leur mère. Il a plu à Cassius de décider que le sénatus-consulte est applicable dans les deux cas. Mais presque tous les auteurs rejettent cette opinion, parce que le sénat n'a pas eu en vue les enfants des patronnes, lesquels sont dans une autre famille. Cette solution résulte de ce qu'il écarte les enfants exhérédés nominativement : il paraît n'avoir eu en vue que ceux qui sont exhérédés par leur ascendant, quand ils ne sont pas institués héritiers par lui; or il n'y a pas nécessité pour la mère d'exhéréder son fils ou sa fille, ni pour l'aïeul maternel d'exhéréder son petit-fils ou sa petite-fille, s'ils ne les instituent pas héritiers; et il en est ainsi, soit d'après le droit civil, soit d'après l'édit du préteur, qui promet aux enfants, passés

sous silence, la possession de biens contre les tables du testament. » (Gaïus, III, § 71.)

1820. Il pouvait arriver qu'un affranchi citoyen mourût dans la même condition qu'un affranchi latin junien. C'est ce qui avait lieu, lorsqu'un affranchi latin junien obtenait la qualité de citoyen par le bienfait du prince, sans le consentement du patron. En effet, dans ce cas, s'il fût mort comme citoyen, on eût fait tort au patron qui n'a pas consenti à ce que son affranchi devînt citoyen. Aussi un édit de Trajan décida que cet affranchi latin, devenu citoyen, sans le consentement de son patron, vivrait comme citoyen ; mais qu'au moment de sa mort il perdrait, en même temps que la vie, la liberté et la cité, et mourrait comme Latin. Gaïus nous apprend qu'Adrien fut touché de cette situation faite à cet affranchi, et décida qu'on ne pourrait pas lui refuser le droit d'arriver à la cité romaine par les moyens que la loi *Ælia Sentia* accorde aux affranchis latins pour devenir citoyens (n° 413) : « Quelquefois, cependant, un affranchi citoyen romain meurt comme Latin ; par exemple, quand un Latin a obtenu de l'empereur le droit des Quirites, sous la réserve du droit du patron. C'est ce qu'a décidé le divin empereur Trajan, relativement au Latin qui aurait obtenu de l'empereur le droit des Quirites, sans la volonté ou à l'insu de son patron. Dans ces cas, tant que cet affranchi est vivant, il est semblable aux autres affranchis citoyens romains ; il procrée de *justi liberi;* mais il meurt dans la condition d'un Latin : ses enfants ne peuvent pas être ses héritiers ; et il n'a la *factio testamenti* que pour instituer héritier son patron, et pour lui substituer quelqu'un dans le cas où son patron ne voudrait pas être héritier. — Comme il semblait résulter de cette constitution que ces affranchis ne mourraient jamais avec la qualité de citoyens romains, quand même ils auraient usé des moyens par lesquels, soit en vertu de la loi *Ælia Sentia*, soit en vertu du sénatus-consulte, on devenait citoyen, le divin Adrien, touché de l'iniquité de cette situation, fit voter un sénatus-consulte décidant que ceux qui, à l'insu ou sur le refus de leur patron, auraient obtenu de l'empereur le droit des Quirites, et qui ensuite, usant du droit en vertu duquel, soit d'après la loi *Ælia Sentia*, soit d'après le sénatus-consulte, avaient obtenu la cité romaine, s'ils restaient Latins, seraient considérés comme étant parvenus à la cité romaine, en vertu de la loi *Ælia Sentia* ou du sénatus-consulte. » (Gaïus, III, § 72, § 73.)

1821. Le sénatus-consulte, dont parle Gaïus, qui, comme la loi *Ælia Sentia*, avait fourni aux Latins juniens le moyen de devenir

citoyens, est un sénatus-consulte rendu pendant le règne de Vespasien, qui avait accordé à tous les affranchis latins juniens le droit de devenir citoyens romains, par la *causæ probatio;* or ce droit n'avait été accordé par la loi *Ælia Sentia* qu'aux affranchis qui étaient devenus Latins, parce qu'ils avaient été affranchis avant l'âge de trente ans. (V. n° 413.)

Toutes les règles précédentes s'appliquent non-seulement aux affranchis qui, d'après la loi *Junia Norbana*, n'étaient devenus Latins juniens que parce qu'ils avaient été affranchis par un mode non solennel, mais encore à ceux qui, d'après la loi *Ælia Sentia*, n'étaient devenus Latins juniens que parce qu'ils avaient été affranchis soit avant l'âge de trente ans, soit par celui qui les avait seulement *in bonis*. (N° 399.)

§ III. — DE L'ATTRIBUTION DES BIENS DES AFFRANCHIS DÉDITICES, APRÈS LEUR MORT

1822. Nous savons que les affranchis déditices sont les affranchis qui, pendant leur servitude, avaient été, à titre de peine, mis aux fers par leur maître, ou marqués avec un fer rouge, ou soumis à la question pour un délit et convaincus de l'avoir commis, ou livrés pour combattre contre les bêtes féroces, ou bien jetés dans une école de gladiateurs ou dans une prison. (Gaïus, I, § 13. — Ulp., *Reg.*, I, § 11.)

1823. Que devenaient, au moment de la mort de ces affranchis, les biens qu'ils avaient acquis depuis leur affranchissement? Leur ancien maître les prenait, tantôt à titre de succession, tantôt à titre de pécule : si l'affranchissement de l'affranchi déditice avait été fait avec toutes les conditions exigées pour la validité d'un affranchissement, de manière que cet affranchi fût devenu affranchi citoyen romain, s'il n'avait pas été condamné pendant qu'il était esclave, son maître, dans ce cas, prenait ses biens à titre de succession ; mais quant au déditice qui, s'il n'eût pas été condamné pendant sa servitude, ne serait pas devenu, par son affranchissement, affranchi citoyen, mais seulement latin, son patron prenait ses biens à titre de pécule : « Les biens de ceux que la loi *Ælia Sentia* met au nombre des déditices sont dévolus à leurs patrons, tantôt comme biens d'affranchis citoyens, tantôt comme biens de Latins. En effet, les biens de ceux qui, sans quelque vice dans leur position, seraient devenus, par leur affranchissement, citoyens romains, sont attribués aux patrons, comme biens de citoyens romains. Toutefois ils n'ont pas la faction de testament ; c'est ce qui est admis par plu-

sieurs auteurs, et avec raison; car il paraît impossible que le lgislateur ait voulu accorder la faction de testament aux hommes de la pire condition. Quant aux biens de ceux qui, s'ils n'avaient pas été flétris, seraient devenus Latins par leur affranchissement, ils sont attribués aux patrons de la même manière que s'ils étaient morts Latins. Du reste, je n'ignore point que le législateur n'a pas exprimé, sur ce point, sa volonté en termes suffisamment clairs. » (Gaïus, III, § 74, §, 75, § 76.)

Au temps de Justinien, comme il n'y a plus que des affranchis citoyens romains, une hérédité est possible pour tous les affranchis :

§ 4. « Mais toutes ces règles (les règles sur les successions de l'affranchi citoyen, indiquées dans le § 3) ne s'appliquent aujourd'hui qu'aux affranchis qui parviennent à la cité romaine, puisqu'il n'y a plus, aujourd'hui, d'autres affranchis, les déditices et les Latins juniens ayant été supprimés; car il n'y avait pas de successions légitimes pour les Latins, bien qu'ils vécussent comme libres; en rendant le dernier soupir, ils perdaient en même temps la vie et la liberté; et, en vertu de la loi *Junia*, ceux qui les avaient affranchis gardaient leurs biens en quelque sorte par droit de pécule, comme ceux des esclaves. Mais, ensuite, il avait été ordonné par le sénatus-consulte Largien que les enfants du manumisseur, non exhérédés nominativement, seraient préférés aux héritiers externes sur les biens de ces Latins. Plus tard survint encore l'édit de Trajan qui, lorsqu'un Latin s'était hâté, contre le gré ou à l'insu de son patron, d'arriver, par le bienfait du prince, à la cité romaine, faisait du même homme, vivant, un citoyen, et, à sa mort, un Latin. Mais, par notre constitution, nous avons, à raison de ces vicissitudes de condition et autres difficultés, jugé à propos de supprimer pour toujours, avec les Latins juniens, la loi *Junia* et le sénatus-consulte Largien et l'édit de Trajan, de sorte que tous les affranchis jouiront de la cité romaine, et, ce qui est admirable, c'est que nous avons, par quelques additions, transformé les voies qui conduisaient à la latinité en moyens d'arriver à la cité romaine. »

APPENDICE : DE L'ASSIGNATION DES AFFRANCHIS

(*Inst.*, III, VIII.)

1824. Nous savons que la succession d'un affranchi citoyen, mort sans héritiers siens, appartient d'abord au patron, ensuite à ses enfants, et, à défaut d'enfants, à ses descendants. Mais un sénatus-consulte, rendu pendant le règne de Claude, avait décidé que celui, — qui avait affranchi un de ses esclaves et qui, en qualité de patron, était appelé à sa succession, — venant à mourir avant son affranchi, pourrait disposer de la succession future de son affranchi, au profit d'un de ses descendants qui recueillerait la succession de cet affranchi, par préférence et à l'exclusion des autres descendants du patron. Le texte de ce sénatus-consulte nous a été conservé, au *Digeste*, dans le titre *De adsignandis libertis*. (L. 1, pr. D. 38, 4.)

Pr. « Enfin, en ce qui concerne les biens des affranchis, nous devons avertir que le sénat a pensé que, quoique ces biens appartiennent également à tous les enfants du patron qui sont au même degré, il sera permis au père d'assigner un affranchi à l'un de ses enfants, de manière qu'après sa mort cet enfant, auquel l'affranchi a été assigné, sera censé être le seul patron ; quant aux autres enfants qui, sans l'assignation, auraient été également admis à ces biens, ils n'y auront aucun droit. Mais ces enfants recouvrent leur ancien droit, si celui auquel l'affranchi a été assigné meurt sans laisser d'enfants. »

La succession future d'une affranchie peut être assignée, aussi bien que celle d'un affranchi. (L. 1, pr. D. 38, 4. — § 1 de n. t.)

1825. Par qui l'*adsignatio* peut-elle être faite? Elle peut être faite par le patron de l'affranchi assigné. Quant à la patronne, elle ne peut pas faire une assignation, parce que l'*adsignatio*, comme nous le verrons, ne peut être faite que par celui qui a la puissance paternelle sur la personne en faveur de laquelle l'*adsignatio* est faite. Or la patronne ne peut avoir la puissance paternelle (§ 2, § 3 de n. t.).

Le patron est mort laissant son fils, sans avoir fait l'*adsignatio;* son fils pourra-t-il la faire au profit d'un de ses enfants? Non : « Les enfants du patron, bien qu'ils paraissent, dans la plupart des cas, avoir le même droit que le manumisseur, ne peuvent cependant pas assigner à leurs enfants l'affranchi de leur père, quand même il leur eût été assigné par leur père. Cette opinion est approuvée par Julien et Marcellus. » (L. 8. D. 38, 4.)

1826. Pour que le patron puisse faire une *adsignatio*, il faut qu'après sa mort la succession future de l'affranchi doive appartenir à ses descendants. En effet, si un affranchi a deux patrons, le patron qui meurt le premier ne peut faire une *adsignatio*, parce que la succession future de l'affranchi appartiendra, non à ses descendants, mais au patron survivant, qui, lui, peut faire une *adsignatio* : « *Si ex duobus patronis, alter eorum filio suo libertum adsignaverit, non obstat, quominus alter patronus jus solidum suum haberet.* Si, de deux patrons, l'un a assigné l'affranchi à son fils, cela n'est pas un obstacle à ce que l'autre patron conserve son droit entier. » (L. 12. D. 38, 4.)

1827. Au profit de qui une *adsignatio* peut-elle être faite? L'*adsignatio* peut être faite au profit d'un descendant quelconque du patron, qui se trouve sous sa puissance : fils, fille, petit-fils, petite-fille. Et il n'est pas nécessaire que celui à qui l'*adsignatio* est faite soit directement appelé à la succession future de l'affranchi. Ainsi, par exemple, un patron a sous sa puissance des fils et des petits-fils ; il peut assigner son affranchi à l'un de ses petits-fils dont le père vit encore : « *Posse autem et nepoti adsignari certum est ; et præferri filio nepotem adsignatoris constat* » (L. 3, § 1. D. 38, 4) :

§ 1. « C'est non-seulement un affranchi, mais aussi une affranchie, et non-seulement à un fils ou à un petit-fils, mais aussi à une fille ou à une petite-fille qu'il est permis d'assigner. »

Un patron peut même faire une assignation au profit de son petit-fils, quand même un autre patron décédé aurait laissé des fils, pourvu que le patron survivant, qui fait l'assignation au profit de son petit-fils, ait lui-même des fils au premier degré. (L. 3, pr. D. 38, 4.)

Un patron peut assigner un affranchi à plusieurs de ses descendants ; et il peut assigner plusieurs affranchis ou plusieurs affranchies à un seul de ses descendants : « *Quamvis singulari sermone senatusconsultum scriptum est, tamen et pluribus liberis et plures libertos libertasve posse adsignari, certum est.* » (L. 1, § 1. D. 38, 4.)

1828. L'*adsignatio* ne peut-elle être faite qu'au profit des descendants du patron qui sont sous sa puissance, ou bien peut-elle être faite aussi au profit de ses descendants émancipés? Il résulte des termes du sénatus-consulte : « *Si qui duos pluresve liberos justis nuptiis quæsitos in potestate haberet,* » que l'assignation ne pouvait être faite qu'au profit des descendants que le patron avait sous sa puissance. En effet, le droit de succéder à l'affranchi était un droit de famille appartenant seulement à la famille du patron; or celui des descendants qui est sorti de la famille du patron par une émancipation n'est plus successible. Cependant le jurisconsulte Modestin dit que le patron peut faire une assignation au profit d'un de ses enfants émancipé : « *Utrum si tantum, qui in potestate sit, an etiam emancipato filio adsignare libertum patronus possit, si modo non pauciores quam duos præterea in potestate habeat, dubitari solet.* On doute ordinairement qu'un patron puisse assigner un affranchi non seulement à celui qui est en puissance, mais aussi à un fils émancipé, si toutefois il n'a pas moins de deux enfants sous sa puissance? Il vaut mieux dire qu'il le peut. » (L. 9, D. 38, 4.)—M. Demangeat entend ce texte de Modestin en ce sens que, si un patron a deux enfants sous sa puissance et un enfant émancipé, ce patron peut, en assignant l'affranchi à l'un des *sui*, l'assigner aussi à l'émancipé; de sorte que l'assignation ne pourrait être faite à l'émancipé qu'autant qu'il n'en profiterait pas seul, mais partagerait la succession de l'affranchi avec l'un des *liberi* restés en puissance. — Je ne crois pas que ce texte de Modestin doive recevoir cette interprétation. En effet, d'après le sénatus-consulte, l'assignation ne peut être faite par le patron qu'à l'un des enfants qui se trouvent sous sa puissance : « *Si qui duos pluresve liberos justis nuptiis quæsitos in potestate haberet.* » De plus, d'après les termes du sénatus-consulte que je viens de citer,

pour que l'assignation soit possible et présente une utilité, il faut que le patron ait au moins deux enfants sous sa puissance; or, si le jurisconsulte Modestin exige qu'il y ait au moins deux enfants sous la puissance du patron, pour que l'assignation puisse être faite au profit de l'émancipé, c'est pour que la condition de deux enfants au moins, exigée par les termes du sénatus-consulte, soit réalisée et pour que l'assignation soit possible. Ensuite Modestin décide que la condition de deux enfants en puissance étant réalisée, l'assignation peut être faite au profit de l'émancipé seul, sans que l'assignation soit faite en même temps au profit de l'un des enfants restés en puissance, et, par suite, sans que l'émancipé soit obligé de partager la succession de l'affranchi qui lui a été assigné avec l'un des enfants restés en puissance. Cette décision de Modestin peut s'expliquer par cette règle prétorienne d'après laquelle le préteur considère la *capitis deminutio* résultant d'une émancipation comme non avenue, et accorde, en général, aux enfants émancipés les mêmes droits qu'aux enfants restés en puissance.

Ce qui est certain, c'est que lorsqu'une assignation a été faite par un patron à l'un de ses enfants, si, ensuite, cet enfant est émancipé, l'assignation s'évanouit :

§ 2. « Or cette faculté d'assigner est donnée à celui qui a deux ou plusieurs enfants sous sa puissance, de manière qu'il puisse assigner un affranchi ou une affranchie. De là on se demandait si, le père ayant émancipé celui auquel il a fait l'assignation, l'assignation s'évanouirait. Mais il a été admis qu'elle s'évanouira; tel a été l'avis de Julien et de la plupart des autres jurisconsultes. »

1829. Aucune formalité particulière n'est exigée pour faire une assignation : « L'assignation peut être faite par paroles quelconques, par testament, par codicilles, par un acte entre-vifs, même *nutu*, c'est-à-dire par un simple signe de tête. *Adsignare autem quis potest quibuscunque verbis, vel nutu, testamento, vel codicillis, vel vivus.* » (L. 1, § 3. D. 38, 4.)

§ 3. « Il importe peu que l'assignation soit faite dans un testament ou sans testament. Il est encore permis aux patrons de la faire en paroles quelconques, d'après le sénatus-consulte qui fut fait au temps de Claude, pendant le consulat de Julius Rufus et d'Osterius Scapula. »

1830. L'assignation s'évanouit : 1° par la mort du descendant auquel l'assignation a été faite, lorsqu'il meurt, sans enfants, avant l'affranchi ou l'affranchie dont l'assignation lui a été faite (pr. de n. t.) ; — 2° par l'émancipation du descendant auquel l'assignation a été faite (§ 3 de n. t.) ; — 3° par la révocation. En effet, l'assignation

peut être révoquée par celui qui l'a faite, et la révocation n'est soumise non plus à aucune forme particulière : « *Adimere adsignationem etiam nuda voluntate poterit.* » (L. 1, § 4. D. 38, 4.)

CHAPITRE II

DES POSSESSIONS DE BIENS

(*Inst.*, III, IX.)

ARTICLE PREMIER. — DROIT ANTÉRIEUR A JUSTINIEN

1831. *Définition.* — La *bonorum possessio*, comme l'hérédité, est une *successio in universum jus defuncti*. Mais la *successio in universum jus defuncti* prend le nom de *bonorum possessio*, lorsqu'elle est attribuée à une personne par le droit prétorien, tandis qu'elle prend le nom d'*hereditas*, lorsqu'elle est attribuée à une personne par le droit civil. La *bonorum possessio* est donc, comme on l'a dit, l'*hérédité*, moins le nom. Si le préteur ne peut faire des héritiers, il peut constituer des personnes *loco heredum* :

§ 2. « Ceux que le préteur appelle seul à l'hérédité ne deviennent pas héritiers d'après le droit ; car le préteur ne peut faire des héritiers. C'est seulement par la loi, ou par une disposition semblable du droit, par exemple, par des sénatus-consultes ou par les constitutions des princes, que des héritiers peuvent être faits ; mais lorsque le préteur leur donne la possession de biens, ils sont constitués à la place d'héritiers et s'appellent possesseurs de biens. »

1832. La *bonorum possessio* est un droit à une hérédité, existant indépendamment de toute possession effective des choses héréditaires. Aussi Ulpien donne, de la *bonorum possessio*, la définition suivante : « *Bonorum possessionem ita recte definiemus jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quæ cujus, cum moritur, fuit.* Nous définirons exactement la possession de biens ainsi : c'est le droit de poursuivre et de retenir le patrimoine ou la chose qui a appartenu à une personne au moment de sa mort. » (L. 3, § 2. D. 37, 1.)

Ainsi la *bonorum possessio* est un droit à une hérédité ouverte, et c'est pourquoi il ne faut pas la confondre avec la *possessio rerum*. En effet, la *possessio rerum* est un fait : c'est le fait de détenir corporellement une chose, fait qui peut exister d'abord sans droit, sauf ensuite à conduire quelquefois au droit de propriété par l'usucapion ; — tandis que la *bonorum possessio* est un droit qui, tout d'abord, est indépendant du fait matériel de la détention. C'est ce que le juriscon-

sulte Ulpien exprime très-bien : « ... La possession de l'hérédité ou la *bonorum possessio* ne doit pas être entendue, comme l'a écrit Labéon, de la même manière que la possession des choses (*possessio rerum*). En effet, la *bonorum possessio* est plutôt de droit que de fait ; de sorte que, lors même qu'il n'y a rien de corporel dans l'hérédité, Labéon dit que la *bonorum possessio* est très-justement admise. » (L. 3, § 1. D. 37, 1.) — Ainsi il peut très-bien y avoir *bonorum possessio* pour une hérédité qui ne contient aucun bien corporel. A l'inverse, lors même que l'hérédité contient des biens corporels, le *bonorum possessor* ne possède pas ces biens corporels par cela seul qu'il a obtenu la *bonorum possessio*. Il n'aura la possession matérielle des biens de l'hérédité que lorsqu'il les aura appréhendés. Pour obtenir la possession matérielle des biens corporels de l'hérédité, il a un interdit, appelé interdit *quorum bonorum*.

1833. Il ne faut pas confondre non plus la *bonorum possessio* avec la *possessio bonorum*. La *possessio bonorum* est un mode d'exécution des jugements, par lequel les créanciers d'un débiteur condamné se font envoyer en possession des biens de ce débiteur pour pouvoir les vendre, et ensuite se faire payer sur le prix de vente ; au contraire, la *bonorum possessio* est un droit sur une hérédité.

1834. Au moyen des *bonorum possessiones*, les préteurs ont organisé, à l'imitation de l'hérédité du droit civil, un véritable système de succession prétorienne, comprenant, comme l'hérédité du droit civil, plusieurs ordres de successeurs. Ce système de succession prétorienne n'a pas été imaginé ni organisé d'un seul coup, mais lentement et successivement, comme nous allons le voir en recherchant l'origine de la *bonorum possessio*, et le but que se proposaient les préteurs en établissant des *bonorum possessiones*.

1835. *Origine de la bonorum possessio.* — D'après l'opinion généralement admise aujourd'hui par les interprètes du droit romain, le préteur aurait accordé primitivement la *bonorum possessio*, pendant la durée d'un procès relatif à une hérédité, à l'un des plaideurs, pour déterminer le rôle que chacun des plaideurs jouerait pendant l'instance. Celui auquel la possession des choses héréditaires était attribuée pendant la durée de l'instance jouait le rôle de défendeur.

Pour comprendre cette origine de la *bonorum possessio*, il convient de connaître l'ancienne procédure de l'action *sacramenti*, appliquée non-seulement à la revendication des choses corporelles, mais aussi à la revendication d'une hérédité. Voici cette procédure de l'ancienne action de la loi appelée *actio sacramenti*. — Lorsqu'un procès s'élevait entre deux personnes relativement à la propriété

d'un meuble, le meuble litigieux devait être apporté ou conduit devant le magistrat. L'une des deux personnes qui revendiquait ce meuble, comme lui appartenant, tenant d'une main une baguette, saisissait l'objet du litige, par exemple l'esclave, et disait : « J'affirme que cet homme est mien d'après le droit des Quirites. Tu le vois, j'ai mis sur lui la vindicte. » En même temps, elle posait la baguette sur l'esclave. De son côté, l'adversaire disait les mêmes paroles et faisait les mêmes actes. Ensuite le préteur disait : « Lâchez tous deux cet homme. » Puis celui qui avait revendiqué le premier interrogeait l'autre ainsi : « Je demande pour quelle cause tu as revendiqué. » Celui-ci répondait : « J'ai accompli le droit en imposant la vindicte. » Ensuite celui qui avait revendiqué le premier disait : « Attendu que tu as revendiqué injustement, je te provoque par un *sacramentum* de cinq cents as d'airain. » L'adversaire disait à son tour : « Je te provoque également. » Après quoi, le préteur attribuait la possession du meuble litigieux à l'un des plaideurs (*vindicias dicebat*), c'est-à-dire constituait l'un des plaideurs possesseur du meuble litigieux pour la durée de l'instance. (Gaïus, IV, § 16.) — Si le débat avait pour objet une chose de telle nature qu'elle ne pouvait être apportée ou conduite devant le préteur, par exemple un fonds de terre ou une hérédité, on prenait quelque partie du fonds ou quelque objet de l'hérédité, et on l'apportait devant le préteur : la revendication faite sur cette parcelle du fonds ou sur cet objet de l'hérédité était censée faite pour le fonds tout entier ou pour l'hérédité entière. Après quoi le préteur attribuait la possession de la parcelle du fonds à l'un des plaideurs, qui était censé être mis en possession du fonds tout entier; s'il s'agissait d'une hérédité, le préteur attribuait la possession de l'objet de cette hérédité, apporté devant lui, à l'un des plaideurs, qui était censé être mis en possession de l'hérédité entière. (Gaïus, IV, § 17.)

En fait, le préteur attribuait la possession de l'hérédité à celui des plaideurs qui lui paraissait avoir le plus de droits à l'hérédité, par exemple à celui qui lui présentait un testament régulier à l'appui de sa prétention, ou à celui qui lui paraissait avoir le plus de droits à l'hérédité *ab intestat*. C'est cette possession accordée par le préteur à l'un des plaideurs, pendant l'instance d'un procès relatif à une hérédité, que l'on s'accorde à considérer comme l'origine de la *bonorum possessio*. L'avantage de la possession, pour celui qui l'obtenait, était de mettre l'adversaire dans la nécessité de prouver son droit à l'hérédité. Si l'adversaire ne parvenait pas à prouver son droit à l'hérédité, celui auquel la possession avait été attribuée gardait

l'hérédité. Bientôt le préteur prit l'habitude d'accorder la possession de l'hérédité, en dehors de tout litige, à celui qui la lui demandait, en appuyant sa demande sur un testament régulier, ou en prouvant qu'il était le plus proche héritier légitime *ab intestat*. — Enfin le préteur aurait fini par promettre d'avance, dans son édit, la *bonorum possessio* à celui qui lui présenterait un testament régulier ou qui prouverait sa qualité d'héritier légitime le plus proche *ab intestat*. De là : la *bonorum possessio secundum tabulas* et la *bonorum possessio unde liberi*. En agissant ainsi, le préteur ne faisait que confirmer le droit civil. — Plus tard, le préteur aurait pris l'habitude, lorsque le défunt ne laissait pas d'héritiers appelés par le droit civil, d'accorder la *bonorum possessio* à certains parents du défunt auxquels il croyait juste d'attribuer la succession. C'est ainsi que le préteur aurait introduit notamment la *bonorum possessio unde cognati*. En agissant ainsi, le préteur complétait le droit civil. — Enfin, ce n'est qu'en dernier lieu, et seulement au commencement de l'Empire, que le préteur se serait enhardi à accorder des *bonorum possessiones* pour corriger le droit civil. C'est dans ce but que le préteur aurait introduit, notamment, la *bonorum possessio contra tabulas* au profit du fils émancipé, contre le testament de son père, pour lui permettre de partager la succession avec ses frères restés en puissance.

1836. Les *bonorum possessiones*, successivement introduites par les préteurs, peuvent être divisées en plusieurs classes, suivant le point de vue auquel on les envisage :

1° Au point de vue du but que les préteurs se proposaient en les introduisant, elles se divisent : 1° en *bonorum possessiones confirmandi juris civilis gratia;* — 2° en *bonorum possessiones supplendi juris civilis gratia;* — 3° en *bonorum possessiones emendandi* ou *corrigendi juris civilis gratia;*

2° Suivant que le défunt est mort testat ou intestat, elles se divisent : 1° en *bonorum possessiones* testamentaires ; — 2° en *bonorum possessiones ab intestat;*

3° Suivant qu'elles sont accordées d'avance en vertu d'une disposition générale de l'édit, ou qu'elles sont accordées en vertu d'un décret spécial du préteur, elles se divisent : 1° en *bonorum possessiones edictales;* — 2° en *bonorum possessiones decretales;*

4° Suivant qu'elles donnent ou ne donnent pas à ceux auxquels elles sont accordées un droit définitif à l'hérédité, elles se divisent : 1° en *bonorum possessiones cum re* ;— 2° en *bonorum possessiones sine re.*

§ Ier. — BUT QUE SE PROPOSE LE PRÉTEUR.

1837. En établissant des *bonorum possessiones*, les préteurs se proposaient divers buts à atteindre. Ils accordaient des *bonorum possessiones :*

1° Dans le but de confirmer le droit civil : *confirmandi juris gratia.* Telle est, dans la succession testamentaire, la *bonorum possessio secundum tabulas*, accordée même à celui qui a été régulièrement institué *jure civili;* telles sont, dans la succession *ab intestat*, la *bonorum possessio unde liberi*, accordée par le préteur à celui qui est héritier sien d'après le droit civil, et la *bonorum possessio unde legitimi*, accordée à celui qui est appelé par le droit civil en qualité d'agnat le plus proche :

§ 1. « Quelquefois, cependant, le préteur promet la possession de biens, non pour corriger, ni pour combattre l'ancien droit, mais plutôt pour le confirmer. En effet, il donne, à ceux qui sont institués héritiers par un testament régulièrement fait, la possession de biens selon les tables du testament. De même, *ab intestat*, il appelle à la possession de biens les héritiers siens et les agnats, quoique, sans la possession de biens, la succession leur appartienne d'après le droit civil. »

1838. Quel avantage la *bonorum possessio unde liberi* peut-elle procurer aux héritiers siens, déjà appelés à l'hérédité par le droit civil? Quel avantage la *bonorum possessio unde legitimi* peut-elle procurer à l'agnat le plus proche, déjà appelé à l'hérédité légitime par le droit civil? Elle leur permettra de recourir à l'interdit *quorum bonorum* pour se faire mettre en possession effective des biens corporels de l'hérédité : « Le préteur appelle, *ab intestat*, les héritiers siens et les agnats à la possession de biens. Dans ce cas, tout l'avantage que procure le bénéfice accordé par le préteur consiste en ce que celui qui a demandé la possession de biens peut se servir de l'interdit *quorum bonorum*. Du reste, même en négligeant la possession de biens, l'hérédité leur appartient d'après le droit civil. » (Gaïus, III, § 34.)

2° Quelquefois le préteur accorde des *bonorum possessiones* dans le but de compléter le droit civil : *supplendi juris gratia.* C'est ce qu'il fait en appelant, de sa propre autorité, des successeurs nouveaux à l'hérédité, lorsque le défunt ne laisse aucun héritier appelé par le droit civil. C'est ainsi qu'à défaut d'héritiers appelés par le droit civil le préteur accorde la *bonorum possessio unde cognati* aux cognats du défunt, par ordre de proximité, et la *bonorum possessio unde vir et uxor* au conjoint survivant, dans la succession de son conjoint décédé :

§ 2. « ... Le préteur a encore établi plusieurs degrés dans les possessions de biens qu'il accorde, ce qu'il faisait pour qu'on ne mourût pas sans successeur. En effet, le préteur a équitablement étendu le droit de recueillir les hérédités, renfermé dans des limites très-étroites par la loi des Douze-Tables. »

3° Enfin le préteur accorde des *bonorum possessiones* dans le but de corriger le droit civil : *emendandi* ou *corrigendi juris civilis gratia*. C'est ce qu'il fait lorsqu'il accorde la *bonorum possessio contra tabulas* à un enfant émancipé, omis dans le testament de son père. En effet, d'après le droit civil, lorsqu'un testateur a omis dans son testament son fils émancipé, le testament est néanmoins valable. Au contraire, le préteur considère la *capitis deminutio* résultant de l'émancipation comme non avenue, et appelle l'enfant émancipé à la succession de son père en lui donnant la *bonorum possessio contra tabulas*. — C'est encore pour corriger le droit civil que le préteur accorde aux enfants émancipés la *bonorum possessio unde liberi* dans la succession *ab intestat*. En effet, d'après le droit civil, les enfants émancipés, n'étant plus sous la puissance paternelle, ne sont pas héritiers siens de leur père et n'ont aucun droit à sa succession. Mais le préteur, corrigeant le droit civil, considère encore comme non avenue la *capitis deminutio* des émancipés, et les appelle à la succession *ab intestat* par la *bonorum possessio unde liberi*. — Enfin, c'est encore pour corriger le droit civil que le préteur accorde la *bonorum possessio contra tabulas* au posthume externe institué héritier. En effet, d'après le droit civil, le posthume externe n'a pas la *factio testamenti*, ne peut être institué héritier, parce qu'il est une personne incertaine. Or les personnes incertaines ne peuvent être instituées, d'après le droit civil. Au contraire, le préteur vient à son secours et lui accorde la *bonorum possessio secundum tabulas*, qui lui permet de prendre la succession, bien que son institution soit nulle d'après le droit civil :

Pr. « Le droit des possessions de biens a été introduit par le préteur pour corriger l'ancien droit. Le préteur a corrigé de cette manière l'ancien droit, non-seulement dans les hérédités des intestats, comme nous l'avons dit plus haut, mais encore dans les hérédités de ceux qui sont morts avec un testament. En effet, si un posthume externe avait été institué héritier, bien que, d'après le droit civil, il ne pût faire adition d'hérédité, parce que son institution n'était pas valable, cependant, il devenait possesseur de biens avec le secours du préteur. Mais aujourd'hui, en vertu de notre constitution, ce posthume est valablement institué héritier, et en quelque sorte reconnu par le droit civil. »

1839. Dans quel ordre le préteur a-t-il introduit successivement ces diverses *bonorum possessiones?* Bien que Justinien dise, dans le *principium* de notre titre, que le droit de possession de biens fut introduit par le préteur pour corriger le droit civil, cependant on

est généralement d'accord pour présumer que le préteur commença par accorder la possession de biens à celui qui lui paraissait avoir le plus de droits à l'hérédité : d'abord, à celui qui appuyait sa demande sur un testament régulier, il accordait la *bonorum possessio secundum tabulas;* et, *ab intestat*, à celui qui lui paraissait être l'héritier légitime le plus proche, il accordait la *bonorum possessio unde liberi;* de sorte que le préteur aurait commencé par accorder des possessions de biens ayant pour but de confirmer le droit civil. — Plus tard, le préteur aurait accordé des possessions de biens ayant pour but de compléter le droit civil, lorsque le défunt ne laissait aucun héritier appelé par le droit civil; de sorte que le préteur serait venu donner un droit de succession à des personnes qui n'étaient pas appelées par le droit civil, par exemple la *bonorum possessio unde cognati* aux cognats du défunt, la *bonorum possessio unde vir et uxor* au conjoint survivant dans la succession de son conjoint décédé. — Enfin, en dernier lieu, le préteur aurait accordé des possessions de biens ayant pour but de corriger le droit civil, par exemple la possession de biens *contra tabulas* et la possession de biens *unde liberi*, accordées aux enfants émancipés, l'une dans la succession testamentaire, l'autre dans la succession *ab intestat*. — Ce qui confirme cette opinion, c'est que Cicéron ne mentionne que les possessions de biens qui ont pour but de confirmer ou de compléter le droit civil. Il ne parle pas des possessions de biens qui ont pour but de corriger le droit civil. (*Seconde action contre Verrès*, liv. I, nos 44 et 45. — *Pro Cluentio*, n° 60.) — On a conjecturé de ce qui précède que les *bonorum possessiones corrigendi juris civilis gratia* n'ont été introduites que pendant le règne d'Auguste.

1840. *Différences entre l'hérédité et la bonorum possessio.* — J'ai dit que la *bonorum possessio*, comme l'hérédité du droit civil, est une *successio in universum jus quod defunctus habuit;* que la *bonorum possessio* est une succession prétorienne analogue à la succession du droit civil; cependant il y a quelques différences entre l'hérédité du droit civil et la *bonorum possessio :*

1° Au point de vue de l'acquisition de l'hérédité? L'esclave héritier nécessaire acquiert l'hérédité testamentaire de plein droit, même à son insu et malgré lui, sauf qu'il peut user du bénéfice de séparation. L'héritier sien et nécessaire acquiert l'hérédité testamentaire ou *ab intestat* de plein droit, même à son insu et malgré lui, sauf qu'il peut user du bénéfice d'abstention. L'héritier externe institué acquiert l'hérédité testamentaire par une simple manifestation de la volonté d'être héritier. — Au contraire, le *bonorum possessor* doit demander au préteur la *bonorum possessio*, et il n'acquiert

l'hérédité que lorsque le préteur lui a accordé cette *bonorum possessio*

2° Au point de vue de leurs effets? L'hérédité, une fois acquise à l'héritier, lui est réellement et définitivement acquise. — Au contraire, souvent la *bonorum possessio*, accordée au *bonorum possessor*, ne lui confère qu'un droit nominal ; ceci arrive toutes les fois qu'une *bonorum possessio* lui est accordée *sine re*.

3° Autre différence au point de vue de leurs effets? L'héritier du droit civil, dès qu'il a acquis l'hérédité, devient propriétaire *ex jure Quiritium* des biens de l'hérédité. — Au contraire, après qu'il a obtenu du préteur la *bonorum possessio* , le *bonorum possessor* n'a d'abord qu'*in bonis* les biens de l'hérédité, sauf à en acquérir la propriété quiritaire par l'usucapion.

4° Au point de vue de l'exercice du droit acquis par l'héritier et par le *bonorum possessor*? L'héritier du droit civil, dès qu'il a acquis l'hérédité, a la *petitio hereditatis* pour réclamer, soit cette hérédité dans son ensemble, soit même individuellement les biens héréditaires ; il peut aussi intenter cette action contre les débiteurs de l'hérédité. — Au contraire, le *bonorum possessor* n'eut tout d'abord, pour se faire mettre en possession des biens corporels de l'hérédité, que l'interdit *quorum bonorum*, et des actions *fictices* pour poursuivre les débiteurs de l'hérédité ; mais nous verrons que le préteur finit par accorder au *bonorum possessor* une *possessoria petitio hereditatis*, par laquelle il put réclamer l'ensemble de l'hérédité et poursuivre les débiteurs du défunt.

§ II. — CIRCONSTANCES DANS LESQUELLES EST MORT LE DE CUJUS.

I. — Le de cujus est mort testat?

1841. Il y a deux possessions de biens testamentaires : la *bonorum possessio contra tabulas* et la *bonorum possessio secundum tabulas* :

§ 3. « Les possessions de biens, données en cas de testament, sont : la première, celle qui est accordée aux enfants omis, et qui s'appelle *contra tabulas;* la seconde, celle que le préteur promet à tous les héritiers légalement institués, et qui s'appelle *secundum tabulas.* »

1° *De la bonorum possessio contra tabulas.*

1842. La *bonorum possessio contra tabulas* est une possession de biens que le préteur accorde à certaines personnes, dans certains cas, pour attaquer et faire annuler le testament d'un défunt.

1843. *A quelles personnes la possession de biens contra tabulas est-elle accordée?* — Le préteur l'accorde :

1° A tous les enfants ou descendants du testateur, héritiers siens,

c'est-à-dire ; aux enfants, fils ou filles ; aux petits-fils et petites-filles, nés d'un fils prédécédé ou émancipé ; aux arrière-petits-fils et arrière-petites-filles, nés d'un petit-fils, issu d'un fils; prédécédés ou émancipés, lorsque ces personnes ont été omises dans le testament de leur ascendant, ou lorsqu'elles n'ont pas été exhérédées régulièrement; car une exhérédation irrégulière équivaut à une omission. Or, d'après le droit civil, les fils doivent être exhérédés nominativement; la fille, le petit-fils et la petite-fille peuvent être exhérédés *inter cæteros*. Mais, d'après le droit prétorien, tous les descendants du sexe masculin, fils, petits-fils *ex filio*, arrière-petits-fils *ex nepote ex filio nato*, doivent être exhérédés nominativement; la fille, la petite-fille *ex filio*, les arrière-petites-filles *ex nepote ex filio nato*, peuvent être exhérédées *inter cæteros* ;

2° Au fils adoptif omis dans le testament de son père adoptif;

3° A tous les enfants et descendants du testateur, omis, qui, sans une *capitis deminutio* résultant d'une émancipation, eussent été ses héritiers siens ;

4° Quelquefois à un fils ou à un petit-fils qui se trouve dans une famille adoptive.

1844. Parmi tous ceux qui ont le droit de demander la possession de biens *contra tabulas* et d'en profiter, nous en trouverons qui ont par eux-mêmes le droit de la demander et d'en profiter, et d'autres qui n'ont le droit de la demander et d'en profiter qu'autant que « *edictum committitur per alium* », c'est-à-dire qu'autant que la *bonorum possessio contra tabulas* est demandée par un autre.

1845. *De la bonorum possessio contra tabulas accordée à un fils en puissance, suus heres.*

Il semble que la *bonorum possessio contra tabulas* est inutile aux fils du testateur, qui se trouvent sous sa puissance au jour de sa mort. En effet, d'après le droit civil, lorsqu'un fils soumis à la puissance paternelle a été omis, le testament est nul, et la succession s'ouvre *ab intestat* à son profit, et, s'il a été institué, le testament est valable. Néanmoins la possession de biens *contra tabulas* peut être utile au fils du testateur *suus heres*, soit lorsqu'il a été institué, soit lorsqu'il a été omis.

Pour comprendre l'utilité de la possession de biens *contra tabulas* accordée au fils en puissance, *institué* héritier, il faut savoir que : si un fils *suus heres* institué n'a pas par lui-même le droit de demander la possession de biens *contra tabulas*, il aura néanmoins le droit de la demander, si elle peut être demandée par un autre fils qui n'a pas été institué, c'est-à-dire « *si edictum committitur per alium* ». (L. 3, § 11. D. 37, 4.) — Or, supposons que l'un des fils du testateur, *suus*

heres, a été institué par lui, mais institué seulement pour un quart de l'hérédité, avec un *extraneus* qui a été institué pour les trois quarts de la succession. Ce fils, *suus heres*, institué pour un quart, n'a pas le droit de critiquer le testament de son père. Mais si un autre fils, également *suus heres*, a été omis, cet autre fils, omis, peut attaquer le testament par la possession de biens *contra tabulas*, et alors le fils institué peut lui-même attaquer le testament par cette même possession de biens, ce qui lui sera fort utile. En effet, si le fils institué ne pouvait invoquer la possession de biens *contra tabulas*, le fils omis, ayant fait annuler le testament par la possession de biens *contra tabulas*, prendrait les trois quarts laissés à l'héritier externe, qui sera exclu par lui, tandis que le fils institué n'aurait que le quart pour lequel il a été institué. Au contraire, le fils institué ayant le droit d'invoquer la possession de biens *contra tabulas*, par cela seul que son frère omis a le droit de la demander, prendra la moitié de la succession, et son frère omis l'autre moitié, parce que, dans ce cas, le préteur annule le testament, et la succession s'ouvre *ab intestat*. Et même, en pareil cas, le fils institué peut prendre l'initiative et attaquer le testament, avant que le fils omis ne l'attaque lui-même. (L. 10, § 6. D. 37, 4.)

Mais pour que le fils institué puisse obtenir, dans ce cas, la possession de biens *contra tabulas*, il faut qu'il s'abstienne, c'est-à-dire qu'il ne s'immisce pas dans les biens de la succession; il faut aussi qu'il n'approuve pas le testament, en payant les legs, car alors il n'aurait que la part pour laquelle il a été institué. (L. 14, pr. *in fine*. D. 37, 4.)

1846. Il faut bien remarquer que les enfants, *sui heredes*, institués, ne peuvent invoquer la possession de biens *contra tabulas* qu'autant que « *edictum committitur per alium* », c'est-à-dire qu'autant qu'il y a au moins un autre enfant, omis, qui peut demander la possession de biens *contra tabulas* (n° 1844), et alors les enfants institués l'invoqueront eux-mêmes, s'ils ont été institués pour une part moindre que celle qu'ils peuvent obtenir par la possession de biens *contra tabulas*.

1847. Lorsqu'un fils en puissance, *suus heres*, a été omis dans le testament de son père, d'après le droit civil, son omission rend le testament nul, et, d'après le droit prétorien, ce fils omis peut demander la possession de biens *contra tabulas*. Mais ce fils en puissance omis, venant à la succession par la possession de biens *contra tabulas*, n'est pas tenu d'acquitter les legs et fidéicommis contenus dans le testament : « Celui qui est en puissance, et qui a été omis, ne devra pas exécuter les legs, bien qu'il ait demandé la possession de

biens *contra tabulas*, puisque, même en ne demandant pas la possession de biens, il obtiendrait l'hérédité *ab intestat.* » (L. 15, pr. D. 37, 5.)

Le fils en puissance institué, lorsqu'il peut invoquer la possession de biens *contra tabulas*, parce que « *edictum committitur per alium*, » et le fils en puissance, omis, lorsqu'ils auront obtenu la possession de biens *contra tabulas*, pourront user de l'interdit *quorum bonorum*.

1848. Un fils en puissance, *suus heres*, a été *exhérédé* dans le testament de son père ; il semble qu'il ne pourra pas invoquer la possession de biens *contra tabulas*, parce que le préteur ne l'accorde pas aux enfants qui ont été exhérédés. Cependant il y a deux cas où le fils, *suus heres*, exhérédé, peut demander la possession de biens *contra tabulas*, et les interprètes du droit romain disent que, dans ces deux cas, la possession de biens *contra tabulas* devient pour lui *necessaria*. Mais alors il doit, comme l'émancipé qui invoque la possession de biens *contra tabulas*, acquitter les legs et fidéicommis faits aux ascendants et aux descendants du testateur, ou faits, *dotis nomine*, à la femme ou à la bru du testateur, parce que dans ces deux cas il n'a pas d'autre moyen d'arriver à la succession.

Premier cas. — Un testateur, ayant un fils en puissance, *suus heres*, a institué des héritiers à deux degrés, c'est-à-dire a institué des héritiers et leur en a substitué d'autres. Au premier degré, le fils, *suus heres*, a été omis, et exhérédé au second degré. Comme le fils n'est pas exhérédé, mais omis au premier degré, son omission rend les institutions du premier degré nulles. Mais comme il a été exhérédé au second degré, les institutions du second degré sont valables d'après le droit civil. Au contraire, d'après le droit prétorien, le testament n'étant pas nul au premier degré, le préteur donne la possession de biens *contra tabulas* au fils omis dans ce premier degré, pour écarter les héritiers du premier degré, s'ils existent encore au moment de la mort du testateur, et le fils prend la succession à l'exclusion des héritiers du second degré. Mais si, à la mort du testateur, les héritiers du premier degré sont prédécédés, la succession se trouve dévolue aux héritiers du second degré ; or, vis-à-vis d'eux, le fils, étant exhérédé, ne peut demander la possession de biens *contra tabulas*, parce que le préteur n'accorde pas la possession de biens *contra tabulas* aux enfants exhérédés : dans ce cas, les héritiers du second degré prennent la succession. Ainsi un testateur, ayant un fils en puissance, a institué des héritiers à deux degrés : au premier degré, il a omis son fils ; au second, il l'a exhérédé. Ce fils omis au premier degré et exhérédé au second pourra-t-il demander la pos-

session de biens *contra tabulas* et prendre la succession ? Il faut distinguer : si, à la mort du testateur, l'hérédité se trouve dévolue aux héritiers du premier degré ou, au contraire, aux héritiers du second degré ; et, par suite, si le fils omis au premier degré et exhérédé au second se trouve en conflit avec les héritiers du premier degré ou, au contraire, avec les héritiers du second. Si, au moment de la mort du testateur, les héritiers du premier degré sont encore vivants, c'est à eux que l'hérédité est dévolue par le premier testament, mais le fils, qui vis-à-vis d'eux a été omis, peut, *jure prætorio*, faire tomber leur institution, par la possession de biens *contra tabulas*, car le préteur l'accorde aux enfants, *sui heredes*, omis ; et au moyen de la possession de biens *contra tabulas* le fils omis écartera même les héritiers du second degré et prendra l'hérédité. Que si, au contraire, à la mort du testateur, les héritiers du premier degré sont prédécédés, la succession se trouve dévolue par le deuxième testament aux héritiers du second degré ; mais, vis-à-vis d'eux, le fils, étant exhérédé, ne peut demander la possession de biens *contra tabulas*, parce que le préteur ne l'accorde pas aux enfants exhérédés. Dans ce cas, ce sont les héritiers du second degré qui auront la succession : « *A primo gradu præteritus est filius, a secundo exheredatus : si in primo gradu scripti non sint in rebus humanis, mortis tempore testatoris : dicendum est, contra tabulas bonorum possessionem præteritum petere non posse ; hereditas enim in secundo gradu versatur, non in primo, ex quo neque adiri hereditas, neque bonorum possessio peti potest. Sed si post mortem testatoris decesserint heredes scripti, idem Marcellus putat contra tabulas bonorum possessionem semel natam competere.* Un fils a été omis au premier degré et exhérédé au second : si les héritiers institués au premier degré sont décédés au temps de la mort du testateur, il faut dire que le fils omis ne peut demander la possession de biens ; car l'hérédité est dévolue non au premier degré, mais au second, dans lequel l'hérédité ne peut être acceptée ni la possession demandée. Mais si les héritiers institués au premier degré sont morts après le testateur, le même Marcellus pense que la possession de biens *contra tabulas*, une fois née, peut être demandée. » (L. 8, § 5. D. 37, 4.)

Deuxième cas. — Un testateur a fait deux testaments. Dans le premier, il a exhérédé un fils en puissance, *suus heres*. Ce premier testament est valable *jure civili*, bien que le fils y soit exhérédé. Dans le second, il a omis ce fils. Ce deuxième testament est nul *jure civili*, mais valable d'après le droit prétorien, et il rompt le premier testament. Le fils, omis dans le deuxième testament, peut-il faire écarter ce deuxième testament par la possession de biens *contra tabulas* et

prendre la succession ? Oui, si les héritiers institués dans le second testament sont précisément ceux qui, en faisant abstraction du fils, viendraient à la succession, si la succession s'ouvrait *ab intestat* : « S'il existe un premier testament, *jure factum*, dans lequel un fils a été exhérédé et un second testament *imperfectum*, dans lequel ce fils a été omis ; ce fils omis dans le second testament demande valablement la possession de biens, si, en faisant abstraction de lui, les héritiers institués dans le second testament se trouvent être les héritiers préférables dans cette hérédité. Ainsi la règle est que, si celui contre lequel le fils demande la possession de biens peut, le fils lui-même étant écarté, obtenir l'hérédité, le fils peut aussi valablement demander la possession de biens ; mais si celui-là ne peut obtenir l'hérédité, le fils lui-même est exclu. » (L. 12, § 1. D. 37, 4.)

Ainsi, lorsqu'un fils, *suus heres*, a été exhérédé dans un premier testament et omis dans un second testament, il pourra demander la possession de biens contre le second testament dans lequel il a été omis, et prendre la succession, si ceux qui sont institués dans ce second testament sont précisément ceux qui, à son défaut, seraient héritiers *ab intestat*. Ce sont, par exemple, des petits-fils du défunt, ses propres fils à lui qui, à son défaut, seraient héritiers siens au deuxième degré dans la succession *ab intestat*. Or il est juste que lui-même, héritier sien au premier degré dans la succession *ab intestat*, leur soit préféré. D'un autre côté, il prend la succession à l'exclusion des héritiers institués dans le premier testament, parce que le premier testament est rompu, *jure prætorio*, par le second testament. En effet, d'après le droit prétorien, un second testament contenant l'omission d'un fils, *suus heres*, pourvu qu'il soit valablement fait au moins *jure prætorio*, est susceptible de rompre un premier testament *jure perfectum*. (L. 2. D. 28, 3.)

Si un fils, *suus heres*, a été exhérédé et un autre fils, également *suus heres*, a été omis, le testament est nul, *jure civili*, à raison de l'omission du fils. Dans ce cas, le fils exhérédé n'a pas besoin de recourir à la *querela :* il arrivera à la succession *ab intestat* avec le fils omis, comme s'il n'y avait pas de testament. (L. 32. D. 28, 2. — L. 1, § 9. D. 38, 6.)

1849. *Utilité de la bonorum possessio contra tabulas accordée à la fille omise, au petit-fils omis, à la petite-fille omise.* — La possession de biens *contra tabulas* est très-utile aux filles; petits-fils et petites-filles, omis dans le testament de leur ascendant. En effet, l'omission d'une fille, d'un petit-fils ou d'une petite-fille, nés d'un fils prédécédé, bien qu'ils soient *sui heredes*, ne rend pas le testament nul,

d'après le droit civil; mais la fille omise, le petit-fils omis ou la petite-fille omise a le *jus adcrescendi :* pour une part virile, si l'héritier institué dans le testament de leur ascendant est un héritier sien, et pour la moitié de l'hérédité, si l'héritier institué est un héritier externe. (N° 1258.) Au contraire, d'après le droit prétorien, le petit-fils omis, la fille ou la petite-fille omise, peut réclamer la possession de biens *contra tabulas* et faire tomber le testament; et si c'est un héritier externe qui a été institué, il est exclu de la succession par la possession de biens *contra tabulas*. (Gaïus, II, § 125, § 126. — N° 1267.)

1850. *De la bonorum possessio contra tabulas accordée à une fille en puissance, omise dans le testament de son père.* — Si une fille, *sua heres*, a été omise, elle a plus d'intérêt à invoquer le droit prétorien qu'à invoquer le droit civil. En effet, d'après le droit civil, son omission ne lui donne que le *jus adcrescendi :* pourune part virile, si l'héritier institué par son père est un héritier sien, et pour la moitié de l'hérédité, si l'héritier institué est un héritier externe. Au contraire, par la possession de biens *contra tabulas*, elle fait annuler le testament, exclut l'héritier externe et prend toute l'hérédité. Mais un rescrit d'Antonin décida que la fille omise ne pourrait, par la possession de biens *contra tabulas*, obtenir plus qu'elle n'obtenait par le *jus adcrescendi;* ceci prouve que la possession *contra tabulas* qui lui était accordée était efficace, *cum re*, puisqu'il fallut un rescrit pour restreindre son droit dans les limites du *jus adcrescendi.* (Gaïus, II, § 126.)

1851. *De la bonorum possessio contra tabulas accordée au petit-fils omis.* — Lorsqu'un petit-fils, né d'un fils, a été omis dans le testament de son aïeul; d'après le droit civil, son omission ne rend pas le testament nul; mais il a le *jus adcrescendi :* pour une part virile, si l'héritier institué dans le testament de son aïeul est un héritier sien, et pour la moitié de l'hérédité, si l'héritier institué est un héritier externe. Au contraire, d'après le droit prétorien, le petit-fils omis peut réclamer la possession de biens *contra tabulas* pour faire annuler le testament, si c'est un héritier externe qui est institué, or cet institué sera exclu par la possession de biens *contra tabulas*, et le petit-fils prendra l'hérédité entière. — Si le petit-fils a été exhérédé *inter cæteros? jure civili*, il est valablement exhérédé et n'a que la *querela;* mais, d'après le droit prétorien, son exhérédation *inter cæteros* est inefficace, parce que le préteur exige une exhérédation nominative pour tous les descendants du sexe masculin. En conséquence, s'il a été exhérédé *inter cæteros*, le préteur lui donne la possession de biens *contra tabulas*, en vertu de laquelle il prend toute l'hérédité, si c'est un héritier externe qui est institué. (Gaïus, II, § 125.)

Mais le petit-fils n'a droit à la possession de biens qu'autant qu'il n'est pas précédé par son père sous la puissance de son aïeul, lors même que son père eût été exhérédé par son aïeul : « *Si quis filium, quem in potestate habuit, instituerit vel exheredaverit, et ex eo nepotem omiserit, bonorum possessioni locus non est : quia non esset nepos suus heres futurus.* » (L. 4, § 1. D. 37. 4.)

Comme le rescrit d'Antonin, qui restreignait le droit résultant de la possession de biens *contra tabulas* dans les limites du *jus adcrescendi*, ne parlait que des femmes, on en conclut que ce rescrit ne s'appliquait pas aux petits-fils; de sorte qu'après ce rescrit le petit-fils omis, comme le fils omis, conserva le droit d'enlever à l'héritier externe institué l'hérédité entière : il continua donc à avoir un avantage évident à demander la possession de biens *contra tabulas.*

1852. *De la bonorum possessio contra tabulas accordée à la petite-fille ex filio.* — La petite fille, née d'un fils, lorsqu'elle n'est pas précédée par son père sous la puissance de son aïeul, est *sua heres.* Si elle a été omise dans le testament de son aïeul, elle a, d'après le droit civil, le *jus adcrescendi* : pour une part virile, si l'héritier institué est un héritier sien, et pour la moitié de l'hérédité, si l'héritier institué est un héritier externe. D'après le droit prétorien, elle a la possession de biens *contra tabulas*, par laquelle elle exclut l'héritier externe institué et prend l'hérédité entière. — Mais le rescrit d'Antonin décida qu'elle ne pourrait obtenir, par la possession de biens *contra tabulas*, plus que par le *jus adcrescendi.* (Gaïus, II, § 126.) — Du reste la petite-fille, *ex filio*, omise, n'a droit à la possession de biens *contra tabulas*, contre le testament de son aïeul, qu'autant qu'elle n'est pas précédée par son père sous la puissance de son aïeul. (L. 4, § 1. D. 37, 4.)

1853. *Utilité de la bonorum possessio contra tabulas accordée aux enfants et descendants émancipés.* — Quant aux enfants et descendants émancipés, la possession de biens *contra tabulas* leur est non-seulement utile, mais encore indispensable pour arriver à la succession de leur ascendant, puisque, d'après le droit civil, leur ascendant n'est pas tenu de les instituer, ni de les exhéréder, pour que son testament soit valable. Le préteur accorde la possession de biens *contra tabulas* à tous les enfants ou descendants qui, sans la *capitis deminutio* résultant d'une émancipation, seraient héritiers siens de leur ascendant, lorsqu'ils ont été omis dans le testament de cet ascendant.

A partir du moment où le préteur accorda la possession de biens *contra tabulas* aux émancipés, il est certain que cette possession de biens leur fut accordée *cum re* et leur permit de dépouiller en

tout ou en partie les héritiers du droit civil. En effet, elle oblige les enfants restés en puissance à partager l'hérédité avec les émancipés : « Tous les enfants qui sont privés du droit légitime, il (l'édit du préteur) les appelle à l'hérédité, comme s'ils eussent été sous la puissance de leur ascendant au moment de sa mort, qu'ils soient seuls ou que des héritiers siens, c'est-à-dire ceux qui étaient sous la puissance du défunt, concourent avec eux. » (Gaïus, III, § 26.) — Les héritiers externes institués sont dépouillés complétement par la possession de biens *contra tabulas* accordée aux émancipés. — Les agnats du défunt sont dépouillés aussi au moyen de la possession de biens *unde liberi*, accordée aux émancipés.

Les émancipés, venant à la succession par la possession de biens *contra tabulas*, sont tenus d'acquitter les legs et fidéicommis faits aux ascendants ou aux descendants du testateur, et ceux faits *dotis nomine* à la femme ou à la bru du testateur. (L. 16. D. 37, 5.)

1854. *De la bonorum possessio contra tabulas accordée au fils émancipé omis.* — Le préteur accorde la possession de biens *contra tabulas* au fils émancipé, omis dans le testament de son père, dans les cas suivants : 1° un chef de famille a sous sa puissance un fils ; il l'émancipe, puis il fait un testament dans lequel il omet son fils émancipé? Le fils émancipé omis peut demander la possession de biens *contra tabulas* pour venir à la succession de son père. — 2° Un chef de famille a sous sa puissance un fils et des petits-enfants, nés de ce fils ; il émancipe son fils, en retenant ses petits-enfants sous sa puissance? Si le fils émancipé fait son testament et omet ses enfants, restés sous la puissance de leur aïeul, le préteur leur donne, contre le testament de leur père émancipé, la possession de biens *contra tabulas*, quoiqu'ils n'aient jamais été sous sa puissance. (L. 7. D. 37, 4.) — 3° Un chef de famille a sous sa puissance un fils et des petits-enfants, nés de ce fils; il émancipe ses petits enfants en retenant son fils sous sa puissance, et meurt? Si le fils, devenu *sui juris* par la mort de son père, fait son testament, et omet ses enfants émancipés par leur aïeul, le préteur leur donne, contre le testament de leur père, la possession de biens *contra tabulas*, bien qu'ils n'aient jamais été sous sa puissance. (L. 6, § 2. D. 37, 4. — V. n° 1269.)

Le fils émancipé omis, qui vient à la succession par la possession de biens *contra tabulas*, est tenu d'exécuter les legs et les fidéicommis laissés aux ascendants ou aux descendants du testateur, et ceux laissés *dotis nomine* à la femme ou à la bru du testateur.

1855. *De la bonorum possessio contra tabulas accordée aux petits-fils émancipés omis.* — Le préteur accorde la possession de biens *contra tabulas* au petit-fils émancipé omis dans les cas suivants :

1° un chef de famille a sous sa puissance un fils et un petit-fils, né de ce fils. Il émancipe d'abord son fils, puis son petit-fils, et meurt laissant un testament, dans lequel il a omis son petit-fils? Le petit-fils émancipé omis peut faire annuler le testament de son aïeul et prendre son hérédité. Mais, pour que le petit-fils émancipé omis puisse, dans ce cas, obtenir la possession de biens *contra tabulas* contre le testament de son grand-père, et prendre la succession, il faut que son père émancipé soit prédécédé; sinon il serait exclu par son père : « *Quod si et filium et nepotem emancipaverit, vivente quidem filio, nepos non veniet; post mortem autem ejus, ad bonorum possessionem avi veniet.* » (L. 6, § 1. D. 37, 4.) — 2° De même, si un chef de famille, ayant sous sa puissance un fils et un petit-fils, né de ce fils, émancipe son petit-fils, en retenant son fils sous sa puissance, et omet son petit-fils dans son testament? Dans ce cas encore, le petit-fils pourra obtenir la possession de biens *contra tabulas* contre le testament de son aïeul, et venir à son hérédité, pourvu que son père, resté sous la puissance de son aïeul, soit prédécédé; sinon, il serait exclu par son père. — 3° Un chef de famille émancipe son fils. Le fils émancipé a un enfant légitime conçu depuis son émancipation et meurt? Le préteur donne au fils du fils émancipé la possession de biens *contra tabulas* contre le testament de son grand-père, s'il y a été omis : « *Si emancipatus filius nepotem procreaverit et ita decesserit, deinde avus ejus : nepos ad avi bonorum possessionem venire potest.* » (L. 6, pr. D. 37, 4.)

Le petit-fils émancipé omis a donc contre le testament de son aïeul la possession de biens *contra tabulas*, lorsque son père émancipé ou resté en puissance est prédécédé; et, alors, il a, dans la succession de son aïeul, les mêmes droits que son père y aurait eus, s'il eût survécu.

Un chef de famille a sous sa puissance un fils et un petit-fils, né de ce fils. Il émancipe son fils, en retenant sous sa puissance son petit-fils, et meurt en omettant dans son testament son fils émancipé ainsi que son petit-fils? Le fils émancipé omis demande la possession de biens *contra tabulas*; mais le petit-fils, resté en puissance, est *suus heres* et a droit à la possession de biens *contra tabulas*, puisqu'il a été omis. C'est là le cas où surgit un conflit entre un fils émancipé et un petit-fils resté en puissance. Nous avons vu que, dans ce cas, le préteur avait établi une transaction entre le père et le fils. (N° 1659.)

1856. *De la bonorum possessio contra tabulas accordée à la fille émancipée omise et à la petite-fille émancipée omise.* — La fille émancipée omise n'a aucun droit d'après le droit civil; mais le préteur lui accorde contre le testament de son père la possession de biens

contra tabulas, par laquelle elle exclut l'héritier externe institué et prend toute l'hérédité. Mais la décision du rescrit d'Antonin lui fut appliquée, de sorte qu'à partir d'Antonin elle ne put obtenir, par la possession de biens *contra tabulas*, plus qu'elle n'eût obtenu par le *jus adcrescendi*, si elle eût été *sua heres*. (Gaïus, II, § 126, *in fine*.)

La petite-fille émancipée omise avait aussi la possession de biens *contra tabulas* contre le testament de son aïeul, pourvu que son père fût prédécédé, et, si l'héritier institué par son aïeul était un héritier externe, elle prenait toute la succession. Mais la décision du rescrit d'Antonin lui fut aussi appliquée.

1857. *De la bonorum possessio contra tabulas accordée dans un cas particulier au fils qui se trouve dans une famille adoptive.* — Si un fils a été donné en adoption par son père (ou si un fils émancipé s'est donné en adrogation) et se trouve encore dans sa famille adoptive au moment de la mort de son père naturel, il ne peut réclamer la possession de biens *contra tabulas*. Cependant, par exception, il peut, dans un cas particulier, profiter d'une possession de biens *contra tabulas*. C'est dans le cas où il a été institué héritier par son père naturel, pourvu que « *edictum sit commissum per alium* », c'est-à-dire pourvu qu'un autre fils donne lieu à l'application de l'édit, en demandant la possession de biens *contra tabulas* : « Le préteur n'a pas voulu que les enfants donnés en adoption fussent écartés, quand ils auraient été institués. C'est très-justement qu'il l'a fait, dit Labéon ; car ils ne sont pas complétement des étrangers. En conséquence, s'ils ont été institués, ils recevront la possession de biens *contra tabulas testamenti* : mais, à eux seuls, ils ne donnent pas lieu à l'application de l'édit, à moins qu'un autre des enfants, qui ont le droit de faire appliquer l'édit, n'ait été omis. Mais pour qu'ils soient ainsi admis à la *bonorum possessio*, il faut qu'ils soient issus *ex liberis* ; en effet la *bonorum possessio* ne serait pas donnée à l'enfant adoptif que j'aurais redonné en adoption et institué, alors même que l'*edictum* serait *commissum per alios*. » (L. 8, §§ 11 et 12. D. 37, 4.)

Lorsqu'un fils se trouve dans une famille adoptive au moment de la mort de son père naturel, s'il est institué héritier par son père, mais pour une part minime de la succession, la possession de biens *contra tabulas*, demandée et obtenue par un fils en puissance, omis, lui sera très-utile ; car, en vertu de cette possession de biens, il prendra une part virile, au lieu de la part minime pour laquelle il a été institué ; et, quand même il aurait approuvé le testament de son père en l'exécutant, il n'en éprouverait aucun préjudice ; en effet, pourvu qu'ensuite le testament soit annulé par une possession

de biens *contra tabulas* obtenue par un fils resté en puissance, il partagera la succession avec ses frères. (L. 8, § 14. D. 37, 4.)

1858. Lorsqu'une femme a omis ses enfants dans son testament, ses enfants ne peuvent attaquer son testament par la possession de biens *contra tabulas*, parce qu'une femme n'est pas tenue d'exhéréder ses enfants pour que son testament soit valable. Les enfants n'ont d'autre ressource que la *querela inofficiosi testamenti.*

1859. *De la bonorum possessio contra tabulas accordée au patron et à ses enfants contre le testament de l'affranchi.* — Nous avons vu que, d'après l'ancien droit civil, particulièrement d'après la loi des Douze-Tables, le patron n'avait droit à la succession de son affranchi qu'autant que l'affranchi était mort sans enfants, et que l'affranchi n'avait pas disposé de sa succession par testament. Mais nous avons vu que le préteur, trouvant injuste qu'un affranchi, qui a reçu de son patron le bienfait de la liberté, pût le dépouiller de sa succession par un testament, avait accordé au patron une *bonorum possessio dimidiæ partis* contre le testament de son affranchi : 1° lorsque l'affranchi était mort sans enfants nés de son mariage ou du mariage de son fils ; 2° lorsque, après avoir exhérédé ses enfants nés de son mariage ou du mariage de son fils, il exhérédait le patron ou l'instituait pour une part inférieure à la moitié de la succession. Cette possession de biens, permettant au patron de prendre la moitié de la succession de son affranchi, est une *bonorum possessio* efficace, *cum re.*

Nous avons vu aussi que cette possession de biens *contra tabulas dimidiæ partis* avait été accordée par le préteur aux enfants et aux descendants mâles du patron prédécédé, dans les mêmes cas où elle aurait été accordée au patron survivant.

Il y a toutefois une différence entre la *bonorum possessio contra tabulas* accordée au patron, et la *bonorum possessio contra tabulas* accordée aux enfants et descendants d'un ingénu. En effet, pour que la possession de biens *contra tabulas* soit accordée aux descendants d'un ingénu, il suffit que le testament soit régulièrement fait, au moins d'après le droit prétorien, quand même aucun héritier ne viendrait en vertu de ce testament, l'héritier institué étant mort ou ayant répudié. Au contraire, pour que la possession de biens *contra tabulas* soit accordée au patron, il faut qu'il y ait un testament régulier, et un héritier institué qui vienne réclamer les biens de l'affranchi : « *Illud notandum est quod bonorum possessio contra tabulas quæ liberis promittitur, locum habet, sive quis heres extiterit, sive non ; et hoc quod dicimus contra ipsum testamentum liberis competere bonorum possessionem : quod in patrono contra est.* » (L. 4. D. 37, 4.)

Le préteur n'avait pas accordé à la patronne cette *bonorum possessio contra tabulas dimidiæ partis*. Mais nous avons vu que la loi *Papia* l'avait accordée à la patronne ingénue ayant deux enfants, et à la patronne affranchie ayant trois enfants. (N° 1798.)

1860. *De la bonorum possessio contra tabulas accordée au parens émancipateur*. — Lorsqu'un fils émancipé meurt sans enfants ni descendants, c'est son père émancipateur qui est appelé à sa succession. Si le fils émancipé, mort sans enfants, a omis dans son testament son *parens* émancipateur, le préteur accorde à ce dernier une possession de biens *contra tabulas* qui lui permet de prendre la moitié de la succession : « Le fils émancipé par son ascendant est dans cette situation que, relativement à la possession de biens, il subit la mort d'un affranchi (il meurt comme un affranchi) ; c'est ce qui a paru juste au préteur. En effet, il a reçu par le bienfait de son ascendant la faculté d'acquérir des biens ; car, s'il était resté fils de famille, tout ce qu'il eût acquis eût été un émolument pour son père. De là on a conclu que l'ascendant serait, à l'exemple du patron, admis à la possession de biens *contra tabulas*. » (L. 1, pr. D. 37, 12.) — Cette possession de biens *contra tabulas* accordée au *parens* émancipateur est une possession de biens efficace, *cum re*.

Mais le préteur n'accorde pas cette possession de biens *contra tabulas dimidiæ partis* aux enfants du *parens* émancipateur, restés sous sa puissance, contre le testament de leur frère émancipé, tandis qu'il l'avait accordée aux enfants du patron contre le testament de l'affranchi de leur père : « *Liberos autem manumissoris non venire ad contra tabulas possessionem, filii quamvis patroni veniant.* » (L. 1, § 5. D. 37, 12.)

Indépendamment de la possession de biens *contra tabulas dimidiæ partis*, le *parens* émancipateur, appelé à la succession *ab intestat*, peut intenter la *querela inofficiosi testamenti* contre le testament de son fils, s'il a été omis dans ce testament. Ulpien dit en effet que, même après avoir accepté la possession de biens *contra tabulas*, le *parens* émancipateur conserve le *jus antiquum*, c'est-à-dire le droit d'intenter la *querela* : « *Patrem autem accepta contra tabulas possessione, et jus antiquum quod et sine manumissione habebat, posse sibi defendere Julianus scripsit : nec enim ei nocere debet, quod jura patronatus habebat cum et sit pater.* Julien a écrit que le père, après avoir accepté la possession de biens *contra tabulas*, peut conserver pour lui le *jus antiquum* qu'il avait, même quand il n'avait pas fait la manumission. En effet, il ne doit pas éprouver un dommage de ce qu'il avait les droits de patronage, puisqu'il est, en même temps, père. » (L. 1, § 6. D. 37, 12.) Ces mots du texte, « *jus antiquum quod et sine*

manumissione habebat, » signifient que le père émancipateur avait le *jus antiquum*, c'est-à-dire la *querela*, lors même que ce n'était pas lui, mais un *manumissor extraneus*, qui avait émancipé son fils. — De même, le préteur n'accordait jamais la possession de biens *contra tabulas* à un *manumissor extraneus*, parce que le préteur, pour accorder la possession de biens *contra tabulas*, prend en considération la parenté naturelle, la cognation. Or il n'y a aucun lien de parenté naturelle entre le *manumissor extraneus* et celui qu'il a émancipé. Le préteur accorde toujours la possession de biens au père, lors même que ce n'est pas lui qui a émancipé son fils, parce que le père est le cognat de son fils.

Le père émancipateur a intérêt à intenter la *querela*, dans les cas où il en a le droit, plutôt qu'à demander la possession de biens *contra tabulas*, lorsqu'il est seul cognat de son fils ; car alors il aura toute la succession, à l'exclusion des héritiers institués par le fils ; tandis que, par la possession de biens *contra tabulas dimidiæ partis*, il n'aurait que la moitié de la succession ; l'autre moitié serait prise par les héritiers institués par le fils.

1861. *Des effets de la bonorum possessio contra tabulas.*

La possession de biens *contra tabulas*, dans les divers cas où elle est accordée, a pour effet d'anéantir le testament, et la succession s'ouvre *ab intestat*. Toutefois il faut apporter à cette règle deux tempéraments :

1° Lorsque la possession de biens *contra tabulas dimidiæ partis* est accordée au patron ou au père émancipateur, elle n'annule pas le testament pour le tout, comme nous venons de le voir, puisque le patron ou le père émancipateur ne prend que la moitié de la succession, l'autre moitié restant aux héritiers institués ;

2° Il y a des différences entre les effets de la nullité du testament résultant, d'après le droit civil, de l'omission d'un fils *suus heres*, et les effets de la nullité du testament résultant, d'après le droit prétorien, de la possession de biens *contra tabulas* :

A. Lorsqu'un fils *suus heres* a été omis, il peut invoquer la nullité du testament à toute époque : aucun délai ne lui est imposé pour intenter la *petitio hereditatis*. Au contraire, la possession de biens *contra tabulas*, lorsqu'elle peut être invoquée, doit être demandée dans un certain délai, comme nous le verrons bientôt.

B. Lorsque le testament est nul pour omission d'un fils en puissance, *suus heres*, toutes les dispositions du testament sont nulles. Ainsi, par exemple, un testateur ayant omis un de ses fils, *suus heres*, et ayant exhérédé un autre fils, également *suus heres*, l'omission du fils *suus heres* rend le testament nul : l'exhérédation est effacée ; la

succession s'ouvre *ab intestat;* le fils omis et le fils exhérédé partagent l'hérédité. Au contraire, lorsqu'un testament est rescindé par la possession de biens *contra tabulas*, si le testament contient l'exhérédation d'un fils, le préteur respecte l'exhérédation et n'accorde pas la possession de biens *contra tabulas* au fils exhérédé, qui n'a d'autre ressource que la *querela.* (L. 8, pr. et L. 20, pr. D. 37, 4.) Exemple : un testateur a trois fils, Primus, Secundus, Tertius. Il institue Primus, qui est sous sa puissance; il passe sous silence Secundus, qui est émancipé, et exhérède Tertius, qui est sous sa puissance? Le préteur accorde la possession de biens *contra tabulas* à l'émancipé Secundus, omis, mais il respecte l'exhérédation de Tertius, qui ne profitera pas de la possession de biens accordée à Secundus.

D'après ce qui vient d'être dit, on voit que, lorsqu'un testateur a exhérédé un de ses fils en puissance, et a en même temps omis un autre fils, le résultat, pour le fils exhérédé, sera bien différent, suivant que le fils omis sera, comme lui, un fils en puissance, ou, au contraire, un fils émancipé. En effet, si l'autre fils omis est un fils émancipé, le fils exhérédé ne peut demander la possession de biens *contra tabulas*, comme nous venons de le voir. Au contraire, si l'autre fils omis est un fils en puissance, *suus heres*, le testament est nul *jure civili*, à raison de l'omission du fils *suus heres*. Dès lors le fils exhérédé n'a pas besoin de demander la possession de biens *contra tabulas*, ni d'intenter la *querela*, parce que la succession s'ouvre *ab intestat :* l'exhérédé et le *suus* omis se partagent la succession par moitié. (L. 32. D. 28, 2. — L. 1, § 9. D. 38, 6.)

C. Bien qu'un testament soit rescindé par la possession de biens *contra tabulas*, s'il contient une substitution pupillaire, cette substitution pupillaire est maintenue. (L. 34, § 2. D. 28, 6.) Au contraire, lorsque le testament est nul à raison de l'omission d'un fils en puissance, la substitution pupillaire écrite dans le testament est nulle aussi.

D. Lorsque le testament est nul à raison de l'omission d'un fils en puissance, toutes les dispositions du testament sont nulles : les legs, les fidéicommis sont nuls. Au contraire, tout en accordant la possession de biens *contra tabulas*, le préteur maintient les legs et les fidéicommis laissés aux ascendants ou aux descendants du testateur, ou laissés, *dotis nomine*, à la femme ou à la bru du testateur. (L. 1, pr. D. 37, 5.) En conséquence, si c'est un fils émancipé qui a été omis et qui vient à la succession par la possession de biens *contra tabulas*, il doit exécuter ces legs et ces fidéicommis. Au contraire, le fils en puissance omis n'est pas tenu, lors même qu'il invoque la possession de biens *contra tabulas*, comme il en a le droit, de payer aucun legs

ni fidéicommis, parce qu'il peut venir à la succession *ab intestat*, en vertu du droit civil, le testament étant nul à raison de son omission. (L. 15, pr. et L. 16. D. 37, 5.)

Mais lorsqu'un fils, *suus heres*, a été *institué* héritier, s'il répudie l'hérédité testamentaire pour venir à l'hérédité *ab intestat*, afin d'éviter la charge des legs qui lui ont été imposés par le testateur, le préteur l'oblige à payer les legs et autres charges qui lui ont été imposés par le testateur. (L. 17. D. 29, 4.)

De même, lorsqu'un fils, *suus heres*, a été institué héritier, si son frère émancipé a été omis, le frère émancipé peut demander la possession de biens *contra tabulas*, et alors le fils *suus heres* institué peut aussi demander la possession de biens *contra tabulas, commisso per alium edicto;* mais, dans ce cas, il doit exécuter les legs et charges qui lui ont été imposés par le testateur : « *Si filius, qui mansit in patris potestate, item filia, heredes instituti præterito fratre emancipato, qui contra tabulas accipere potuit, ut intestati patris possessionem acciperint; legata omnibus præstabunt, nec filia dotem suam fratri conferet, cum ut scripta videatur hereditatem habere.* » (L. 23. D. 29, 4.)

1862. *Quelles sont les conditions exigées pour que la bonorum possessio contra tabulas soit obtenue?* — Pour que la possession de biens *contra tabulas* puisse être obtenue, il faut que le testament, contre lequel elle est demandée, soit susceptible de donner lieu soit à une adition d'hérédité, soit à une possession de biens *secundum tabulas.* Ainsi, par exemple, la possession de biens peut être demandée lorsque le testament est nuncupatif. De même, si le testament n'est pas régulièrement fait d'après le droit civil, pourvu qu'il soit régulièrement fait d'après le droit prétorien, le préteur donne la possession de biens *contra tabulas*. Mais si le testament n'est susceptible de produire aucun effet, ni d'après le droit civil, ni d'après le droit prétorien, le préteur n'accorde pas la possession de biens *contra tabulas* : « Ce que l'on dit que la possession de biens est donnée aux enfants contre les tables du testament doit s'entendre ainsi : qu'il suffit qu'au moment de la mort du testateur il existe un testament en vertu duquel l'hérédité aurait pu être acceptée, ou en vertu duquel la possession de biens aurait pu être demandée, bien qu'ensuite aucun de ces résultats n'ait eu lieu. En effet, si tous les héritiers institués sont morts avant le testateur, ou s'il n'y a pas eu *factio testamenti* avec celui qui a été institué héritier, il est inutile de demander contre le testament une possession qui serait sans effet. » (L. 19. D. 37, 4.)

2° *De la bonorum possessio secundum tabulas.*

1863. Il y a lieu à la *bonorum possessio secundum tabulas*, lorsque personne ne se présente pour invoquer la possession de biens *contra tabulas;* ou bien lorsque ceux qui ont le droit d'invoquer la possession de biens *contra tabulas* ne veulent pas l'invoquer : « *Secundum tabulas bonorum possessio datur scriptis heredibus, scilicet, si eorum quibus contra tabulas competit, nemo sit, aut petere nolint.* » (Ulp., *Reg.*, XXVIII, § 5.)

« Le préteur, dit le jurisconsulte Ulpien, a suivi un ordre très-équitable. En effet, il a voulu que la possession de biens contre les tables appartienne d'abord aux descendants, et qu'ensuite, si elle n'est pas acceptée, on suive la volonté du défunt. Il faut donc attendre les descendants pendant tout le temps qu'ils peuvent demander la possession de biens contre les tables. Lorsque ce temps sera expiré, ou même si, avant l'expiration de ce temps, ils sont morts, ont répudié, ou ont perdu le droit de demander la possession, alors la succession revient aux héritiers institués. » (L. 2, pr. D. 37, 11.)

1864. Le préteur accorde la possession de biens *secundum tabulas* : 1° pour confirmer le droit civil; — 2° pour suppléer au droit civil; — 3° pour corriger le droit civil. (§ 1, § 3 de n. t.)

1865. Le préteur accorde la possession de biens *secundum tabulas* pour confirmer le droit civil. C'est ce qu'il fait lorsqu'il intervient pour faire exécuter un testament valable d'après le droit civil, lors même que ce testament ne serait pas valable d'après le droit prétorien. Ainsi, par exemple, des héritiers ont été institués par un testament nuncupatif, c'est-à-dire par un testament verbal, fait en présence de sept témoins. Ce testament ne peut recevoir les cachets de sept témoins; néanmoins le préteur accordera aux héritiers institués la possession de biens *secundum tabulas*, ou plutôt, comme il n'y a pas de *tabulæ*, il leur accordera la *bonorum possessio secundum nuncupationem* : « Il n'est pas douteux que, d'après l'édit, la possession de biens ne puisse être demandée en vertu d'un testament scellé par les cachets de sept témoins; mais s'il peut être prouvé que ce même nombre de témoins a assisté à un testament qui a été fait sans écrit, il est de droit certain que ce testament paraît valablement fait d'après le droit civil, et que la possession de biens peut être demandée selon la nuncupation, *secundum nuncupationem.* » (L. 2. C. 6, 11.)

Quel intérêt l'héritier, institué par un testament valable d'après le droit civil, peut-il avoir à demander la possession de biens *secundum tabulas?* C'est afin de pouvoir user de l'interdit *quorum bonorum.* (Gaïus, III, § 34.)

1866. Le préteur accorde la possession de biens *secundum tabulas* pour suppléer au droit civil. C'est ce qu'il fait, par exemple, dans le cas suivant : lorsqu'un héritier a été institué sous condition, d'après le droit civil, cet héritier n'a droit à l'hérédité qu'à partir du moment où la condition est accomplie. Au contraire, le préteur lui accorde de suite, même avant l'arrivée de la condition, la possession de biens *secundum tabulas* : « *Hi demum sub conditione instituti bonorum possessionem secundum tabulas, etiam pendente conditione, nec dum impleta, petere possunt, qui utiliter sunt instituti : quod si quis inutiliter sit institutus, nec ad bonorum possessionem inutilis institutio proficit.* Ceux qui ont été utilement institués sous condition peuvent demander la possession de biens pendant que la condition est en suspens et non encore accomplie. Que si quelqu'un a été institué inutilement, cette institution inutile ne profite pas pour obtenir la possession de biens. » (L. 6. D. 37, 11.)

1867. Enfin le préteur accorde la possession de biens *secundum tabulas* pour corriger le droit civil. C'est ce qu'il fait lorsqu'il appelle, en vertu d'un testament, à l'hérédité, des héritiers qui n'y sont pas appelés par le droit civil, parce qu'ils ont été institués dans un testament non régulièrement fait d'après le droit civil. Ainsi, par exemple, d'après le droit civil, le testament, pour être valable, doit être fait dans certaines formes ; notamment, lorsque le testament *per æs et libram* était en usage, le testateur devait faire la *mancipatio familiæ* et la *nuncupatio*. Au contraire, le droit prétorien n'exigeait pas ces formes : il se contentait des cachets de sept témoins apposés sur l'enveloppe du testament. En conséquence, lorsque les cachets de sept témoins avaient été ainsi apposés sur l'enveloppe d'un testament, le préteur donnait à l'héritier, institué dans ce testament, la possession de biens *secundum tabulas* : « Quand même un testament ne serait pas valable d'après le droit civil, parce qu'il n'y a eu ni *mancipatio familiæ*, ni *nuncupatio*, pourvu que le testament ait reçu l'empreinte des cachets de sept témoins citoyens romains, la possession de biens est donnée. » (Ulp., *Reg.*, XXVIII, § 6. — Gaïus, II, § 119.)

Dans ce cas, la possession de biens *secundum tabulas*, accordée aux héritiers institués dans un testament valablement fait dans la forme prétorienne, était une possession de biens efficace, *cum re*, pourvu qu'il n'y eût aucun héritier institué par un autre testament, valable d'après le droit civil, ni aucun autre héritier appelé par le droit civil à l'hérédité *ab intestat*. » (Gaïus, II, § 148, § 149.)

1868. De même le testament fait par une femme en tutelle perpétuelle, sans le consentement de son tuteur, est nul d'après le droit civil. Au contraire, si ce testament a reçu l'empreinte des cachets

de sept témoins, le préteur donne aux héritiers institués dans ce testament la possession de biens *secundum tabulas*. C'est encore pour corriger le droit civil que le préteur accorde cette possession de biens : « Il faut remarquer, dit Gaïus, que si une femme, qui est en tutelle, fait un testament, elle doit le faire avec le consentement de son tuteur, sinon elle teste inutilement d'après le droit civil. Cependant, si le testament est scellé des cachets de sept témoins, le préteur promet aux héritiers institués la possession de biens *secundum tabulas*, et s'il n'y a personne à qui l'hérédité *ab intestat* appartienne d'après le droit civil, par exemple, un frère, né du même père, ou un oncle paternel, ou un fils du frère, les héritiers institués pourront retenir l'hérédité. Il en est de même si le testament n'est pas valable pour une autre cause, par exemple si le testateur n'a point mancipé son patrimoine, ou n'a point prononcé les paroles de la *nuncupation*. » (Gaïus, II, § 118, § 119.)

1869. Ainsi, d'après Gaïus, lorsqu'un testament était nul d'après le droit civil, parce qu'il n'était pas fait dans la forme exigée par le droit civil, ou parce qu'une femme en tutelle avait testé sans le consentement de son tuteur, pourvu que le testament fût fait dans la forme prétorienne et fût valable d'après le droit prétorien, le préteur accordait aux héritiers institués la possession de biens *secundum tabulas*. Mais, primitivement, cette possession de biens était inefficace, *sine re*, lorsque le défunt ou la défunte avait des héritiers légitimes *ab intestat*. Mais, plus tard, la possession de biens *secundum tabulas* fut toujours accordée *cum re*, dans ces deux cas, et les successeurs prétoriens l'emportèrent sur les héritiers légitimes *ab intestat*. En effet, Gaïus ajoute : « ... Mais il a été ordonné par un rescrit de l'empereur Antonin que ceux qui ont demandé la possession de biens selon les tables d'un testament qui n'a pas été fait conformément au droit peuvent se défendre par l'exception de dol contre ceux qui réclament l'hérédité *ab intestat*. Il est certain que ce rescrit s'applique aux testaments des hommes et à ceux des femmes, qui ont testé inutilement, parce qu'ils ou elles n'ont pas mancipé leur patrimoine ou prononcé les paroles de la *nuncupation*. Mais ce rescrit s'applique-t-il aussi aux testaments des femmes qui ont testé sans le consentement de leur tuteur? C'est à examiner. Du reste, nous parlons, non des femmes qui ne sont pas sous la tutelle légitime de leurs ascendants ou de leurs patrons, mais de celles qui ont des tuteurs d'un autre genre, forcés d'accorder leur autorisation malgré eux. En effet, il est évident que l'ascendant et le patron ne sont pas exclus par un testament fait sans leur consentement. » (Gaïus, II, § 121, § 120, § 122.)

Ainsi, à partir du rescrit d'Antonin, lorsqu'un testament était nul

d'après le droit civil pour défaut de formes, mais valablement fait dans la forme prétorienne, les héritiers institués l'emportaient, au moyen de l'exception de dol, sur les agnats, héritiers légitimes.

A partir du rescrit d'Antonin, lorsque le testament d'une femme était nul d'après le droit civil, parce qu'elle avait testé sans l'autorisation de son tuteur, si la femme avait pour tuteur son ascendant ou son patron, l'ascendant ou le patron ne pouvait être écarté par ce testament. (N° 708.) Que si la femme, n'ayant pas pour tuteur son ascendant on son patron, mais ayant un tuteur d'un autre genre, avait fait son testament sans l'autorisation de ce tuteur, les héritiers institués écartaient-ils, par la possession de biens *secundum tabulas*, les héritiers légitimes de la femme? Gaïus ne résout pas formellement cette question. Mais, d'après la manière dont le jurisconsulte s'exprime au commencement du passage que je viens de citer, il est probable que l'on décidait que la possession de biens *secundum tabulas* était donnée aux héritiers institués pour écarter les agnats, héritiers légitimes de la femme.

1870. Lorsqu'un testament, ayant été fait valablement d'après le droit civil, devient ensuite inutile, *irritum* (parce que le testateur perd la *factio testamenti* en perdant la liberté ou la cité, ou en se donnant en adrogation, lors même qu'il recouvre la *factio testamenti* avant de mourir), le testament reste *irritum* d'après le droit civil. Mais, d'après le droit prétorien, si le testament est scellé des cachets de sept témoins, — pourvu qu'avant sa mort le testateur ait recouvre la liberté, la cité, ou ait cessé d'être dans sa famille adoptive, — le préteur, corrigeant le droit civil, accordait la possession de biens *secundum tabulas cum re*, à la condition qu'il n'y eût aucun héritier institué par un autre testament valable d'après le droit civil, ni aucun héritier appelé à la succession *ab intestat* par le droit civil. (Gaïus, II, §§ 147, 148, 149. — Ulp., *Reg.*, XXIII, § 6. — L. 12, pr. D. 28, 3, *in fine*.)

1871. Lorsqu'un testament valablement fait d'après le droit civil est rompu, *ruptum*, par l'agnation d'un enfant héritier sien qui, né après la confection du testament, n'a été ni institué ni exhérédé par le testateur? D'après le droit civil, quand même cet enfant viendrait à mourir avant le testateur, le testament reste rompu; mais le préteur donne à l'institué la possession de biens *secundum tabulas*, qui, dans ce cas, est efficace, *cum re*. (L. 12, pr. D. 28, 3.) Mais cet héritier institué, prenant l'hérédité en vertu de la possession de biens *secundum tabulas*, devra payer tous les legs et autres charges du testament.

1872. Lorsque, après avoir fait son testament, un citoyen romain se donne en adrogation, il manifeste par là l'intention de transporter

son patrimoine dans une autre famille. L'héritier, institué dans le testament fait avant l'adrogation, s'il demande la possession de biens *secundum tabulas*, sera repoussé par l'exception de dol, parce qu'il agit alors contrairement à la volonté du testateur. Mais si, redevenu *sui juris*, le testateur manifeste la volonté de ratifier, par exemple, par codicille, le testament fait avant son adrogation, l'héritier institué pourra demander la possession de biens *secundum tabulas*, qui, probablement, sera *cum re*. (L. 11, § 2. D. 37, 11.)

1873. Un testateur a institué tous ses enfants, *sui heredes*, excepté un qu'il a omis. L'omission de ce fils, *suus heres*, rend le testament nul, d'après le droit civil. Si le fils omis fait adition, le testament croule; mais s'il s'abstient, quoique, d'après la rigueur du droit, le testament soit nul, néanmoins le préteur maintient le testament et donne la possession de biens *secundum tabulas* aux fils institués; toutefois, dans ce cas, les fils institués devront acquitter tous les legs et autres charges du testament.

1874. L'institution d'une personne qui n'a pas la *factio testamenti*, par exemple, l'institution d'un posthume externe, rend le testament nul d'après le droit civil. Mais le préteur, corrigeant le droit civil, valide l'institution du posthume et lui donne la possession de biens *secundum tabulas*. (*Instit.*, pr. de n. t., — et Liv. II, xx, § 28.)

Quelle était l'efficacité de cette possession de biens *secundum tabulas* accordée au posthume externe? Il est probable qu'elle était *sine re*, et que l'héritier du droit civil l'emportait sur cet héritier prétorien, de sorte que, — s'il y avait des héritiers légitimes *ab intestat*, ou des héritiers testamentaires valablement institués par un testament antérieur valable, — ils n'avaient rien à craindre de la possession de biens accordée au posthume externe. Mais si le défunt ne laissait pour héritiers que des cognats, la possession de biens du posthume était efficace.

II. — Le de cujus est mort intestat.

1875. De même que l'hérédité testamentaire a la préférence sur l'hérédité *ab intestat;* de même, les possessions de biens testamentaires ont la préférence sur les possessions de biens *ab intestat*. Il ne peut y avoir lieu aux possessions de biens *ab intestat* que lorsque les possessions de biens testamentaires ne sont plus possibles.

1876. Toutefois il peut arriver que le préteur accorde une possession de biens *ab intestat* dans certains cas où une possession de biens testamentaire serait possible : 1° lorsqu'une personne ayant droit à une possession de biens testamentaire ne la demande pas;

— 2° lorsque ceux qui pouvaient invoquer une possession de biens testamentaire y ont renoncé; — 3° lorsque la possession de biens testamentaire *secundum tabulas* a été donnée en vertu de l'édit Carbonien; dans ce cas, la possession de biens *ab intestat* peut néanmoins être accordée. (L. 1, § 2, § 3, § 4. D. 38, 6. — V. n° 1901, 5°.)

1877. Il y avait huit possessions de biens *ab intestat;* mais toutes n'étaient pas applicables dans la même succession. Il fallait distinguer la qualité du défunt, pour voir s'il y avait lieu à telle ou telle possession de biens. C'est dans la succession d'un affranchi qu'il peut y avoir lieu au plus grand nombre de possessions de biens.

Justinien énumère huit possessions de biens *ab intestat :*

§ 3. « ... Après avoir parlé des testaments, le préteur passe aux intestats. Il donne la *bonorum possessio :* au premier rang, aux héritiers siens et à ceux qui, d'après l'édit, sont comptés au nombre des héritiers siens; cette possession de biens s'appelle *unde liberi;* — au second rang, aux héritiers légitimes; cette possession de biens s'appelle *unde legitimi :* — au troisième rang, aux dix personnes qu'il préférait au *manumissor extraneus :* or ces dix personnes sont : le père, la mère, l'aïeul et l'aïeule, tant paternels que maternels, le fils et la fille, le petit-fils, la petite-fille, nés d'un fils ou d'une fille, le frère et la sœur, soit consanguins, soit utérins; — au quatrième rang, aux cognats les plus proches; — au cinquième rang, au patron et à la patronne, à leurs descendants et à leurs ascendants; — au sixième rang, à la famille du patron; — au septième rang, à l'époux et à l'épouse; — au huitième rang, aux cognats du *manumissor.* »

1° *De la bonorum possessio unde liberi.*

1878. Il ne peut y avoir lieu à la possession de biens *unde liberi* que dans la succession d'un homme, parce que cette possession n'est accordée qu'aux *sui heredes*, et aux enfants émancipés qui, sans une émancipation, eussent été *sui heredes.* (§ 3 de n. t.) Or les femmes, n'ayant jamais la puissance paternelle, ne peuvent pas avoir d'héritiers siens. La possession de biens *unde liberi* peut être donnée, soit dans la succession d'un ingénu, soit dans la succession d'un affranchi.

La possession de biens *unde liberi* est accordée par le préteur aux enfants du défunt restés sous sa puissance, *sui heredes*, et aux enfants émancipés, qui ne tiennent leur droit que du préteur. Lorsqu'elle est donnée aux enfants restés en puissance, elle est donnée pour confirmer le droit civil ; lorsqu'elle est donnée aux enfants émancipés, elle est donnée pour corriger le droit civil.

Ce sont les mêmes personnes qui, en cas de succession testamentaire, peuvent invoquer la possession de biens *contra tabulas*, qui peuvent aussi, dans la succession *ab intestat*, invoquer la possession de biens *unde liberi* (L. 1, § 6. D. 38, 6) ; il faut toutefois excepter

les enfants qui se trouvent dans une famille adoptive : ils n'ont pas en effet la possession de biens *unde liberi* dans la succession de leur père naturel, et néanmoins ils ont la possession de biens *contra tabulas*, s'ils ont été institués par leur père naturel, et si un autre fils, resté en puissance, a été omis dans le testament de ce père naturel. (N° 1857.)

1879. Dans quels cas y a-t-il lieu à la possession de biens *unde liberi?* Il y a lieu à la possession de biens *unde liberi* : 1° lorsque le défunt n'a fait aucun testament ; — 2° lorsque le testament n'est pas régulièrement fait ni d'après le droit civil ni d'après le droit prétorien ; — 3° lorsque le testament régulièrement fait n'est, au moment de la mort du testateur, susceptible de produire aucun effet, parce que tous les héritiers institués dans ce testament sont morts avant le testateur. (L. 19. D. 37, 4.)

1880. Lorsqu'un fils en puissance, *suus heres*, a été omis dans le testament de son père, il peut invoquer, tantôt la possession de biens *unde liberi*, tantôt la possession de biens *contra tabulas*.

Il peut invoquer la possession de biens *unde liberi* : 1° lorsque le testament n'est régulièrement fait ni d'après le droit civil, ni d'après le droit prétorien ; — 2° lorsque, le testament étant régulièrement fait, il n'est, au moment de la mort du testateur, susceptible de produire aucun effet, parce que tous les héritiers institués sont morts avant le testateur. (L. 19. D. 37, 4.)

Le *suus heres* omis peut invoquer la possession de biens *contra tabulas*, lorsque le testament étant régulièrement fait, au moins d'après le droit prétorien, il y a un héritier institué, vivant encore au moment de la mort du testateur. En effet, dans ce cas, l'héritier institué peut demander la possession de biens *secundum tabulas*. Dès lors, le testament étant susceptible de produire quelque effet, le *suus* omis peut demander la possession de biens *contra tabulas*. (L. 1, pr., § 1. D. 37, 4.)

1881. Nous savons que, toutes les fois qu'un émancipé vient à la succession au moyen de la possession de biens *contra tabulas*, il est tenu d'acquitter les legs ou fidéicommis laissés aux ascendants, aux descendants du testateur, et, *dotis nomine*, à la femme ou à la bru du testateur. Au contraire, toutes les fois qu'un émancipé vient à la succession au moyen de la possession de biens *unde liberi*, il n'est tenu d'acquitter aucun legs ni aucune autre charge du testament. Ce n'est que dans les cas où la succession s'ouvre *ab intestat* que l'émancipé vient à la succession par la possession de biens *unde liberi*. Or la succession s'ouvre *ab intestat*, soit parce qu'il n'y a pas de testament, soit parce qu'il y a un testament qui n'est pas régulièrement fait, même *jure prætorio*, soit parce qu'il y a un testament régulièrement fait

qui ne peut produire aucun effet, parce que les héritiers institués sont morts avant le testateur. Dans tous ces cas, il ne peut être question de payer les legs et autres charges du testament. — Enfin la succession peut encore s'ouvrir *ab intestat*, lorsqu'un défunt a fait un testament régulier dans la forme, dans lequel il a valablement institué des héritiers, qui vivent encore au moment de sa mort, mais dans lequel il a omis un fils en puissance, *suus heres*, et exhérédé ou omis un fils émancipé. En effet, le testament est nul *jure civili*, à raison de l'omission du fils *suus heres*, et, la succession s'ouvrant *ab intestat*, le fils émancipé qui a été exhérédé ou omis vient partager l'hérédité avec son frère *suus heres*, au moyen de la possession de biens *unde liberi*. Dans ce cas, il n'est tenu d'acquitter aucun des legs contenus dans le testament, nul à raison de l'omission du *suus heres*. (L. 1, § 9. D. 38. 6. — L. 32. D. 28, 2.)

1882. Quant au fils *suus heres* qui a été omis, soit qu'il vienne à la succession par la possession de biens *contra tabulas*, soit qu'il y vienne par la possession de biens *unde liberi*, il n'est jamais tenu d'acquitter aucun des legs contenus dans le testament. (L. 15, pr. D. 37, 5.)

1883. Lorsqu'un enfant *suus heres* ou émancipé a négligé de demander la possession de biens *unde liberi* en temps utile, il pourra ensuite demander la possession de biens *unde legitimi*, s'il est l'agnat le plus proche, et même ensuite la possession de biens *unde cognati*, s'il est le cognat le plus proche.

2° *De la bonorum possessio unde legitimi.*

1884. La possession de biens *unde legitimi* peut se présenter dans toutes les successions, parce que toute personne peut avoir des héritiers légitimes. Il peut y avoir lieu à cette possession de biens dans la succession, soit d'un ingénu, soit d'un affranchi, soit d'un homme, soit d'une femme, soit d'un fils en puissance, soit d'un fils émancipé. (L. 2, § 1. D. 38, 7.)

La possession de biens *unde legitimi* ne peut être invoquée que par ceux qui sont appelés à l'hérédité par le droit civil. En conséquence : les agnats appelés à la succession de leurs agnats par la loi des Douze-Tables; le patron et les enfants du patron appelés à la succession légitime de l'affranchi par la loi des Douze-Tables; le père émancipateur appelé à la succession de son fils émancipé; le *manumissor extraneus* appelé à la succession du fils émancipé, lorsque l'émancipation a été faite par lui; la femme appelée à la succession de ses enfants par le sénatus-consulte Tertullien; les enfants

appelés à la succession de leur mère par le sénatus-consulte Orphitien peuvent invoquer la possession de biens *unde legitimi*.

La possession de biens *unde legitimi*, n'étant accordée qu'aux héritiers appelés à l'hérédité par le droit civil, a pour but de confirmer le droit civil.

1885. Nous avons vu que l'hérédité légitime n'était déférée qu'aux agnats du degré le plus proche; en conséquence, eux seuls pouvaient invoquer la possession de biens *unde legitimi*. S'ils répudiaient l'hérédité, les agnats du degré suivant, n'étant pas appelés à l'hérédité, ne pouvaient pas invoquer la possession de biens *unde legitimi*. Cependant nous avons vu que quelques jurisconsultes pensaient que, lorsque l'agnat le plus proche avait répudié l'hérédité, le préteur devait accorder la possession de biens *unde legitimi* aux agnats du degré suivant. (Gaïus, III, § 28.) Les agnates, autres que les sœurs consanguines, n'étaient pas appelées à l'hérédité légitime de leurs agnats ou agnates; en conséquence, elles ne pouvaient non plus invoquer la possession de biens *unde legitimi*. (Gaïus, III, § 29.)

1886. Les héritiers qui, pouvant invoquer une possession de biens préférable, l'ont négligée, peuvent invoquer la possession de biens suivante. Ainsi, par exemple, les *liberi*, n'ayant pas demandé la possession de biens *unde liberi*, peuvent invoquer la possession de biens *unde legitimi* et même ensuite la possession de biens *unde cognati*. (L. 2, pr. D. 38, 7. — L. 1, § 11. D. 38, 9.)

Toutefois, pour pouvoir invoquer une possession de biens subséquente, il faut avoir la qualité qui donne droit à cette possession de biens subséquente. Les *sui* sont aussi *legitimi* : ils ont donc la qualité nécessaire pour invoquer la possession de biens *unde legitimi*, s'ils ont négligé la possession de biens *unde liberi*. Mais l'émancipé, n'étant pas au nombre des *legitimi*, ne pourrait pas invoquer la possession de biens *unde legitimi*. (L. 11, L. 12. D. 38, 16.)

3° *De la bonorum possessio unde decem personæ.*

1887. Un fils a été émancipé par un *manumissor extraneus*, de sorte que c'est le *manumissor extraneus* qui est considéré comme son patron. Si l'émancipé meurt laissant des enfants conçus depuis son émancipation, ses enfants sont appelés à sa succession *ab intestat*, et peuvent invoquer, s'il y a lieu, la possession de biens *unde liberi*. Mais si l'émancipé meurt sans enfants, son *manumissor extraneus* est appelé à sa succession. Mais le préteur trouva inique que la succession de l'émancipé fût enlevée à sa famille naturelle, et, corrigeant le droit civil, il déclara qu'il préférerait au *manumissor*

extraneus les cognats les plus proches de l'emancipé jusqu'au deuxième degré, savoir : le père et la mère, le grand-père et la grand'mère paternels, le grand-père et la grand'mère maternels, le fils et la fille (qui étaient nés avant l'émancipation de leur père et qui n'étaient pas ses *sui heredes*), le petit-fils et la petite-fille d'un fils ou d'une fille (nés avant l'émancipation de leur grand-père), le frère et la sœur consanguins ou utérins, qui ne sont pour l'émancipé que des cognats. (Ulpien, *Collatio legum mosaïcarum et romanarum*, tit. XVI, ch. IX, § 2.) — A ces dix personnes, le préteur accorde la possession de biens *unde decem personæ*, qui leur permet de prendre l'hérédité à l'exclusion du *manumissor extraneus;* tandis que, sans cette possession de biens, ces personnes n'auraient eu que la possession de biens *unde cognati*, et eussent été exclues, même d'après le droit prétorien, par le *manumissor extraneus*, qui avait, lui, *jure prætorio*, la possession de biens *unde legitimi*. — Lorsque la possession de biens *unde decem personæ* est accordée au père et à la mère, le père exclut la mère. (L. 10, D. 38, 16.)

Dès lors, dans la succession *ab intestat* d'un fils émancipé par un *extraneus*, les possessions de biens furent accordées dans l'ordre suivant : 1° *unde liberi;* — 2° *unde decem personæ;* — 3° *unde legitimi*, accordée au *manumissor extraneus*.

4° De la bonorum possessio unde cognati.

1888. La possession de biens *unde cognati* est donnée pour suppléer au droit civil. Ceux auxquels elle est accordée constituent un ordre d'héritiers créé par le droit prétorien. La qualité de cognat suffit pour l'obtenir. La cognation artificielle résultant de l'adoption, tant qu'elle subsiste, suffit pour l'obtenir, de sorte que, si les adoptés n'ont pu venir à la succession par la possession de biens *unde legitimi*, parce qu'ils n'étaient pas au degré voulu pour l'obtenir, ils pourront invoquer la possession de biens *unde cognati*.

1889. Nous avons vu que le préteur accordait la possession de biens *unde cognati :*

1° A la mère, dans la succession de ses enfants, lorsqu'elle n'était pas *in manu mariti* et vis-à-vis d'eux *loco sororis*, — jusqu'au sénatus-consulte Tertullien (n° 1768, 1°);

2° Aux enfants, dans la succession de leur mère, lorqu'elle n'était pas *in manu mariti* et vis-à-vis d'eux *loco sororis*, — jusqu'au sénatus-consulte Orphitien (n° 1768, 2°);

3° Aux agnats du défunt et à leurs descendants, quand ils avaient subi une *capitis deminutio*, pourvu qu'après leur *capitis deminutio* ils fussent encore cognats (n° 1768, 3°);

4° Aux cognats par les femmes (n° 1768, 4°);

5° Aux enfants qui se trouvaient dans une famille adoptive au moment de la mort de leur père naturel (n° 1768, 5°);

6° Aux agnates qui étaient au delà du degré de sœurs consanguines (n° 1768, 6°);

7° Aux enfants *vulgo quæsiti* dans la succession de leur mère (n° 1768, 7°);

8° Aux *liberi naturales* dans la succession de leur mère et des parents de leur mère (n° 1768, 8°);

9° Enfin, aux *liberi* qui avaient négligé la possession de biens *unde liberi* et la possession de biens *unde legitimi*; ils pouvaient encore invoquer, comme cognats les plus proches, la possession *unde cognati*. (L. 1, § 11. D. 38, 9.)

Toutefois le préteur n'accordait la possession de biens *unde cognati* qu'aux cognats du défunt jusqu'au sixième degré et, au septième, aux enfants du *sobrinus* et de la *sobrina*.

1890. Dans la succession d'un ingénu, devenu *sui juris* par la mort de son père ou par une émancipation *cum contracta fiducia*, la possession *unde cognati* viendra au troisième rang, dans l'ordre suivant : 1° *unde liberi;* — 2° *unde legitimi*, au profit du plus proche agnat ou au profit du *parens* émancipateur; — 3° *unde cognati*.

Dans la succession d'un ingénu, devenu *sui juris* par une émancipation *sine contracta fiducia*, c'est-à-dire par une émancipation faite par un *manumissor extraneus*, la possession *unde cognati* vient au quatrième rang, dans l'ordre suivant : 1° *unde liberi;* — 2° *unde decem personæ;* — 3° *unde legitimi*, au profit du *manumissor extraneus;* — 4° *unde cognati*.

Jusqu'à présent, nous ne nous sommes occupé que des possessions de biens qui peuvent être accordées dans la succession *ab intestat* des ingénus; à l'exception de la possession *unde vir et uxor*, les possessions que nous allons étudier maintenant sont accordées dans la succession *ab intestat* des affranchis.

5° *De la bonorum possessio tum quem ex familia.*

1891. Cette possession de biens ne peut se présenter que dans la succession d'un affranchi. Lorsqu'un affranchi meurt sans héritiers siens, si son patron et les enfants du patron sont prédécédés, il n'y a plus d'héritiers pour l'affranchi, d'après la loi des Douze-Tables, — qui n'appelle à la succession *ab intestat* de l'affranchi, à défaut d'enfants ou de descendants de l'affranchi, que son patron et les enfants de son patron. A défaut du patron et des enfants du patron, la suc-

cession de l'affranchi était attribuée au peuple. Alors le préteur, pour suppléer au droit civil, accorda la possession de biens *tum quem ex familia* à la famille du patron, c'est-à-dire aux agnats du patron.

A quel rang cette possession de biens était-elle accordée? Les interprètes du droit romain ne sont pas d'accord sur le rang dans lequel le préteur accordait cette possession de biens.

Certains interprètes pensent que le préteur accordait la possession de biens *tum quem ex familia*, dans la succession de l'affranchi, au troisième rang, dans l'ordre suivant :

1° *Unde liberi* aux enfants de l'affranchi ;

2° *Unde legitimi* au patron et aux enfants du patron, ainsi qu'à la patronne ;

3° *Tum quem ex familia* aux plus proches agnats du patron.

D'après d'autres interprètes, le préteur aurait accordé la possession de biens *tum quem ex familia* au quatrième rang, dans l'ordre suivant : 1° *unde liberi ;* — 2° *unde legitimi ;* — 3° *unde cognati liberti ;* — 4° *tum quem ex familia.* Je crois cette seconde opinion préférable. En effet, au temps des jurisconsultes classiques, le droit romain ne tenait compte que de la *cognatio* survenue après l'affranchissement, c'est-à-dire survenue en ligne directe. — L'affranchi meurt-il laissant des enfants conçus depuis son affranchissement, qu'il a donnés en adoption? Ces enfants ne peuvent invoquer la possession *unde liberi*, ni la possession de biens *unde legitimi.* Pourquoi le préteur ne leur accorderait-il pas la possession *unde cognati*, par préférence aux agnats du patron? De même, il est probable que si les enfants de l'affranchi, *sui heredes*, avaient négligé de demander la possession de biens *unde liberi* en temps utile, ils pouvaient invoquer la possession *unde cognati* dans la succession de leur père. Il est donc probable que la possession de biens *tum quem ex familia* n'était accordée aux agnats du patron qu'après la possession de biens *unde cognati liberti*, de sorte qu'elle était primée par les possessions de biens *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati liberti.*

6° *De la bonorum possessio unde patronus et patrona liberique eorum et parentes.*

1892. Cette possession de biens ne peut encore se présenter que dans la succession d'un affranchi. D'après la formule dans laquelle elle est conçue, c'est une possession de biens particulière, que le préteur accorde au patron, à la patronne, à leurs enfants et à leurs ascendants, dans la succession de leur affranchi, afin de suppléer au droit civil. On peut être surpris de voir une possession de

biens spéciale créée pour le patron, la patronne et pour les enfants du patron, puisqu'ils ont déjà la possession de biens *unde legitimi* et la possession de biens *tum quem ex familia*. Il semble que cette possession de biens est inutile.

D'après un passage de la *Paraphrase* de Théophile, cette possession de biens aurait été accordée au patron, à la patronne et à leurs enfants dans le cas où ils auraient négligé de demander la possession de biens *unde legitimi* ou *tum quem ex familia*. Cette possession aurait été accordée également aux ascendants du patron et de la patronne. Malgré cette explication de Théophile, il s'est produit parmi les interprètes du droit romain deux opinions sur la question de savoir à quelles personnes cette possession était accordée.

1re *Opinion*. — « Suivant Théophile, dit M. Demangeat, cette *bonorum possessio* serait donnée au patron ou à la patronne du *de cujus*, ainsi qu'à leurs enfants, dans le cas où ils n'ont demandé ni la *bonorum possessio unde legitimi*, ni la *bonorum possessio tum quem ex familia;* elle serait également donnée aux ascendants du patron et de la patronne. Mais cette explication soulève plusieurs difficultés. D'abord il serait bizarre que le préteur eût créé une *bonorum possessio* spéciale, tout exprès pour venir en aide à des retardataires, à des personnes qui n'ont pas profité de la *bonorum possessio* qu'elles pouvaient demander immédiatement après l'ouverture de la succession. Je vois bien que les *heredes sui*, quand ils n'ont pas voulu de la *bonorum possessio unde liberi*, peuvent encore profiter de la *bonorum possessio unde legitimi*, et primer ainsi tous les agnats [1]; mais du moins cette *bonorum possessio unde legitimi* n'a pas été établie spécialement pour les enfants, en vue du cas où ils auraient négligé de demander la *bonorum possessio* qui leur compète directement. D'un autre côté, si le patron du *de cujus* a laissé des descendants non *sui* ou des ascendants, j'ai peine à croire que ces descendants ou ascendants puissent obtenir la *bonorum possessio* qui nous occupe; je crois qu'ils ont seulement celle qui figure en huitième ligne, la *bonorum possessio unde cognati manumissoris*.

« On voit dans les Basiliques que la succession d'un affranchi peut être déférée au patron de son patron [2]. Je crois que la *bonorum possessio* dont il s'agit se réfère à cette idée. Le *de cujus* avait été affranchi par Primus, lequel était lui-même l'affranchi de Secundus;

---

1. « *Si repudiaverint sui ab intestato bonorum possessionem, adhuc dicemus obstare eos legitimis, hoc est his quibus legitima potuit deferri hereditas : idcirco quia, repudiando quasi liberi bonorum possessionem, hanc incipiunt habere quasi legitimi.* » (Ulp., L. 2, pr. D. *Unde legit.*)

2. Cujas, *Observat.*, lib. XX, ch. XXXIV.

au moment où s'ouvre la succession, Primus est mort et il n'a pas laissé d'enfants : de même que les agnats du patron, si ce patron était ingénu, auraient la *bonorum possessio tum quem ex familia*, de même son propre patron, quand il est un affranchi, doit avoir une *bonorum possessio* analogue. Et non-seulement Secundus, mais ses enfants, s'il est prédécédé, ont droit à cette *bonorum possessio*. Enfin, si le patron Primus n'est pas, à proprement parler, un affranchi, mais qu'il ait été émancipé par son père *contracta fiducia*, le père émancipateur étant *loco patroni*, nous lui donnerons encore la même *bonorum possessio*. Voilà comment je crois qu'il faut entendre la *bonorum possessio* UNDE PATRONUS ET PATRONA LIBERIQUE EORUM ET PARENTES. De cette manière on s'explique très-bien qu'elle vienne immédiatement après la *bonorum possessio* TUM QUEM EX FAMILIA. En effet, dans l'une comme dans l'autre, le *de cujus* est un affranchi de qui le patron est prédécédé : si ce patron prédécédé était ingénu, nous appelons ses agnats ; si, au contraire, il était lui-même *libertinus* ou s'il a été émancipé *contracta fiducia*, il ne peut pas avoir d'agnats, et nous appelons son patron ou le *parens manumissor*. Outre que cette manière de voir, en elle-même, est parfaitement conforme aux principes généraux, voici un texte d'Ulpien qui la met véritablement hors de doute : « *Post familiam patroni*, dit Ulpien, *vocat prætor patronum et patronam, item liberos et parentes patroni et patronæ* [1] ». Je ne vois pas qu'on puisse faire marcher ce texte avec l'explication de Théophile : car comment admettre que le préteur appelle d'abord la *familia*, les agnats du patron, et puis ce patron lui-même? Ulpien dit, aussi clairement que possible, qu'à défaut d'agnats du patron on appelle son propre patron. » (*Cours élémentaire de droit romain*, par M. Ch. Demangeat, professeur à la Faculté de droit de Paris. 3e édition, t. II, p. 110 et 111.)

2e *Opinion*. — Je pense, avec d'autres interprètes du droit romain, que la possession de biens *unde patronus et patrona liberique eorum et parentes* était accordée par le préteur au patron ou à la patronne d'un affranchi, à leurs enfants et à leurs ascendants. Dans l'opinion précédente, on dit qu'il est difficile d'admettre que le préteur ait créé une possession de biens spéciale au profit du patron ou de la patronne qui aurait négligé d'invoquer la possession de biens *unde legitimi* et la possession de biens *tum quem ex familia*. Mais il est facile de démontrer : 1° que cette possession de biens n'a pas été créée spécialement pour le patron et pour la patronne, puisqu'elle a été créée aussi au profit d'autres personnes qui en avaient besoin;

---

1. *Collatio leg. mosaïc.*, tit. XVI, ch. IX, § 1.

— 2° que cette possession de biens peut être utile au patron et à ses enfants, ainsi qu'à la patronne, même en dehors de la possession de biens *unde legitimi* ou *tum quem ex familia*.

Et d'abord cette possession a été créée pour d'autres personnes que le patron et la patronne. En effet, le patron et ses enfants, soumis à la puissance, avaient bien la possession de biens *unde legitimi* pour venir à sa succession de l'affranchi, mais les enfants émancipés du patron, étant sortis de sa famille, n'avaient droit ni à la *bonorum possessio unde liberi*, réservée aux héritiers siens, ni la *bonorum possessio tum quem ex familia*, réservée aux agnats et au patron. On comprend que le préteur ait voulu leur accorder une *bonorum possessio* spéciale dans la succession de l'affranchi de leur père. — La patronne a bien, dans la succession de son affranchi, la possession de biens *unde legitimi*, mais ses enfants et ses ascendants n'ont droit ni à la *bonorum possessio unde legitimi* ni à la *bonorum possessio tum quem ex familia*, car ils ne sont pas dans sa famille. On comprend que le préteur ait voulu créer aussi une possession de biens spéciale en leur faveur. — De même, les ascendants du patron ou de la patronne n'ont droit ni à la possession de biens *unde legitimi* ni à la possession de biens *tum quem ex familia;* le préteur a pu juger utile de leur en accorder une.

Enfin la possession de biens *unde patronus et patrona liberique eorum et parentes* peut être utile au patron ou à la patronne, même en dehors de la possession de biens *unde legitimi* ou *tum quem ex familia* : c'est lorsqu'ils ont subi une *capitis deminutio* en se donnant en adrogation. Dans ce cas, en effet, ils ne pouvaient plus invoquer, dans la succession de leur affranchi, ni la possession de biens *unde legitimi* ni la possession de biens *tum quem ex familia*. Dès lors il n'est pas étonnant que le préteur, qui appelait à la succession d'un affranchi les simples cognats du patron par la possession de biens *unde cognati*, y ait appelé aussi le patron et la patronne, par une possession de biens spéciale, lorsqu'ils s'étaient donnés en adrogation.

Si l'on admet que la possession de biens *unde patronus et patrona liberique eorum et parentes* avait été accordée par le préteur aux personnes que je viens d'indiquer, l'ordre des possessions de biens dans la succession d'un affranchi sera celui-ci : 1° *unde liberi* au profit des descendants de l'affranchi; — 2° *unde legitimi* au profit du patron et de ses enfants soumis à sa puissance ainsi qu'au profit de la patronne; — 3° *tum quem ex familia* au profit des agnats du patron ou de la patronne; — 4° *unde patronus et patrona liberique eorum et parentes* accordée, d'abord au patron et à la patronne auxquels

elle est utile, lorsqu'ils se sont donnés en adrogation ou ont négligé les deux possessions de biens précédentes, et ensuite à tous les descendants et ascendants du patron ou de la patronne sans distinction, c'est-à-dire aux cognats en ligne directe du patron ou de la patronne. D'après M. Demangeat, la possession *unde patronus et patrona liberique eorum et parentes* n'aurait pas été accordée aux descendants du patron sortis de sa famille, ni aux ascendants du patron. M. Demangeat dit en effet : « D'un autre côté, si le patron du *de cujus* a laissé des descendants *non sui* ou des ascendants, j'ai peine à croire que ces descendants ou ascendants puissent obtenir la *bonorum possessio* qui nous occupe; je crois qu'ils ont seulement celle qui figure en huitième ligne, la *bonorum possessio unde cognati manumissoris*. » M. Demangeat n'exprime là qu'une opinion dénuée de preuves; opinion qui, du reste, est contraire à la formule de la possession de biens dont nous nous occupons : *unde patronus et patrona liberique eorum et parentes.*

Quant au texte d'Ulpien, invoqué dans l'opinion précédente : « *Post familiam patroni, vocat prætor patronum et patronam, item liberos et parentes patroni et patronæ,* » on lui fait dire ce qu'il ne dit pas. En effet, Ulpien, dans ce texte, ne dit pas : « Après la famille du patron, le préteur appelle son patron et sa patronne. » Il dit : « Après la famille du patron, le préteur appelle le patron, la patronne, leurs descendants et leurs ascendants. » En d'autres termes, Ulpien ne parle pas du patron du patron ou de la patronne. Du reste, il est facile d'interpréter le texte d'Ulpien autrement qu'on l'interprète dans l'opinion précédente. En effet, supposons que le patron ou la patronne d'un affranchi se soit donné en adrogation avant la mort de cet affranchi. Dans ce cas, le patron ou la patronne ne peut invoquer la possession *unde legitimi;* en conséquence, il y a lieu à la possession de biens *tum quem ex familia* au profit des agnats du patron ou de la patronne, possession qui ne peut être invoquée non plus par le patron ou la patronne qui se sont donnés en adrogation. Mais supposons qu'il n'y a pas d'agnats, ou que ceux qui existent négligent de demander la possession *tum quem ex familia;* alors on comprend que, *post familiam patroni*, comme dit Ulpien, le préteur appelle le patron ou la patronne, leurs descendants ou ascendants, plutôt que de donner la succession de l'affranchi aux cognats collatéraux du patron ou de la patronne.

Enfin la rédaction de la formule de la possession de biens *unde patronus et patrona liberique eorum et parentes* indique bien que cette possession est accordée au patron, à la patronne d'un affran-

chi, à leurs descendants et à leurs ascendants, et nullement au patron ou à la patronne d'un patron ou d'une patronne d'un affranchi. C'est cette seconde opinion que M. le professeur Machelard enseigne dans son cours.

7° *De la bonorum possessio unde vir et uxor.*

1893. Le droit civil n'appelait pas les conjoints à la succession l'un de l'autre. Toutefois, lorsque la femme était encore *in manu mariti* au moment de la mort de son mari, se trouvant alors vis-à-vis de lui *loco filiæ*, elle lui succédait en qualité de *sua heres*.

Ce n'est qu'autant que le conjoint décédé ne laisse pas de cognats pouvant invoquer la possession de biens *unde cognati* que le conjoint survivant vient à la succession de son conjoint décédé par la possession de biens *unde vir et uxor*. Mais si le conjoint défunt est un affranchi, le conjoint survivant primera, avec sa possession de biens *unde vir et uxor*, les cognats du patron de son conjoint.

Le préteur accorde cette possession de biens dans le but de suppléer au droit civil. Elle peut se présenter dans la succession soit d'un ingénu, soit d'un affranchi.

Pour que le conjoint survivant puisse invoquer la possession de biens *unde vir et uxor*, il faut qu'il y ait eu, entre lui et son conjoint décédé, un *justum matrimonium*, durant encore au moment de la mort du conjoint : « *Ut bonorum possessio peti possit unde vir et uxor, justum esse matrimonium oportet. Cæterum si injustum fuerit matrimonium, nequaquam bonorum possessio peti poterit, quemadmodum nec ex testamento adiri hereditas, vel secundum tabulas peti bonorum possessio potest : nihil enim capi propter injustum matrimonium potest.* » (L. *un.*. pr. D. 38, 11.)

Si, au moment de la mort du conjoint décédé, les époux étaient divorcés, le conjoint survivant ne pouvait invoquer la possession de biens *unde vir et uxor*. — Il y avait des cas où, le divorce ayant eu lieu, le mariage était considéré comme subsistant : 1° lorsqu'une affranchie mariée avec son patron divorçait malgré lui, la loi *Julia de maritandis ordinibus* la retenait dans le mariage, pour l'empêcher d'épouser un autre homme sans le consentement de son patron ; — 2° lorsque l'un des époux voulait divorcer, la répudiation devait se faire par lettre, *libellus repudii*, en présence de sept témoins et d'un affranchi de celui qui répudiait. (L. 9. D. 24, 2.) Si un divorce avait été fait sans l'observation de cette forme, la loi *Julia de adulteriis* considérait le mariage comme durant encore. Mais, dans ces deux cas, après la mort de l'un des époux, l'autre

ne pouvait pas invoquer la possession de biens *unde vir et uxor*. « *Ut autem hæc bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore. Sed si divortium quidem secutum sit, verumtamen jure durat matrimonium : hæc successio locum non habet. Hoc autem in hujusmodi speciebus procedit : liberta ab invito patrono divertit, lex Julia de maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio, dum eam prohiberet alii nubere invito patrono. Item Julia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet.* » (L. *un.*, § 1, D. 38, 11.)

8° *De la bonorum possessio unde cognati manumissoris.*

1894. Cette possession de biens ne se présente que dans la succession d'un affranchi. A défaut du patron et de ses enfants, le préteur accorde cette possession aux cognats du patron jusqu'au sixième degré et, au septième, à l'enfant du *sobrinus* du patron. En effet, Ulpien dit que le préteur donne cette possession « *cognatis manumissoris quibus per legem Furiam plus mille asses capere licet.* » (Ulp., *Reg.*, XXVIII, § 7.) Or la loi *Furia*, qui défendait à tout testateur de laisser à chacun de ses légataires plus de mille as, permettait à tout testateur de laisser plus de mille as à ses cognats jusqu'au sixième degré et, au septième, à l'enfant de son *sobrinus*. (*Fragm. Vatic.*, § 301. — V. n° 1562.)

1895. En résumé, dans la succession *ab intestat* d'un ingénu, *pater familias*, ou émancipé par son père *cum contracta fiducia*, il peut y avoir quatre possessions de biens qui sont accordées dans l'ordre suivant :

1° *Unde liberi* aux descendants du défunt ;

2° *Unde legitimi* aux agnats les plus proches du défunt ou à son *parens* émancipateur ;

3° *Unde cognati* aux cognats du défunt jusqu'au sixième degré et, au septième, aux enfants de son *sobrinus* ou de sa *sobrina* ;

4° *Unde vir et uxor* à l'époux survivant.

Dans la succession *ab intestat* d'un ingénu émancipé par un *manumissor extraneus*, il peut y avoir cinq possessions de biens, accordées dans l'ordre suivant :

1° *Unde liberi* aux descendants du défunt ;

2° *Unde decem personæ* aux parents du défunt jusqu'au deuxième degré ;

3° *Unde legitimi* au *manumissor extraneus* ;

4° *Unde cognati* aux cognats du défunt jusqu'au sixième degré et, au septième, aux enfants de son *sobrinus* ou de sa *sobrina* ;

5° *Unde vir et uxor* à l'époux survivant.

Dans la succession *ab intestat* d'un affranchi, il peut y avoir sept possessions de biens, accordées dans l'ordre suivant :

1° *Unde liberi* axu descendants ou à la patronne du défunt ;

2° *Unde legimiti* au patron et à ses descendants, ou à la patronne du défunt ;

3° *Unde cognati liberti* aux cognats du défunt ;

4° *Tum quem ex familia* aux agnats du patron ;

5° *Unde patronus et patrona liberique eorum et parentes*, au patron, à la patronne, à leurs descendants et à leurs ascendants ;

6° *Unde vir et uxor* à l'époux survivant ;

7° *Unde cognati manumissoris* aux cognats du patron ou de la patronne [1].

Ulpien n'énumère que sept *bonorum possessiones ab intestat*. En effet, ce jurisconsulte dit : « *Intestati datur bonorum possessio per septem gradus : primo gradu liberis ; secundo legitimis heredibus ; tertio proximis cognatis ; quarto familiæ patroni ; quinto patrono, patronæ, item liberis patroni patronæve ; sexto viro, uxori ; septimo cognatis manumissoris quibus per legem Furiam plus mille asses capere licet. Et si nemo sit ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem, sed jus suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Julia caducaria.* » (Ulp., *Reg.*, XXVIII, § 7.)

Puisque le jurisconsulte Ulpien dit qu'il n'y a que sept degrés dans les possessions de biens *ab intestat*, il faut donc rejeter la possession de biens qu'on invente au profit du patron du patron, sinon il n'y aurait pas sept degrés, mais huit degrés dans les *bonorum possessiones*.

APPENDICE

Le de cujus est mort TESTAT ou INTESTAT · bonorum possessio uti et legibus.

1896. On vient de voir les *bonorum possessiones* précédentes accordées à certaines personnes dans des cas absolument déterminés, les unes dans l'hypothèse où le *de cujus* est mort *testat*, les autres dans l'hypothèse où il est mort *intestat*.

Il y a une autre *bonorum possessio*, qui se donne aussi bien *ex*

---

1. M. Demangeat, adoptant l'opinion d'après laquelle la *bonorum possessio unde patronus et patrona liberique eorum et parentes* est donnée au patron du patron de l'affranchi, ainsi qu'au père émancipateur du *manumissor*, ou à leurs enfants, remplace cette troisième série de *bonorum possessiones* par la division suivante :

1° Dans la succession *ab intestat* d'un individu *affranchi* par un *ingénu*, il

testamento que *ab intestato*, comme une ressource extraordinaire, « *quasi ultimum et extraordinarium auxilium*, » en vertu d'une disposition spéciale d'une loi, d'un sénatus-consulte, ou de tout autre acte législatif qui ordonne de déférer la possession de biens à telle ou telle personne : c'est la *bonorum possessio uti ex legibus.*

Il y avait lieu à la possession de biens *uti ex legibus*, non pas dans le cas où une loi appelait une personne à l'hérédité (dans ce cas, cette personne était héritière et avait la possession *unde legitimi*); mais dans le cas où la loi déférait à une personne, non l'hérédité, mais une possession de biens. Une loi (un sénatus-consulte, une constitution impériale) peut accorder à une personne soit une possession de biens testamentaire, soit une possession de biens *ab intestat.* Du reste, il n'est pas indifférent qu'une loi accorde à une personne l'hérédité ou, au contraire, une possession de biens. En effet, celui auquel une loi accorde une possession de biens doit, pour en profiter, la demander dans un certain délai; au contraire, celui, auquel la loi accorde l'hérédité, a un titre définitif, et peut toujours réclamer l'hérédité.

1897. Il y avait divers cas dans lesquels une loi accordait à certaines personnes une possession de biens. Ainsi la loi *Papia* accordait à la patronne la possession de biens *dimidiæ partis* que le préteur avait créée pour le patron et ses enfants.

Un testateur a fait un testament nuncupatif : l'héritier institué a droit à l'hérédité d'après le droit civil; mais une constitution de l'empereur Gordien lui permet aussi de demander la possession de biens *secundum tabulas*, ou plutôt *secundum nuncupationem.* (L. 2. C. 6. 11.)

La naissance d'un enfant héritier sien, survenue avant la mort du testateur, rend le testament *ruptum*, et le testament reste *ruptum*, lors même que l'enfant meurt avant le testateur. Mais un rescrit de l'empereur Adrien accorde à l'héritier institué la possession de biens *secundum tabulas*, établie par le préteur. (L. 12, pr. D. 28, 3.) — Voilà trois applications de cette possession de biens *uti ex legibus* :

§ 7. « Suit une septième possession que les préteurs ont très-justement introduite. En effet, une possession de biens est promise par l'édit, en dernier lieu, à ceux à qui il est ordonné par une loi, par un sénatus-consulte ou par une constitution, de la donner. Le préteur n'a placé cette possession ni parmi

---

peut y avoir cinq *bonorum possessiones : unde liberi, unde legitimi, tum quem ex familia, unde vir et uxor, unde cognati manumissoris.*

2° Dans la succession d'un individu *affranchi* par un *affranchi* ou un *émancipé*, il peut y avoir quatre *bonorum possessiones; unde liberi, unde legitimi, unde patronus et patrona* (donnée au patron du patron de l'affranchi, ou au père émancipateur, etc.), *unde vir et uxor.*

les possessions qui se donnent *ab intestat* ni parmi celles qui se donnent en vertu d'un testament ; mais il l'a accommodée suivant l'exigence des circonstances, comme un dernier secours extraordinaire, pour ceux qui sont appelés par des lois, des sénatus-consultes, ou des constitutions des princes d'après le droit nouveau, soit en vertu d'un testament, soit *ab intestat.* »

1898. Cette *bonorum possessio uti ex legibus* porte dans le texte le n° 7, parce que Justinien la classe parmi celles qu'il a consacrées. Dans le droit antérieur à Justinien, elle aurait porté le numéro 11. (Voir, pour plus de détails, n^os^ 1923 et suivants.)

§ III. — ÉTENDUE DE LA DISPOSITION PRÉTORIENNE.

1899. La *bonorum possessio* peut être accordée, sans examen préalable, en vertu d'une disposition expresse de l'édit, et pour une situation préalablement spécifiée. Elle peut, au contraire, être accordée, non plus en vertu d'une disposition de l'édit, mais après enquête (*causa cognita*), en vertu d'un décret du préteur et eu égard à certaines circonstances de la cause. La première s'appelle *bonorum possessio edictalis*, et la seconde *bonorum possessio decretalis*. — A la première classe appartiennent les *bonorum possessiones* que nous venons d'étudier dans le paragraphe précédent.

1900. La *bonorum possessio decretalis* est ainsi appelée, parce qu'elle est accordée en vertu d'un décret. Ce décret est précédé d'une *cognitio causæ*. La possession de biens *decretalis* ne peut être accordée par le magistrat que *pro tribunali* : « *Si causa cognita bonorum possessio detur : non alibi dabitur, quam pro tribunali ; quia neque decretum de plano interponi, neque causa cognita bonorum possessio alibi quam pro tribunali dari potest.* » (L. 3, § 8. D. 37, 1.)

1901. Dans quels cas le préteur accorde-t-il la possession de biens *decretalis ?* — Il serait difficile de les énumérer, car les espèces, où le préteur peut accorder la *bonorum possessio ex decreto*, peuvent varier à l'infini.

Citons seulement quelques exemples :

1° Lorsqu'un héritier a été institué sous condition ; d'après le droit civil, cet héritier n'a droit à l'hérédité qu'au moment de l'arrivée de la condition ; mais le préteur lui accorde par décret, après une *cognitio causæ*, c'est-à-dire après avoir examiné si la réalisation de la condition paraît plus ou moins probable, la possession de biens *secundum tabulas*. Toutefois, comme le droit définitif de cet héritier à l'hérédité est douteux et incertain, — car il est possible que la condition sous laquelle il a été institué ne se réalise pas, — il faut sauvegarder les droits de ceux qui viendront à l'hérédité, si la con-

dition ne se réalise pas. Aussi le préteur n'accorde-t-il la possession de biens *secundum tabulas* à cet héritier institué sous condition qu'à la charge de donner caution, c'est-à-dire à la charge de faire la promesse, garantie par fidéjusseurs, de rendre les biens, si la condition ne se réalise pas.

2° Il avait été admis que le curateur d'un insensé, qui avait droit à une possession de biens, pourrait la demander et l'obtenir pour lui, en vertu d'un décret, *causa cognita*. Mais si l'insensé mourait sans être revenu à la raison et sans avoir demandé lui-même la possession de biens, elle était perdue pour lui, et la succession passait à ceux qui avaient le droit de la recueillir à son défaut. (L. 2, § 11. D. 38, 17. — L. 7, § 3. C. 5, 70.)

3° A l'inverse, si le curateur d'un insensé négligeait de demander pour lui la possession de biens, celui qui avait droit à la succession à défaut de l'insensé, par exemple un substitué, pouvait obtenir la possession de biens, en vertu d'un décret, mais à la charge de donner caution de rendre les biens à tous ceux à qui les biens devaient appartenir, au cas où l'insensé mourrait sans avoir recouvré la raison. (L. 1. D. 37, 3.)

4° Le préteur accorde encore une possession de biens *decretalis* dans le cas suivant : un testateur a institué son fils émancipé, et est mort laissant sa femme enceinte d'un enfant qu'il a omis dans son testament. Le fils émancipé institué ne peut pas, pour le moment, obtenir la possession de biens *secundum tabulas*, parce qu'il est possible que le testament soit rompu par la naissance du posthume, qui a été omis. Le fils émancipé, institué, ne peut pas non plus, pour le moment, demander la possession de biens *contra tabulas;* il ne pourra la demander qu'après la naissance du posthume omis, qui pourra, lui, demander la possession de biens *contra tabulas*, à raison de son omission, permettant ainsi au fils émancipé de demander la possession de biens, « *commisso per alium edicto* ». Le fils émancipé institué ne peut donc, jusqu'à la naissance du posthume, demander ni la possession de biens *secundum tabulas*, ni la possession de biens *contra tabulas*. S'il meurt avant la naissance du posthume, il ne transmettra pas à ses héritiers son droit à l'hérédité. Et cependant, s'il eût survécu, il aurait eu droit soit à la possession de biens *contra tabulas*, « *commisso per alium edicto* », si le posthume fût né vivant ; soit à la possession de biens *secundum tabulas*, si le posthume ne fût pas né vivant. Aussi, en pareil cas, le préteur venait au secours de l'émancipé institué et lui accordait la possession par un décret : « *Et ideo decreto filio succurrendum est quia sive frater ei nascatur, sive non nascatur, patri heres futurus est.* » (L. 84. D. 29, 2.) —

Que si le fils émancipé meurt avant d'avoir demandé la possession de biens le préteur accordera aussi par un décret à ses héritiers la possession de biens *contra tabulas* ou *secundum tabulas*. (L. 5. D. 37, 4.) — Les mêmes décisions doivent être données lors même que l'institué ne serait pas un fils émancipé, mais un fils *suus heres* du testateur, ou même un héritier externe : « *Si quis eum, qui in utero est, præterniserit : etiam nondum nato eo, alius qui heres institutus est, bonorum possessionem contra tabulas admittere potest, quia iniquum est, neque quasi scriptum posse petere bonorum possessionem, quamdiu peti potest ; nec contra tabulas, quamdiu non nascitur præteritus ; ut et, si ante moriatur, bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat ; quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto herede : qui nec hereditatem interim adire potest.* Si quelqu'un a omis celui qui est encore dans le sein de sa mère ; tant que celui-ci n'est pas né, un autre qui a été institué peut recevoir la possession de biens *contra tabulas*, parce qu'il est inique qu'il ne puisse demander ni la possession en qualité d'institué, ni la possession *contra tabulas*, tant que l'omis n'est pas né ; de manière que, s'il meurt avant, le bénéfice de la possession passe à son héritier ; ceci est surtout nécessaire pour le fils émancipé, institué héritier, car il ne peut faire adition d'hérédité pendant ce temps » (c'est-à-dire pendant le temps qui précède la naissance du posthume). (L. 4, § 3. D. 37, 4.)

5° Le préteur accordait encore une possession *decretalis* au descendant impubère, appelé à la succession de son ascendant, lorsque son état et sa qualité d'héritier étaient contestés par ceux qui, à son défaut, avaient droit à la succession. — Cette possession de biens, ainsi accordée à un impubère dont l'état et la qualité d'héritier étaient contestés, s'appelait *bonorum possessio ex edicto Carboniano*, parce qu'elle avait été établie par le préteur Papirius Carbo, dans son édit [1]. Voici les termes de cet édit Carbonien : « *Si cui controversia fiet, an inter liberos sit, causa cognita, perinde ac si nulla de ea re controversia esset et judicium in tempus pubertatis causa cognita differtur.* » (L. 1, pr. D. 37, 10.)

Le préteur ne prononce son décret qu'après une *cognitio causæ* dans laquelle il examine deux questions : 1° il examine si la contestation d'état est sérieuse. S'il reconnaît que la contestation d'état n'est pas sérieuse, il ne donne pas la possession de biens. De même,

---

1. Voyez une excellente dissertation sur la *bonorum possessio* établie par l'édit Carbonien, par M. Glasson, professeur agrégé à la faculté de droit de Paris, chez Durand, libraire-éditeur, Paris.

s'il reconnaît qu'il est évident que l'impubère n'est pas le fils du défunt, il lui refuse la possession de biens. Ce n'est en effet que lorsque la question d'état de l'impubère est douteuse, incertaine, qu'il lui accorde la possession de biens. (L. 3, § 4. D. 37, 10.) 2° Le préteur examine s'il est opportun de renvoyer l'examen de la question d'état à l'époque de la puberté du pupille. (L. 3, § 5. D. 37, 10.)

A qui la possession de biens *ex edicto Carboniano* est-elle accordée? Le préteur accorde la possession de biens *ex edicto Carboniano* à tous les enfants et descendants impubères du défunt, par les mâles, c'est-à-dire aux fils, filles, petits-fils, petites-filles *ex filio* : « *Non tantum masculi sed et fœminæ ex virili sexu descendentes Carboniani commodum habebunt.* » (L. 1, § 2. D. 37, 10.) — La possession de biens *ex edicto Carboniano* est accordée, non-seulement aux enfants et descendants par les mâles, qui, étant soumis à la puissance paternelle, sont héritiers siens, mais encore aux enfants émancipés et aux descendants des émancipés, qui sont placés par le préteur au rang des héritiers siens, et qui viennent à la succession par la possession de biens *contra tabulas*, en cas de testament, et par la possession de biens *unde liberi*, en cas de succession *ab intestat*. (L. 1, § 3. — L. 3, pr. D. 37, 10.)

Dans quels cas la possession de biens *ex edicto Carboniano* est-elle accordée à un descendant impubère? C'est dans le cas où ceux, qui, à son défaut, ont droit à la succession, contestent son état, soutenant, par exemple, qu'il n'est pas le fils légitime du défunt, qu'il est son enfant naturel, né d'un concubinat, ou bien qu'étant enfant légitime il est dans une famille adoptive; qu'en conséquence il n'a aucun droit à l'hérédité. — Pour qu'il y ait lieu à la possession de biens *ex edicto Carboniano* au profit d'un descendant impubère, il faut donc : 1° que son état et son droit à l'hérédité soient contestés. Si ses adversaires contestent seulement son état, tout en reconnaissant qu'il est valablement institué par un testament, il n'y a pas lieu d'appliquer l'édit Carbonien (L. 1, § 10. D. 37, 10.); — 2° que la contestation s'élève relativement à la succession d'un père ou d'un ascendant paternel; s'il s'agit de la succession de la mère ou d'un ascendant maternel, il n'y a pas lieu à la possession de biens de l'édit Carbonien (L. 6. pr. D. 37, 10); — 3° que le descendant impubère n'ait été ni institué héritier ni valablement exhérédé par le testament de son ascendant paternel (L. 11. D. 37, 10); — 4° que le descendant impubère soit appelé, ou par le droit civil, en qualité d'héritier (cas auquel il lui suffit d'invoquer la possession de biens de l'édit Carbonien pour arriver de suite à la succession), ou par le

droit prétorien (cas auquel il doit, pour arriver de suite à la succession, demander non-seulement la possession de biens de l'édit Carbonien, mais encore la possession de biens ordinaire). Toutefois, lors même que l'impubère est appelé à l'hérédité par le droit civil, il a intérêt à demander la possession de biens ordinaire ; car, s'il ne la demande pas, le préteur peut accorder les autres possessions de biens aux personnes appelées après lui, ce qui l'obligera à subir leur concours. (*Instit.*, III, IX, §§ 8 et 9.— L. 1, § 4. D. 38, 6.— L. 1, § 7. D. 38, 9. — V. *De la bonorum possessio accordée par l'édit Carbonien*, par M. Glasson, p. 17.)

Quels sont les effets de la possession de biens *ex edicto Carboniano?* — Le préteur met l'impubère en possession des biens de l'hérédité, comme si son état et sa qualité d'héritier n'étaient pas contestés, mais à la charge par l'impubère de donner caution de rendre les biens de l'hérédité pour le cas où, devenu pubère, il serait reconnu n'avoir pas la qualité de fils du défunt. (L. 7, § 4. D. 37, 10.) — Toutefois ce n'est qu'autant que la possession *ex edicto Carboniano* est accordée à lui seul, que l'impubère est tenu de fournir cette caution. Si d'autres enfants du défunt sont mis avec lui en possession, il est dispensé de fournir caution. (L. 5, pr. D. 37, 10.)

Lorsqu'il n'y a pas d'autres enfants du défunt pouvant invoquer la possession de biens avec l'impubère dont l'état est contesté, si celui-ci ne fournit pas la caution, il ne pourra pas obtenir la possession de biens *ex edicto Carboniano*. Ce sont ses adversaires qui seront mis en possession, à la charge de donner caution. (L. 5, § 2. D. 38, 10.)

Celui qui a obtenu une possession de biens *decretalis* ne peut plus la répudier. En effet, la possession de biens *decretalis* est donnée en vertu d'un décret, et, une fois le décret rendu, elle ne peut plus être répudiée. (L. 1, § 7. D. 38, 9.)

§ IV. — EFFICACITÉ DES BONORUM POSSESSIONES.

BONORUM POSSESSIONES — *CUM RE*, — *SINE RE*.

1902. Les *bonorum possessores* n'étaient pas des héritiers ; mais ils étaient en quelque sorte considérés comme des héritiers, *loco heredum*. (§ 2 de n. t.) S'ils n'étaient pas héritiers ils avaient tous les avantages que donne la qualité d'héritier. Ainsi les actions héréditaires, qui appartenaient aux héritiers, pouvaient être exercées par les *bonorum possessores*. Réciproquement, les créanciers du défunt pouvaient exercer leurs actions contre les *bonorum possessores*, aussi

bien que contre les héritiers. Mais alors les actions exercées par les *bonorum possessores* contre les débiteurs du défunt et les actions exercées par les créanciers du défunt contre les *bonorum possessores* étaient qualifiées de *fictices* : « *Hi quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio prætoris. Ideoque seu ipsi agant seu cum his agatur, ficticiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.* Ceux auxquels est donnée la possession de biens en vertu de l'édit successoral ne sont pas, il est vrai, des héritiers, mais ils sont placés au rang d'héritiers par le bienfait du préteur. En conséquence, soit qu'eux-mêmes agissent, soit qu'on agisse contre eux, on a besoin d'actions *fictices*, dans lesquelles ils sont supposés héritiers. » (Ulp., *Reg.*, XXVIII, § 12.)

Ces actions étaient appelées *fictices*, parce qu'elles étaient basées sur une fiction. Cette fiction consistait en ce que, dans la rédaction des formules de ces actions, le préteur supposait que le *bonorum possessor* était héritier, et recommandait au juge de le traiter comme tel : « Nous avons encore des fictions d'un autre genre dans certaines formules, par exemple, lorsque celui qui a demandé la possession de biens en vertu de l'édit agit en se feignant héritier. En effet, comme il succède au défunt, en vertu du droit prétorien et non en vertu du droit civil, il n'a pas les actions directes, et il ne peut pas prétendre que ce qui était au défunt est à lui, et que ce qui était dû au défunt doit lui être donné à lui-même ; en conséquence, il agit en feignant d'être héritier, par exemple de cette manière : « Qu'un tel soit juge. Si Aulus Agerius, c'est-à-dire le demandeur lui-même, était héritier de Lucius Titius, si alors il fallait que le fonds dont il s'agit fût à lui d'après le droit des Quirites ;» ou bien, quand l'action est personnelle : après avoir posé une semblable fiction, on ajoute : « S'il apparaît qu'alors Numerius Negidius devrait donner dix mille sesterces à Aulus Agerius. » (Gaïus, IV, § 34.)

1903. Le préteur ne pouvait de sa propre autorité conférer à une personne la propriété quiritaire. Aussi le *bonorum possessor* ne devenait pas, en vertu de la possession de biens, même après avoir pris possession effective des biens héréditaires, *dominus ex jure Quiritium*. Il n'avait d'abord les biens que *in bonis*, et n'acquérait ensuite la propriété quiritaire des biens de l'hérédité que par l'usucapion. (Gaïus, III, 80. — V. nº 1113, 1º.)

1904. Non-seulement le *bonorum possessor* avait sous le nom d'action *fictices* les mêmes actions qui appartenaient à l'héritier du droit civil, mais il avait, en outre, un moyen d'agir qui lui était propre : l'interdit *quorum bonorum*, par lequel il pouvait se faire mettre en

possession effective des biens héréditaires, lors même que ces biens seraient possédés par l'héritier du droit civil : « Un interdit à l'effet d'acquérir la possession est accordé au possesseur de biens. Il commence par ces mots : *Quorum bonorum*. Il a pour effet de faire restituer, à celui qui a obtenu la possession de biens, ce qu'un autre en possède à titre d'héritier ou à titre de possesseur. Est réputé possédер, à titre d'héritier, tant celui qui est héritier que celui qui croit être héritier; celui-là possède à titre de possesseur, qui possède sans cause une chose héréditaire, ou même toute l'hérédité, sachant qu'elle ne lui appartient pas. Cet interdit est appelé « interdit à l'effet d'acquérir la possession », parce qu'il n'est utile qu'à celui qui veut entrer pour la première fois en possession de la chose; par conséquent, si quelqu'un, après avoir acquis la possession, l'a perdue, cet interdit cesse de lui être utile. » (Gaïus, IV, § 144.) — Du reste, ce n'est que la possession des biens corporels de l'hérédité que le *bonorum possessor* peut acquérir par cet interdit *quorum bonorum*. Il ne peut, par cet interdit, poursuivre les débiteurs de l'hérédité, qui sont des détenteurs de droits, de choses incorporelles : « *Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur : sed tantum corporum possessores.* » (L. 2. D. 43, 2.)

1905. De plus, le préteur accorde au *bonorum possessor* une action, *petitio hereditatis possessoria*, qui, au moyen d'une fiction, n'est pas autre chose que la *petitio hereditatis* du droit civil, accordée, *utilitatis causa*, au *bonorum possessor*.

Lorsque le *bonorum possessor* veut se prévaloir de sa qualité de *bonorum possessor*, en exerçant l'interdit *quorum bonorum*, il est possible que le défendeur l'oblige à prouver qu'il a droit à cette *bonorum possessio*, que le préteur lui a accordée sans examen. Aussi le *bonorum possessor*, qui intente l'interdit *quorum bonorum*, est tenu de prouver qu'il avait droit à la *bonorum possessio* qui lui a été accordée; par exemple, il doit prouver que le testament, en vertu duquel il a obtenu la possession de biens *secundum tabulas*, était régulier. (L. 1. C. 8, 2.)

1906. Si le défendeur à l'interdit *quorum bonorum* prouve qu'il est héritier, la qualité d'héritier l'emportera-t-elle sur la *bonorum possessio* ? — Il est certain que la *bonorum possessio* était tantôt *cum re*, tantôt *sine re*. Elle était *sine re* toutes les fois que le défendeur était un héritier du droit civil; dans ce cas, en effet, il écartait le *bonorum possessor*, dont la *bonorum possessio* était alors *sine re*. C'est ce qu'atteste le jurisconsulte Ulpien : « *Bonorum possessio aut cum re datur, aut sine re : cum re, si is qui accepit cum affectu bona retineat ; sine re, cum alius jure civili evincere hereditatem possit, veluti, si suus*

heres intestati sit, bonorum possessio sine re est, quoniam suus heres evincere hereditatem jure legitimo possit. » (Ulp., *Reg.*, XXVIII, § 13. — Gaïus, III, § 35, § 36, § 37.)

Mais toutes les fois que la possession est donnée pour suppléer au droit civil, pourvu qu'il n'y ait pas d'héritier appelé à la succession par le droit civil, la possession de biens est efficace, *cum re.*

Lorsque celui qui est héritier l'emporte sur le *bonorum possessor*, c'est parce qu'en réalité il a une possession de biens préférable à celle du *bonorum possessor*. Aussi, lors même qu'il dédaigne cette possession de biens préférable, par exemple, lorsqu'un *suus heres* néglige de demander la possession *unde liberi*, bien que le plus proche agnat demande la possession de biens *unde legitimi*, le *suus heres* triomphera, parce que, d'après le droit prétorien, il a une possession de biens préférable. (Gaïus, III, § 36.) Ici le préteur ne fait que confirmer son propre droit. Les possessions de biens introduites pour corriger le droit civil avaient-elles pour effet d'écarter l'héritier du droit civil ? Il faut distinguer suivant les époques. Il y a eu, suivant les époques, plus ou moins de cas où l'hérédité l'a emporté sur les possessions de biens. — Dans le premier état du droit, lorsqu'une possession de biens, ayant pour but de corriger le droit civil, était accordée, elle ne l'emportait pas sur l'hérédité légitime. Ainsi, primitivement, lorsqu'il n'y avait pas eu *mancipatio familiæ* ni *nuncupatio*, pourvu que le testament fût scellé des cachets de sept témoins, le préteur donnait la *bonorum possessio secundum tabulas*, mais cette *bonorum possessio* n'écartait pas l'héritier du droit civil. Mais nous avons vu qu'à partir d'un rescrit d'Antonin le Pieux les héritiers institués dans un testament nul pour défaut de formes d'après le droit civil, mais valablement fait dans la forme prétorienne, eurent une possession de biens *secundum tabulas cum re;* car, en vertu du rescrit d'Antonin, ils pouvaient repousser les héritiers du droit civil, par l'exception de dol. (N° 1869.)

Au temps de Gaïus, lorsque le testament d'une femme en tutelle perpétuelle était nul, d'après le droit civil, pour défaut d'autorisation du tuteur le préteur accordait à l'héritier institué la possession de biens *secundum tabulas*, qui était inefficace, si le tuteur de la femme était son ascendant ou son patron. Mais si la femme avait un autre tuteur il y avait doute sur la question de savoir si l'héritier du droit civil l'emportait sur l'héritier institué qui avait obtenu la possession de biens *secundum tabulas*.

Lorsqu'un testament devenait *ruptum* par la naissance d'un enfant héritier sien du testateur, après la confection du testament, le préteur accordait à l'héritier institué dans ce testament la pos-

session de biens *secundum tabulas*, pourvu que l'enfant héritier sien mourût avant le testateur. L'empereur Adrien décida que, dans ce cas, la possession de biens accordée à l'héritier institué serait efficace, pourvu que l'enfant héritier sien fût mort avant le testateur. (L. 12, pr. D. 28, 3.)

Lorsqu'un fils, *suus heres*, existant au moment de la confection du testament, avait été omis, le testament était nul d'après le droit civil, mais le préteur donnait à l'héritier institué la possession de biens *secundum tabulas*, pourvu que le fils *suus heres* fût mort avant le testateur. Mais les principes du droit prétorien n'ont pas été, dans ce cas, confirmés par Justinien, qui décide que le testament dans lequel un fils *suus heres* a été omis reste nul, quand même l'héritier sien mourrait avant le testateur. Dans ce cas, la possession de biens *secundum tabulas* est *sine re*, et les agnats l'emporteront.

Ainsi, étaient certainement efficaces, accordées *cum re*, les possessions de biens suivantes : 1° la possession de biens *contra tabulas* accordée aux émancipés omis (n° 1853); — 2° la possession de biens *contra tabulas* accordée aux enfants et descendants héritiers siens omis (nos 1847, 1849); — 3° la possession de biens *contra tabulas* accordée à l'enfant qui se trouve dans une famille adoptive, lorsqu'il a été institué (n° 1857); — 4° la possession de biens *contra tabulas dimidiæ partis*, accordée au patron et à ses enfants (n° 1859); — 5° la possession de biens *contra tabulas dimidiæ partis* accordée au père émancipateur (n° 1860); — 6° la possession de biens *secundum nuncupationem* (n° 1865); — 7° la possession de biens *secundum tabulas* accordée aux héritiers institués dans un testament nul pour défaut de formes d'après le droit civil, mais valablement fait dans la forme prétorienne, lorsque le défunt ne laissait pas d'héritiers légitimes, et même, à partir du rescrit d'Antonin le Pieux, lorsqu'il y avait des héritiers légitimes (nos 1868, 1869); — 8° la possession de biens *secundum tabulas* accordée aux héritiers institués dans un testament devenu *irritum* par suite d'une *capitis deminutio* subie par le testateur, pourvu que le testament fût valablement fait dans la forme prétorienne, et que le testateur eût recouvré la *factio testamenti* avant de mourir (n° 1870); — 9° la possession de biens *secundum tabulas* accordée aux héritiers institués dans un testament devenu *ruptum* par la naissance d'un enfant héritier sien du testateur après la confection du testament, pourvu que l'enfant fût mort avant le testateur (n° 1871); — 10° quant aux possessions de biens *ab intestat*? Les possessions de biens *ab intestat* données dans le but de confirmer le droit civil, par exemple, la

possession de biens *unde liberi*, accordée aux enfants en puissance, et la possession de biens *unde legitimi*, accordée aux agnats, furent sans doute accordées *cum re*, dès qu'elles furent introduites. Ensuite les possessions de biens *ab intestat*, données pour compléter le droit civil, comme la possession de biens *unde cognati* et la possession de biens *unde vir et uxor*, furent aussi accordées *cum re*. Enfin il est probable que, dès le IIIe siècle de l'Empire, les possessions de biens *ab intestat*, données dans le but de corriger le droit civil, furent aussi accordées *cum re*. Ce qui est certain, c'est que, dans la législation de Justinien, toutes les possessions *ab intestat* sont accordées *cum re*.

En résumé, la *bonorum possessio* est : 1° *cum re* lorsque celui qui l'obtient est assuré de ne pas être plus tard évincé par un héritier du droit civil ; 2° *sine re* dans le cas contraire. — Mais quel avantage procurait alors cette dernière? Un avantage considérable ; en effet, celui qui l'obtenait pouvait immédiatement se faire mettre en possession des biens héréditaires, même en évinçant l'héritier. Celui-ci, dès lors, était obligé, pour faire valoir son droit, d'intenter la *petitio hereditatis ;* mais, devenu ainsi demandeur, c'était à lui qu'incombait le fardeau de la preuve de son droit ; et, s'il ne pouvait donner cette preuve, le *bonorum possessor* gardait la succession.

La *bonorum possessio* était donnée *cum re*, en principe, dans deux cas : 1° si celui qui la demandait était en même temps héritier d'après le droit civil ; 2° s'il n'y avait pas d'héritier d'après le droit civil. En dehors de ces deux cas (et de quelques autres, où l'on finit par donner la *bonorum possessio cum re*), les *bonorum possessiones* étaient toujours données *sine re*.

§ V. — GÉNÉRALITÉS SUR LA DEMANDE DE LA BONORUM POSSESSIO.

I. — **Dans quel délai la bonorum possessio doit-elle être demandée?**

1907. Le préteur avait fixé un délai dans lequel la possession de biens devait être demandée. En effet, le préteur avait établi plusieurs possessions de biens qu'il offrait successivement. Ceux auxquels la première était offerte devaient se décider pour ne pas laisser dans l'incertitude ceux qui pouvaient demander la possession de biens suivante, et pour que les créanciers du défunt sussent à qui ils pourraient s'adresser pour se faire payer.

1908. Le délai fixé pour demander une possession de biens varie suivant que celui qui a le droit de la demander est un parent en

ligne directe, ascendant ou descendant, ou bien, au contraire, un parent en ligne collatérale. Les parents en ligne directe, qui ont le droit d'invoquer une possession de biens, ont un an pour la demander au préteur. Les parents collatéraux n'ont qu'un délai de cent jours.

Ulpien indique le motif pour lequel les parents en ligne directe ont un délai d'un an pour demander la possession de biens, à la différence des parents collatéraux, qui n'ont qu'un délai de cent jours : « On accorde un temps plus long aux ascendants et aux descendants pour demander la possession de biens, en l'honneur du sang, *in honorem sanguinis*, sans doute parce qu'on ne doit pas presser ceux qui viennent pour ainsi dire à leurs propres biens. Voilà pourquoi il a été jugé à propos de leur accorder un an, de manière qu'en prenant ce terme modéré ils ne fussent pas trop pressés de demander la possession de biens, et que, d'un autre côté, les biens de la succession ne restassent pas trop longtemps jacents. Sans doute, sur la demande des créanciers, ils peuvent être interrogés sur la question de savoir s'ils invoqueront la possession de biens, afin que, s'ils déclarent la répudier, les créanciers sachent ce qu'ils auront à faire. Mais s'ils déclarent qu'ils veulent délibérer encore ils ne doivent pas être pressés. » (L. 1, § 12. D. 38, 9.)

On comprend que les créanciers aient intérêt à savoir, le plus tôt possible, si les descendants ou les ascendants; appelés à la possession de biens, l'invoqueront ou ne l'invoqueront pas, pour savoir qui ils pourront poursuivre, lorsque les descendants ou les ascendants auront déclaré qu'ils ne veulent pas invoquer la possession à laquelle ils ont droit. Aussi, d'après Ulpien, les créanciers ont le droit d'appeler devant le préteur les *liberi* ou les *parentes* pour qu'ils aient à déclarer s'ils veulent ou non invoquer la possession de biens à laquelle ils sont appelés. Si ces héritiers sont fixés sur le parti qu'ils veulent prendre, ils l'indiqueront. Mais s'ils ne sont pas encore fixés sur le partir qu'ils veulent prendre, s'ils veulent encore délibérer, ils ont droit à l'année entière :

§ 8. « Le préteur avait introduit plusieurs espèces de successions et les avait disposées par ordre ; de plus, chaque ordre comprenait souvent plusieurs personnes à différents degrés. En conséquence, pour que les actions des créanciers ne fussent pas suspendues faute par ces derniers de connaître les personnes contre lesquelles ils pourraient agir, et pour que ces créanciers ne fussent pas envoyés trop facilement en possession des biens du défunt afin de pourvoir de cette manière à la conservation de leurs droits, — le préteur fixa un délai pour demander la possession de biens. Il a donné aux ascendants et aux descendants, tant naturels qu'adoptifs, le délai d'un an, pour demander la possession, et, à tous les autres, cent jours. »

1909. Le délai d'un an et le délai de cent jours sont des délais *utiles*, c'est-à-dire des délais dans lesquels on ne compte que les jours où la possession de biens peut être demandée, et les jours où celui qui a droit à une possession de biens a su qu'il y avait droit et n'a pas été empêché de former sa demande. A partir du jour où il a su qu'une possession de biens était ouverte à son profit, on ne compte que les jours où il a su et a pu demander la possession de biens : *dies quibus scierit poteritque.* (L. 2, pr. D. 38, 15. — Ulp., *Reg.*, XXVIII, § 10.)

1910. Il semble qu'à partir du jour où celui qui peut invoquer la possession de biens a su qu'elle s'était ouverte à son profit, on devrait compter tous les jours, car, comme on l'a remarqué, il ne peut oublier le lendemain ce qu'il a su la veille. Cependant il est possible qu'après avoir su qu'une possession de biens s'était ouverte à son profit il vienne à croire qu'il n'y a plus droit. Ainsi, par exemple, il avait appris la mort du *de cujus*, puis, par des informations nouvelles, il apprend que le *de cujus* n'est pas mort, quand, cependant, le *de cujus* était bien mort en réalité. Les jours pendant lesquels il est resté dans cette erreur ne seront pas comptés. Mais il faut que ce soit par suite d'une erreur de fait qu'il croie n'être pas appelé à la succession. On ne tient pas compte de son erreur de droit. Ainsi, par exemple, il sait que l'un de ses agnats est décédé; s'il ignore que lui, en sa qualité de plus proche agnat, est appelé à l'hérédité, et ne demande pas la possession de biens à laquelle il a droit, c'est là une erreur de droit dont on ne lui tiendra pas compte. (L. 1, pr., § 1.D. 22, 6. — L. 10. D. 37, 1.)

1911. Pour que les délais dans lesquels la possession de biens doit être demandée courent, il faut que celui qui y a droit n'ait pas été empêché de s'adresser au magistrat pour la lui demander. En effet, le délai ne courra pas, si l'héritier a été empêché de s'adresser au magistrat par quelque circonstance qu'il n'a pu éviter, par exemple, s'il a été fait captif, s'il est absent pour le service de la République, s'il est dans les fers ou retenu par la tempête dans quelque lieu ou dans quelque pays, de manière qu'il n'ait pu ni agir lui-même ni donner mandat. On peut, en effet, demander la possession de biens par mandataire. En cas de maladie, si la maladie est tellement grave qu'elle l'ait empêché de constituer un procureur, il est considéré comme ayant été dans l'impossibilité de sauvegarder son droit. « Comme on parle fréquement des jours utiles, dit le jurisconsulte Ulpien, voyons ce qu'il faut entendre par le pouvoir d'agir. La première condition exigée, c'est qu'il y ait faculté d'agir; il ne suffit pas qu'il y ait pouvoir d'agir avec le défendeur, ou avec quelqu'un qui le défend;

il faut encore que le demandeur ne soit empêché par aucune cause légitime d'intenter l'action. En conséquence, s'il est chez l'ennemi, ou absent pour la République, ou retenu par la tempête dans quelque lieu ou dans quelque pays, de manière qu'il ne puisse ni actionner lui-même, ni donner mandat, il est considéré comme n'ayant pas le pouvoir d'agir. Celui qui par la maladie est empêché d'agir, mais qui peut donner mandat, est considéré comme ayant le pouvoir d'agir. » (L. 1. D. 44, 3.)

1912. Si un impubère a droit à une possession de biens, son impuberté n'empêche pas le délai de courir, parce que son tuteur ou son père peut demander pour lui la possession de biens. Pour que le délai coure, il suffit que le tuteur ou le père sache que la possession est ouverte au profit de l'impubère : « *Dies, quibus tutor aut pater scit, cedere placet.* » (L. 7. § 2. D. 37, 1.)

1913. De même, si la possession de biens est ouverte au profit d'un mineur de vingt-cinq ans, la minorité n'empêche pas le délai de courir ; mais le mineur pourra obtenir la *restitutio in integrum*, lorsqu'il aura perdu le droit de demander la possession de biens par l'expiration du délai pendant lequel il devait la demander.

1914. Dans le délai fixé pour demander la possession de biens, on ne comptait pas seulement les jours pendant lesquels le magistrat tenait audience, car il n'était pas nécessaire que la possession de biens *edictalis* fût demandée *pro tribunali*, tandis que la possession de biens *decretalis* devait être demandée *pro tribunali*.

1915. Qu'arrive-t-il si celui qui, ayant le droit d'invoquer la possession de biens, a négligé de la demander dans le délai fixé, a répudié ou bien est mort avant de l'avoir demandée ? Il y a accroissement au profit de ceux qui ont la même possession que lui, et, à leur défaut, il y a dévolution au degré suivant :

§ 9. Si quelqu'un a négligé de demander la possession de biens dans ce délai, elle accroît aux personnes du même degré; et, s'il n'y a personne, à celui du degré suivant, en vertu de l'édit successoral, comme si celui qui précédait n'existait pas. C'est pourquoi, si quelqu'un répudie la possession de biens à lui déférée, on n'attend pas que le délai fixé pour la demande de la possession de biens soit expiré ; mais aussitôt tous les autres sont admis d'après le même édit. »

1916. Avant Justinien, la dévolution de degré à degré n'avait pas lieu dans l'ordre des agnats, de sorte que, si l'agnat du degré le plus proche faisait défaut, l'agnat du degré suivant ne pouvait pas demander la possession de biens *unde legitimi*, négligée par l'agnat le plus proche. Du reste, l'agnat qui avait négligé de demander la possession de biens *unde liberi*, en qualité d'agnat le plus proche, pouvait ensuite demander la possession de biens *unde cognati*, en

qualité de cognat le plus proche. Au contraire, la dévolution de degré à degré avait toujours lieu dans l'ordre des cognats, d'après le droit prétorien. A l'époque de Justinien, lorsqu'il n'y a plus personne dans un ordre, ou que ceux qui s'y trouvent ne veulent pas invoquer la possession à laquelle ils ont droit, la possession de biens est dévolue à l'ordre suivant.

II. — A qui la possession de biens peut-elle être demandée ?

1917. Primitivement la possession de biens était demandée, à Rome, au préteur, et, dans les provinces, aux présidents des provinces. (L. 1. — L. 3. D. 2, 1.) — Les magistrats municipaux n'étaient pas compétents pour accorder la *bonorum possessio*.

1918. La demande de la possession de biens était accompagnée de solennités. Deux constitutions de Dioclétien et de Maximien parlent de ces solennités ; mais elles n'indiquent pas en quoi consistaient ces solennités, et aucun autre texte du Digeste ou du Code ne les énonce. — D'après Théophile, celui qui demandait une possession de biens devait aller devant le préteur, et lui disait : « *Da mihi illam bonōrum possessionem.* » (Théophile, *Paraphrase*, liv. III, tit. IX, § 10.)

1919. Il n'y avait pas lieu à *cognitio* de la part du préteur lorsqu'un *bonorum possessor* lui demandait une possession de biens *edictalis*, c'est-à-dire une possession de biens prévue et accordée d'avance, dans l'édit, en ces termes : « Dans tel cas, telle possession de biens sera accordée à telles personnes ; par exemple, aux *liberi*. »

1920. Lorsqu'une possession de biens était demandée, il suffisait de prouver qu'on avait la qualité exigée pour l'obtenir. Ainsi, pour obtenir la possession *unde liberi*, les *liberi* devaient prouver qu'ils étaient *liberi*. Pour obtenir la possession *unde legitimi*, les *legitimi* devaient prouver qu'ils étaient *legitimi*. Si une personne invoquait la possession de biens *secundum tabulas*, il lui suffisait de présenter un testament pouvant donner lieu à cette possession de biens.

1921. Pour faciliter l'obtention de la possession de biens, il avait été permis de la demander par mandataire. Un *negotiorum gestor* pouvait même la demander pour celui qui avait le droit de l'invoquer, pourvu que celui-ci ratifiât ensuite ; mais s'il mourait avant d'avoir ratifié, la possession de biens était perdue pour lui et pour ses héritiers : « *Adquirere quis bonorum possessionem potest vel per semetipsum, vel per alium. Quod si, me non mandante, bonorum pos-*

sessio mihi petita sit, tunc competet, cum ratum habuero, quod actum est. Denique si ante decessero, quam ratum habeam, nulla dubitatio est, quin non competat mihi bonorum possessio : quia neque ego ratum habui, neque heres meus ratum habere potest, cum ad eum non transeat jus bonorum possessionis. » (L. 3, § 7. D. 37, 1.)

Nous avons vu que l'adition d'hérédité ne pouvait être faite par mandataire. — Pendant longtemps, il ne fut pas permis au tuteur de faire adition d'hérédité pour le pupille, ni au père de faire adition d'hérédité pour son fils (nos 677, 1396). Au contraire, le tuteur pouvait demander la possession de biens pour le pupille, le chef de famille pouvait la demander pour son enfant *infans*. Il suffisait que le tuteur ou le père sût qu'une possession de biens était ouverte au profit du pupille, ou au profit de l'impubère, pour que le délai commençât à courir : « *Impubes nec bonorum possessionem admittere, nec judicium sine tutoris auctoritate potest : quia tutor pupillo et pater infanti filio bonorum possessionem petere possunt. Dies, quibus tutor aut pater scit, cedere placet.* » (L. 7, § 1. § 2. D. 37, 1.)

1922. La nécessité d'employer des solennités dans la demande de la possession de biens a été supprimée par une constitution de l'empereur Constance, fils de Constantin, qui décida en même temps qu'on pourrait s'adresser à un magistrat quelconque pour lui demander la possession de biens. Dès lors les magistrats municipaux devinrent compétents pour accorder la possession de biens. Mais cette constitution de Constance maintint la nécessité de demander la possession de biens à un magistrat. Ce sont seulement les solennités de la demande qui sont supprimées : « *Ut verborum inanium excludimus captiones, ita hoc observari decernimus, ut apud quemlibet judicem, vel etiam apud duumviros, qualiscumque testatio amplectandæ hereditatis ostendatur.* Pour exclure les ambiguïtés des vaines paroles, nous décidons que l'attestation quelconque de la volonté de prendre l'hérédité soit manifestée devant un juge quelconque, même devant les duumvirs. » (L. 9. C. 6, 9.)

C'est à cette constitution de l'empereur Constance que Justinien fait allusion dans le § 10 de notre titre :

§ 10. « Dans la demande de possession de biens, on ne compte que les jours utiles ; au reste, les princes antérieurs ont sagement décidé que nul n'est obligé de demander la possession de biens ; il suffit qu'il manifeste, d'une manière quelconque, dans le délai voulu, l'intention de l'obtenir, pour en avoir tout le bénéfice. »

Dans ce § 10, Justinien exagère la portée de la décision de l'empereur Constance. En effet, cet empereur avait seulement supprimé les solennités de la demande en possession de biens ; mais il n'avait

pas supprimé la nécessité de demander la possession de biens à un magistrat. Ce n'est que dans la législation de Justinien qu'il n'est plus nécessaire de demander la possession de biens à un magistrat: il suffit de manifester d'une manière quelconque, dans le délai fixé, la volonté d'invoquer la possession de biens. C'est ce qui résulte du § 10 de notre titre.

ARTICLE II. — INNOVATIONS DE JUSTINIEN EN MATIÈRE DE *BONORUM POSSESSIONES*.

1923. Justinien supprima plusieurs des possessions de biens que nous venons d'étudier. Quant aux deux possessions de biens testamentaires, la possession de biens *contra tabulas* et la possession de biens *secundum tabulas*, Justinien les conserve l'une et l'autre.

1924. La possession de biens *contra tabulas* est encore utile à l'enfant émancipé, omis dans un testament régulièrement fait, pourvu qu'il la demande dans le délai fixé.

1925. Quant à la possessions de biens *secundum tabulas*, plusieurs de ses applications ont disparu. En effet, dans l'ancien droit, elle était donnée, lorsque le testament se trouvait nul *jure civili*, parce qu'il n'y avait pas eu *mancipatio familiæ* ou *nuncupatio*, pourvu que le testament fût valablement fait *jure prætorio*. Ce cas ne peut plus se présenter à l'époque de Justinien, car il n'y a plus ni *mancipatio familiæ*, ni *nuncupatio* exigées. De même, lorsqu'une femme en tutelle perpétuelle avait testé sans l'autorisation de son tuteur, le préteur donnait la possession de biens *secundum tabulas* aux héritiers institués dans ce testament. Ce cas ne peut plus se présenter à l'époque de Justinien, parce que la tutelle perpétuelle des femmes a disparu. .

La possession de biens *secundum tabulas* s'applique encore, à l'époque de Justinien, dans le cas suivant : le testateur a perdu la *factio testamenti* par suite d'une *capitis deminutio?* Le testament devient *irritum* et reste *irritum* d'après le droit civil, lors même que le testateur recouvre la *factio testamenti* avant de mourir. Mais, d'après le droit prétorien, dans ce cas, la possession de biens *secundum tabulas* est accordée à l'héritier institué, pourvu que le testament ait été fait dans la forme prétorienne. — Justinien confirme cette application de la possession de biens *secundum tabulas.* (*Instit.*, II, XVII, § 6.)

A l'époque de Justinien, la possession de biens *secundum tabulas* est encore donnée dans le cas suivant : un testament est rompu par

l'agnation d'un enfant héritier sien, qui n'a été ni institué ni exhérédé par le testateur, et reste rompu, d'après le droit civil, quand même l'enfant, héritier sien, viendrait à mourir avant le testateur; mais le préteur donne à l'héritier institué la possession de biens *secundum tabulas*. — Justinien confirme encore cette application de la possession de biens *secundum tabulas*. (L. 12, pr. D. 28, 3.) — Justinien dit qu'il conserve comme *nécessaires*, dans ces divers cas, les deux possessions de biens *contra tabulas* et *secundum tabulas*. (§ 4 de n. t.)

1926. Parmi les possessions de biens *ab intestat*, Justinien supprime la possession de biens *unde decem personæ* dans la succession de l'émancipé, parce que le contrat de *fiducie* est toujours sous-entendu au profit de l'ascendant émancipateur. Dès lors, la possession de biens *unde decem personæ* est devenue inutile.

1927. Justinien supprime aussi la possession de biens *tum quem ex familia* et la possession *unde patronus, patrona liberique eorum et parentes* dans la succession de l'affranchi :

§ 4. « La juridiction prétorienne introduisit ces possessions de biens. Pour que rien ne soit négligé par nous, mais corrigeant toutes choses par nos constitutions, nous avons admis, comme étant nécessaires, les possessions de biens *secundum tabulas* et *contra tabulas*, avec les possessions de biens *ab intestat : unde liberi* et *unde legitimi*. Quant à celle qui avait été placée par l'édit du préteur au cinquième rang, c'est-à-dire la possession *unde decem personæ*, dans une intention pieuse et par un bref langage, nous avons montré qu'elle est superflue. En effet, comme ladite possession de biens préférait dix personnes au *manumissor extraneus*, notre constitution, que nous avons faite sur l'émancipation des enfants, sous-entend toujours dans la manumission le contrat de fiducie, de manière que cette manumission contient en elle-même le privilége résultant du contrat de fiducie; dès lors la possession de biens susdite est devenue inutile. Cette cinquième possession étant supprimée, nous avons placé à son rang la possession de biens qui, auparavant, était la sixième, et ainsi nous avons constitué comme cinquième possession celle que le préteur promet aux plus proches cognats. »

§ 5. « Comme, auparavant, la possession de biens *tum quem ex familia* était au septième rang, et la possession *unde liberi patroni, patronæque et parentes eorum* au huitième, nous les avons complétement supprimées l'une et l'autre, par notre constitution que nous avons faite sur le droit de patronage. En effet, puisque nous avons établi la succession des affranchis à l'image des successions des ingénus, nous les avons restreintes au cinquième degré, de sorte que, s'il y a quelque différence entre les ingénus et les affranchis, il suffit, pour réclamer les droits de patronage, d'invoquer les possessions de biens *unde legitimi* et *unde cognati;* ainsi toutes les subtilités inextricables des deux possessions précitées sont résolues. »

On voit que dans le § 5 Justinien appelle possession de biens *unde liberi patroni patronæque et parentes eorum* la possession de biens qu'Ulpien appelait possession *unde patronus, patrona liberique eorum et parentes*.

§ 6. « Quant à cette autre possession, qui s'appelle *unde vir et uxor*, et qui avait été placée au neuvième rang parmi les anciennes possessions, nous l'avons conservée en vigueur, et nous l'avons placée à un autre rang, c'est-à-dire au sixième. La dixième ancienne possession, qui était *unde cognati manumissoris*, ayant été supprimée avec raison pour les motifs déjà exprimés, il ne reste plus que six possessions de biens conservant toute leur vigueur. »

1928. Les six possessions de biens conservées par Justinien sont: 1° la possession de biens *contra tabulas;* — 2° la possession de biens *secundum tabulas;* — 3° la possession de biens *unde liberi;* — 4° la possession de biens *unde legitimi;* — 5° la possession de biens *unde cognati;* — 6° la possession de biens *unde vir et uxor*.

D'après la législation de Justinien, il peut y avoir, dans la succession d'un ingénu, six possessions de biens, qui sont accordées dans l'ordre suivant :

1° *Contra tabulas;*

2° *Secundum tabulas;*

3° *Unde liberi*, aux descendants du défunt;

4° *Unde legitimi*, aux agnats du défunt;

5° *Unde cognati*, aux cognats du défunt jusqu'au sixième degré, et, au septième, aux enfants du *sobrinus* ou de la *sobrina;*

6° *Unde vir et uxor*, à l'époux survivant.

De même, dans la succession d'un affranchi, il peut y avoir, d'après la législation de Justinien, six possessions de biens, qui sont accordées dans l'ordre suivant :

1° *Contra tabulas;*

2° *Secundum tabulas;*

3° *Unde liberi*, aux descendants de l'affranchi ou de l'affranchie;

4° *Unde legitimi*, au patron, à la patronne et à leurs descendants;

5° *Unde cognati*, aux cognats du patron ou de la patronne, ascendants ou collatéraux, jusqu'au cinquième degré.

6° *Unde vir et uxor*, à l'époux survivant.

1929. On a déjà vu que, sous Justinien, la *bonorum possessio sine re* a entièrerement disparu; par conséquent, toute *bonorum possessio* est donnée *cum re*.

1930. On a vu également que Justinien, étendant la constitution de Constance, non-seulement n'exige plus aucune solennité pour la demande de la *bonorum possessio*, mais décide encore qu'il n'y a pas même à la demander. On est donc *bonorum possessor*, comme on était héritier, et il suffit de manifester d'une manière quelconque, dans le délai voulu, l'intention d'accepter la *bonorum possessio* à laquelle on a droit.

CHAPITRE III

DE LA SUCCESSION AB INTESTAT D'APRÈS LES NOVELLES DE JUSTINIEN

1931. Par la novelle 118, promulguée en l'an 543, Justinien a établi un nouveau système de succession *ab intestat*, qu'il a complété par la novelle 127, promulguée en l'an 548.

Ce système est le point de départ du système des successions *ab intestat*, aujourd'hui appliqué en France.

1932. L'idée fondamentale de ce système est la suppression de la préférence que le droit, antérieur à Justinien, accordait à l'agnation sur la cognation, dans la dévolution des successions. Justinien, au contraire, base son nouveau système de succession *ab intestat* sur la cognation,

1933. Justinien divise les héritiers *ab intestat* en trois ordres : le premier ordre comprend tous les descendants du défunt (chapitre I de la novelle 118) ; le second ordre comprend les ascendants du défunt (chapitre II de la novelle 118) ; le troisième ordre comprend les collatéraux du défunt (chapitre III de la novelle 118).

Le premier ordre ne comprend que les descendants. Quant au second ordre, l'ordre des ascendants, il subit quelquefois le concours de certains collatéraux : frères germains ou sœurs germaines du défunt. Le troisième ordre, l'ordre des collatéraux, se divise en plusieurs classes.

NOUVELLE CONSTITUTION 118

L'empereur Justinien Auguste au très-glorieux Pierre, préfet du sacré prétoire de l'Orient.

PRÉFACE

« Trouvant des lois nombreuses et diverses, promulguées dans les temps anciens, par lesquelles une différence injuste a été introduite dans la succession *ab intestat* entre les parents nés de mâles et les parents nés de femmes, nous avons cru nécessaire de régler par cette loi, au moyen d'une division claire et précise, les successions *ab intestat* des cognats. Puisqu'il n'y a pas de lois portées antérieurement sur ce point, celle que nous promulguons maintenant sera seule observée. Or toute succession *ab intestat* peut être divisée en trois degrés, c'est-à-dire celui des ascendants, celui des descendants et celui des collatéraux (qui se divise en agnats et cognats). Nous avons décidé que la succession appartiendrait d'abord aux descendants. »

CHAPITRE I.

DE LA SUCCESSION DES DESCENDANTS.

« S'il y a quelque descendant de celui qui meurt intestat, quels que soient sa qualité, son sexe ou son degré de parenté, qu'il descende de lui par les hommes ou par les femmes, qu'il soit émancipé ou en puissance, il doit être préféré aux ascendants et aux collatéraux. — Lors même que le défunt aurait été en puissance, nous ordonnons que ses enfants, quel que soit leur sexe ou leur degré, soient préférés aux ascendants sous la puissance desquels se trouvait le défunt, à savoir quant aux biens qui, selon nos lois, ne sont pas acquis aux pères. En effet, quant à l'usufruit des biens qui doit être acquis ou conservé, nous maintenons en vigueur ces lois, sur ce point, au profit de tous ascendants, en ce sens cependant que, si un de ces descendants vient à mourir en laissant des enfants, ses enfants et autres descendants succéderont à la place de leur père, soit qu'ils aient été sous la puissance de leur père, soit qu'ils aient été émancipés ; — ils recueilleront, quel que soit leur nombre, une part égale à celle qu'aurait eue leur père, s'il eût survécu. C'est ce que l'antiquité a appelé succession par souches. — Nous ne voulons pas qu'on cherche à établir des degrés dans cet ordre de succession ; mais nous ordonnons qu'avec les fils et filles, les descendants d'un fils prédécédé ou d'une fille prédécédée soient appelés, sans aucune différence entre eux, qu'ils descendent du défunt par des hommes ou par des femmes, qu'ils soient émancipés ou en puissance. — C'est ainsi que nous avons réglé la succession des descendants. Nous avons cru qu'il fallait ensuite régler comment les ascendants seraient appelés à la succession de leurs descendants. »

CHAPITRE II.

DE LA SUCCESSION DES ASCENDANTS.

« Si donc le défunt ne laisse pas de descendants pour héritiers, mais que son père ou sa mère, ou d'autres ascendants, lui survivent, nous décidons qu'on doit les préférer à tous les collatéraux, à l'exception seulement des frères unis au défunt par le même père et la même mère (*ex utroque parente conjuncti*), ce qui sera déclaré dans la suite. — S'il y a plusieurs ascendants vivants, nous ordonnons que ceux qui se trouvent les plus proches en degré soient préférés, hommes et femmes, qu'ils soient paternels ou maternels. S'ils ont le même degré, que l'hérédité soit partagée en deux parts égales, de manière que les ascendants du père, quel que soit leur nombre, reçoivent une moitié, et que les ascendants de la mère, quel que soit leur nombre, prennent l'autre moitié. — Mais si, avec les ascendants, se trouvent des frères ou sœurs unis au défunt par le même père et la même mère, ils seront appelés avec les ascendants les plus proches en degré. — S'il y a le père et la mère, l'hérédité doit être divisée entre eux d'après le nombre des personnes, de manière que chacun des ascendants et des frères ait une portion égale, le père ne pouvant alors, dans aucun cas, revendiquer l'usufruit de la part de ses fils ou filles, car, pour cette partie de l'hérédité, nous leur avons donné le droit d'usufruit en proportion de leur droit de propriété par la présente loi, nulle différence ne devant être faite entre les personnes qui sont appelées à l'hérédité, qu'elles soient ou femmes ou hommes, et qu'elles aient été unies à celui auquel elles succèdent par les hommes ou par les femmes, sans distinguer si le *de cujus* a été lui-même émancipé ou en puissance. — Il me reste à régler le troisième ordre, qu'on appelle celui des collatéraux, et qui se divise en agnats et en cognats, pour que, cette partie arrangée, notre loi soit parfaite.

CHAPITRE III

DE LA SUCCESSION DE CEUX QUI VIENNENT PAR UN COTÉ.

« Si donc le défunt n'a laissé ni descendants ni ascendants, les premiers que nous appelons à la succession sont les frères et sœurs nés du même père et de la même mère que lui, les mêmes que nous avons appelés à l'hérédité en concours avec les ascendants. — A leur défaut, nous appelons en second lieu les frères du défunt, qui ne sont unis avec lui que par un seul parent, soit par le père, soit par la mère. — Mais, s'il y a des frères du défunt et des fils d'un autre frère prédécédé ou d'une sœur prédécédée, ils seront appelés à l'hérédité avec leurs oncles et tantes, nés du même père et de la même mère que le défunt, et, quel que soit leur nombre, ils recevront une part égale à celle qu'aurait eue leur père, s'il eût survécu, ou leur mère, si elle eût survécu. De là il suit que, si, par hasard, un frère, qui était uni avec la personne défunte par le père et par la mère, et dont les fils vivent, est prédécédé, et s'il y a aussi des frères survivants, lesquels étaient unis au défunt seulement par le père ou par la mère, les fils de celui-là seront préférés à leurs propres oncles, bien qu'ils soient au troisième degré (que ce soient des oncles par le père ou par la mère, du sexe masculin ou du sexe féminin, peu importe), comme leur père serait préféré, s'il vivait encore. — A l'inverse, si un frère survivant était uni au défunt par le père et par la mère, et s'il y avait un autre frère prédécédé, qui était uni à lui par un seul parent, nous excluons de l'hérédité les fils du frère prédécédé, comme lui-même serait exclu de l'hérédité, s'il vivait. — Mais dans cet ordre nous n'accordons ce privilége de cognation qu'aux seuls fils et filles des frères et sœurs du défunt, comme succédant à la place de leur père ou de leur mère. Nous n'accordons ce droit à aucune autre personne de cet ordre. Mais nous le conférons aux fils des frères du défunt, alors même qu'ils sont appelés avec leurs oncles ou tantes, paternels ou maternels. Si les ascendants du défunt sont, avec les frères, appelés à lui succéder (comme nous l'avons dit), nous ne permettons en aucune façon d'appeler à la succession *ab intestat* le fils du frère ou de la sœur, lors même que leur père ou leur mère aurait eu les mêmes parents que le défunt. Donc, puisque nous avons accordé aux fils du frère et de la sœur du défunt un tel privilége que, succédant à la place de leurs propres parents, bien qu'ils soient au troisième degré, ils sont appelés à l'hérédité avec ceux qui sont au second, il est évident qu'ils sont préférés aux oncles et tantes paternels ou maternels du défunt, bien que ceux-ci occupent, comme eux, le troisième degré de cognation. — § I. « Si le défunt ne laisse, comme nous l'avons dit, ni frères ni neveux, nous appelons à lui succéder tous ses collatéraux cognats, selon les droits que donnera à chacun d'eux son degré de parenté, de manière que les plus proches soient préférés à tous les autres. S'il s'en trouve plusieurs du même degré, que l'hérédité soit divisée entre eux en autant de parts qu'il y a de personnes : c'est ce que nos lois appellent le partage par têtes. »

CHAPITRE IV

DE LA SUPPRESSION DU DROIT DES AGNATS DANS L'HÉRÉDITÉ.

« Nous voulons que, dans toute succession ou hérédité, il n'y ait aucune différence entre ceux qui sont appelés à l'hérédité, c'est-à-dire entre ceux que nous avons indiqués comme venant ensemble à l'hérédité, lesquels étaient unis au défunt par la personne d'un homme ou d'une femme. Mais nous ordonnons que dans toutes les successions des agnats et des cognats on fasse disparaître toute différence qui résultait, du sexe ou de l'émancipation ou de tout autre fait, d'après

les lois antérieures. Tous les cognats d'un défunt intestat pourront désormais, sans aucune différence de ce genre, lui succéder d'après le degré même de leur parenté. »

CHAPITRE V

DE LA TUTELLE LÉGITIME DES ENFANTS; DE LA MÈRE ET DE L'AIEULE.

« Des règles que nous avons indiquées et établies sur l'hérédité ressortent manifestement les dispositions à prendre sur la tutelle. Nous ordonnons que quiconque est appelé à raison de son degré et de son ordre à la succession, ou seul ou avec d'autres, doit aussi prendre la fonction de la tutelle, aucune distinction ne devant être faite sur ce point entre le droit des agnats et celui des cognats : mais bien tous ceux-là devant être appelés à la tutelle, qui sont liés au mineur soit par les hommes, soit par les femmes. — Nous ne disons cela que pour ceux qui sont du sexe masculin et d'un âge parfait, et qu'aucune loi n'empêche d'exercer la tutelle, et qui n'ont à invoquer en leur faveur aucune cause d'excuse. — Nous interdisons aux femmes de se charger de la fonction de la tutelle, à moins qu'elles ne soient la mère ou l'aïeule : car c'est à elles seulement que nous permettons d'exercer la tutelle, dans leur ordre d'hérédité, si elles renoncent à se remarier pendant leur gestion, et au bénéfice du sénatus-consulte Velléien. En observant ces conditions, elles seront préférées, quant à la tutelle, à tous les cognats collatéraux, les tuteurs nommés par le testament passant avant elles; car nous voulons qu'on respecte, avant tout, la volonté et le choix du défunt. — Si plusieurs ayant le même degré de cognation sont appelés à la tutelle, nous voulons qu'ils se réunissent devant le juge, chargé de ce soin, et choisissent parmi eux un ou plusieurs, en nombre suffisant pour gérer la fortune du mineur, et que celui qui a été choisi ou que ceux qui ont été choisis déclarent qu'il administrera ou qu'ils administreront les biens du mineur, seuls ou avec le concours du mineur, les risques de la tutelle devant être supportés par tous ceux qui y sont appelés, — tant que durera la minorité, leurs biens répondant de cette administration exercée pendant la minorité. »

CHAPITRE VI

DE LA FORCE ET DE LA PUISSANCE DE CETTE CONSTITUTION SUR LES PERSONNES ET SUR LES BIENS.

« Quant à toutes ces dispositions que nous avons sanctionnées sur les successions, nous voulons que l'avantage en soit réservé à ceux qui suivent la religion catholique ; car, quant aux hérétiques, nous maintenons en vigueur les lois que nous avons portées sur eux, la présente loi n'introduisant pour le moment aucune innovation ni aucun changement sur ce point. Nous voulons que les décisions qu'a sanctionnées notre sérénité par cette constitution qui doit être observée à perpétuité soient appliquées aux cas qui se sont présentés depuis le commencement de ce mois de juillet où nous avons promulgué cette constitution, et à tous les cas qui se présenteront à l'avenir. Quant aux cas qui se seraient produits à une époque antérieure à celle que nous avons déterminée, nous voulons qu'ils soient réglés par les lois anciennes.

ÉPILOGUE.

« Que ta gloire fasse donc parvenir à la connaissance de tous les dispositions que nous avons adoptées par la présente loi : dans cette ville royale, pro-

mulgue la loi dans la forme accoutumée des édits ; dans les provinces, adresse des instructions aux magistrats les plus illustres qui les gouvernent, afin que, dans toute l'étendue de notre empire, aucun de nos sujets n'ignore le soin que notre prévoyance prend d'eux : aie soin, cependant, que la promulgation de la présente loi se fasse en tout lieu, sans causer le moindre dommage aux habitants des villes ou des provinces.

« Donné dans le nouveau palais de Septimiliarium, le septième jour avant les calendes d'août, dans la dix-huitième année de notre règne, après le consulat de Basile, l'an III de la fondation de la ville (544).

« JUSTINIEN AUGUSTE. »

NOVELLE CXXVII

PRÉFACE

« Nous n'hésitons pas à corriger nos lois, tant nous désirons trouver partout l'avantage de nos sujets. Nous nous souvenons d'avoir écrit une loi par laquelle nous ordonnions que, si quelqu'un venait à mourir en laissant des frères et des fils d'un autre frère prédécédé, les fils de ce frère seraient appelés à l'hérédité comme les frères survivants eux-mêmes, en prenant la place de leur père et en recueillant sa part. Si le défunt laisse quelques ascendants et des frères ayant les mêmes parents que lui et des fils d'un autre frère mort avant lui, nous avions ordonné par cette loi que les frères seraient appelés à la succession avec les ascendants, mais que nous excluions les fils du frère.

CHAPITRE I

QUE LES FILS DES FRÈRES SUCCÈDENT, LORS MÊME QU'IL Y A DES ASCENDANTS DU PREMIER DEGRÉ.

« Aussi, faisant à cette loi une juste correction, nous décidons que, si quelqu'un, en mourant, laisse un de ses ascendants et des frères qui puissent être appelés à l'hérédité avec les ascendants, et des fils nés d'un frère prédécédé, les fils du frère prédécédé seront appelés avec les ascendants et avec les autres frères du défunt, et ils recueilleront une part égale à celle qu'aurait reçue leur père, s'il eût survécu. Cette décision s'applique aux enfants dont le père avait le même père et la même mère que le défunt, et nous le disons d'une manière précise ; ils doivent toujours occuper le même rang, lorsqu'ils sont appelés seuls, ou avec des frères, ou avec des frères et quelques ascendants. (Nous ordonnons que cette loi soit mise en vigueur à partir des calendes de janvier, qui suivront la promulgation du présent édit.)

. . . . . .

« Donné à Constantinople, le cinquième jour avant les calendes de janvier, dans la vingt-deuxième année de notre règne, après le consulat de Basile, an VII de la fondation de la ville.

« JUSTINIEN AUGUSTE. »

ARTICLE I. — ORDRE DES DESCENDANTS

1934. Lorsqu'une personne meurt sans testament, sa succession est déférée à ses enfants et descendants, par préférence à tous autres parents. Il n'y a pas à distinguer si ces descendants sont

des descendants par les mâles ou par les femmes. (*Novelle* 118, ch. I, 1^er^ alin.)

1935. Lorsque le défunt meurt laissant des fils et des filles, nés d'un fils prédécédé ou d'une fille prédécédée, ils viennent tous à la succession. De même, s'il y a des arrière-petits-fils et des arrière-petites-filles dont le père ou la mère et le grand-père ou la grand'-mère sont prédécédés, ils viennent à la succession de leur bisaïeul. — Nous avons vu, au contraire, que, d'après l'ancien droit civil, les enfants des filles du défunt n'étaient pas appelés à sa succession (n° 1928); que, par une constitution de l'an 389, les empereurs Théodose et Valentinien avaient appelé à la succession, en concours avec les fils et filles du défunt, les petits-fils et petites-filles de la fille prédécédée du défunt, en leur donnant les deux tiers de la part que leur mère eût prise, si elle eût survécu (n° 1679, 1°); que les petits-enfants, nés d'une fille prédécédée du défunt, venant en concours avec les agnats du défunt, ne prenaient que les trois quarts de la part que leur mère eût prise, si elle eût survécu (n° 1935, 2°). Au contraire, d'après la novelle 118, tous les descendants, nés de fils prédécédés ou de filles prédécédées, viennent à la succession et prennent la part entière que leur père prédécédé eût prise, s'il eût survécu, ou la part entière que leur mère eût prise, si elle eût survécu. « Nous ne voulons pas, dit Justinien, qu'on cherche à établir des degrés dans cet ordre de succession ; mais nous voulons qu'avec les fils et les filles, les descendants d'un fils prédécédé ou d'une fille prédécédée soient appelés, sans aucune différence entre eux, qu'ils descendent du défunt par des hommes ou par des femmes, qu'ils soient émancipés ou en puissance. » (*Novelle* 118, ch. 1, 3^e^ alin.)

1936. La qualité de descendant appartient aussi bien aux enfants adoptifs qu'aux enfants légitimes.

1937. D'après le droit antérieur à Justinien, le fils émancipé, venant à la succession *ab intestat*, *jure prætorio*, par la *bonorum possessio unde liberi*, devait partager sa part de succession avec ses enfants restés en puissance. D'après la novelle 118, les émancipés viennent à la succession *ab intestat*, *jure civili*, sans avoir besoin d'invoquer le droit prétorien. Le fils émancipé venant à la succession *ab intestat* n'est plus obligé de partager sa part de succession avec ses enfants restés en puissance.

De même, d'après le droit antérieur à Justinien, si le défunt avait fait un testament dans lequel il avait omis un fils émancipé, *jure civili*, le testament était valable ; *jure prætorio*, il était rescindé par la *bonorum possessio contra tabulas*. Mais si l'émancipé se

trouvait en conflit avec ses enfants restés en puissance, il devait partager sa part de succession avec ses enfants. Des auteurs prétendent que, dans ce cas, il faut encore appliquer, même après la novelle 118, la règle du partage, parce que Justinien n'a pas prévu ce cas dans la novelle. Si l'on admet cette opinion, il y aura défaut d'hamonie dans le système nouveau de succession établi par Justinien; or il n'y a pas de raison pour ne pas appliquer à ce cas la même règle qui s'applique au cas précédent.

1938. Quant à l'enfant donné en adoption, nous avons vu que, d'après l'ancien droit, il n'avait plus aucun droit dans la succession de son père naturel, si, à la mort de ce dernier, il se trouvait encore dans sa famille adoptive; que le préteur ne lui donnait ni la possession de biens *contra tabulas* ni la possession de biens *unde liberi;* mais que Justinien avait décidé que l'enfant donné en adoption à un *extraneus* conserverait tous ses droits de succession sur les biens de son père naturel. Il est probable qu'à partir de la novelle 118 l'enfant donné en adoption à un ascendant, tout en acquérant des droits de succession sur les biens de son ascendant adoptif, conse ve son droit de succession sur les biens de son père naturel, puisque, d'après la novelle, pour succéder, il suffit d'être cognat. Dès lors la constitution de Justinien, qui avait distingué entre l'adoption faite par un ascendant et l'adoption faite par un *extraneus*, devint inutile, car l'enfant donné en adoption ne court plus jamais le danger de perdre la succession de son père naturel. En effet, il paraît bien évident que l'enfant adopté par son ascendant succède aussi à son père naturel, puisque, pour succéder, d'après la novelle, il suffit d'être cognat. Or cet enfant est le cognat de son père.

1939. Les descendants succèdent aussi bien lorsqu'ils sont *alieni juris* que lorsqu'ils sont *sui juris*. Mais celui qui est en puissance n'acquiert que la nue propriété de sa part, l'usufruit appartenant au père sous la puissance duquel il est : « Il est possible que l'usufruit soit conservé ou, au contraire, acquis au père.» (*Novelle* 118, ch. I, 1^er^ alin.) En voici des exemples : 1° le défunt est un fils de famille qui meurt laissant des enfants et son père, sous la puissance duquel il est? De son vivant, l'usufruit des biens adventices appartient à son père; à sa mort, ses enfants lui succèdent; mais ils ne seront que nus propriétaires : l'usufruit des biens de la succession sera conservé au père du défunt; 2° si le défunt est un fils émancipé, ses enfants, restés sous la puissance de leur aïeul, auront la nue propriété de ses biens; quant à l'usufruit, il sera acquis à son père.

1940. De même, si c'est une femme qui meurt, laissant des enfants en puissance, l'usufruit sera acquis au *parens* sous la puissance duquel sont ces derniers. D'après une constitution des empereurs Théodose et Valentinien de l'an 422, lorsqu'une femme mourait laissant des enfants qui n'étaient pas en puissance paternelle, mais émancipés, le père n'avait pas l'usufruit des biens auxquels ses enfants succédaient; mais cette constitution attribuait au père une part virile dans la succession. (L. 3. C. 6, 60.) Des auteurs soutiennent que c'est là une disposition spéciale, qu'il n'y a pas été dérogé par la novelle 118, et qu'il faut encore l'appliquer même après la novelle 118.

1941. Si le défunt ou la défunte laisse des enfants et des petits-enfants, nés de fils prédécédés ou de filles prédécédées, les petits-enfants viennent à la succession par représentation de leur père prédécédé ou de leur mère prédécédée, et le partage se fait par souches, de sorte que les enfants de chaque fils prédécédé ou de chaque fille prédécédée prennent, dans la succession, la part que leur père prédécédé, ou leur mère prédécédée, y eût prise.

1942. Justinien admet la *successio graduum;* en d'autres termes, si les héritiers du premier degré répudient, la succession est dévolue à ceux du second degré, sauf l'accroissement au profit des cohéritiers du premier degré. Exemple : il y a deux enfants au premier degré, Primus et Secundus. Primus répudie, sa part accroît à la part de Secundus. Si Secundus répudie lui-même, la succession est dévolue aux héritiers du second degré.

ARTICLE II. — ORDRE DES ASCENDANTS

1943. A défaut de descendants du défunt ou de la défunte, la succession est dévolue à ses ascendants. — Mais s'il y a des frères germains ou des sœurs germaines, nés du même père ou de la même mère que le défunt, ils viennent à la succession en concours avec les ascendants. (*Novelle* 118, ch. II, 1^er^ alin.)

Par la novelle 118, Justinien n'avait appelé à la succession, en concours avec les ascendants, que les frères germains et les sœurs germaines. Mais, par la novelle 127, Justinien y appela même les enfants des frères germains et des sœurs germaines, neveux et nièces du défunt. (*Novelle* 127, ch. I.)

1944. Lorsque la succession est dévolue au second ordre d'héritiers, il y a donc deux cas à distinguer :

1° Le défunt ou la défunte ne laisse que des ascendants? Dans ce

cas, l'ascendant le plus proche prend toute l'hérédité. Ainsi, par exemple, si, dans la ligne paternelle, il y a le père, et, dans la ligne maternelle, le grand-père, le père prend toute la succession. Si, dans les deux lignes, il y a des ascendants du même degré, par exemple, le grand-père paternel et le grand-père maternel, chaque ligne prend la moitié de la succession ; et si, dans chaque ligne, il y a des ascendants du même degré, ils partagent leur moitié par moitié. Exemple : dans la ligne paternelle, il y a le grand-père et la grand'mère? Ils se partagent, par moitié, la moitié de la succession afférente à leur ligne ; dans la ligne maternelle, il y a le grand-père et la grand'mère? Ils se partagent aussi, par moitié, la moitié de la succession afférente à leur ligne. (*Novelle* 118, ch. II, 2e alin.) — Mais si dans l'une des deux lignes, par exemple dans la ligne paternelle, il y a le grand-père et l'arrière-grand-père, le grand-père prend toute la moitié de la succession afférente à sa ligne. (*Novelle* 118, ch. II, 2e alin.)

Le défunt laisse son père adoptif et son père naturel? D'après l'opinion qui prévaut parmi les interprètes du droit romain, il y avait partage de la succession par moitié entre le père adoptif et le père naturel. Le père naturel est seulement cognat de son fils donné en adoption ; le père adoptif est en même temps agnat et cognat ; mais l'agnation ne donne plus de préférence.

2° Le défunt laisse à la fois des ascendants et des frères et sœurs. Les frères et sœurs ne viennent à la succession, en concours avec les ascendants, qu'autant qu'ils sont frères ou sœurs germains du défunt, c'est-à-dire nés du même père et de la même mère que le défunt. Si un frère germain ou une sœur germaine a prédécédé, ses enfants ne sont pas appelés à concourir avec les ascendants, d'après la novelle 118. Mais la novelle 127 décida que les enfants des frères germains prédécédés et les enfants des sœurs germaines prédécédées ne seraient pas exclus de la succession, quand même il y aurait des ascendants ; de sorte que la novelle 127 a admis la représentation au profit des enfants des frères germains et des sœurs germaines du défunt. (*Novelle* 127, ch. I.)

1945. Que fallait-il décider si le défunt ne laissait que des ascendants et des neveux et nièces? Les frères germains et les sœurs germaines étant tous prédécédés, leurs enfants, neveux et nièces du défunt, venaient-ils à la succession? Dans la pratique, leur concours avec les ascendants fut admis sans difficulté, dans ce cas spécial.

1946. La succession se partage par têtes entre les ascendants et les frères et sœurs germains. Entre les neveux et nièces, le partage se fait par souches. (*Novelle* 118, ch. II, 3e alin.)

1947. Il est possible que les frères et sœurs du défunt viennent à la succession en concours avec le père du défunt. Dans ce cas, l'un des frères du défunt peut se trouver sous la puissance paternelle du père. Le père devrait avoir l'usufruit de la part attribuée à son fils, frère du défunt. Mais Justinien décide que le père n'en aura pas l'usufruit, parce qu'il a une part en pleine propriété : « S'il y a le père et la mère, l'hérédité doit être divisée entre eux, d'après le nombre des personnes, de manière que chacun des ascendants et des frères ait une portion égale, le père ne pouvant alors avoir, dans aucun cas, le droit de revendiquer l'usufruit de la part de ses fils ou filles ; en effet, pour cette partie de l'hérédité, nous avons donné, à ces derniers, le droit d'usufruit en proportion de la propriété. » (*Novelle* 118, ch. II, 4e alin.)

1948. Si le défunt se trouvait lui-même, avant sa mort, sous la puissance de son père, son père avait l'usufruit de ses biens. Après sa mort, le père, qui recueille une part d'hérédité en pleine propriété, perd l'usufruit sur les biens qui forment les parts des frères et sœurs du défunt.

ARTICLE III. — ORDRE DES COLLATÉRAUX

1949. La première classe des collatéraux appelés à la succession comprend, comme nous venons de le voir, les frères et sœurs germains. S'ils sont seuls (les ascendants étant prédécédés), ils partagent par têtes. Si un frère germain est prédécédé, ou si une sœur germaine est prédécédée, ses enfants viennent par représentation.

Le frère consanguin du défunt, c'est-à-dire le frère né du même père que le défunt, mais d'une autre mère ; la sœur consanguine du défunt, c'est-à-dire la sœur née du même père que le défunt, mais d'une autre mère ; de même le frère utérin du défunt, c'est-à-dire le frère né de la même mère que le défunt, mais d'un autre père ; la sœur utérine du défunt, c'est-à-dire la sœur née de la même mère que le défunt, mais d'un autre père, et leurs enfants ; tous ces descendants sont exclus par les germains. — Ce n'est pas seulement par les frères et sœurs germains que les frères consanguins ou utérins sont exclus ; ils sont encore exclus par les enfants des frères germains ou des sœurs germaines. C'est ce que Justinien décide formellement dans la novelle 118 : « Si un frère, qui était uni avec la personne du défunt par le père et par la mère, et dont les fils vivent, est prédécédé, et s'il y a aussi survivants des frères qui étaient unis au défunt seulement par le père

ou par la mère, les fils de celui-là leur seront préférés, bien qu'ils soient au troisième degré, comme leur père serait préféré s'il vivait encore. » (*Novelle* 118, ch. III, 3e alin.)

1950. D'après ce qui précède, on voit que Justinien, dans la novelle 118, a admis ce qu'on appelle le privilége du double lien, consistant à donner la préférence, en matière de succession, aux frères et aux sœurs nés du même père et de la même mère que le défunt, à l'exclusion des frères et sœurs nés seulement du même père ou de la même mère que le défunt, et à l'exclusion des enfants des frères et sœurs nés du même père seulement ou de la même mère seulement que le défunt, si ces frères et sœurs sont prédécédés. (*Novelle* 118, ch. III, 1cr alin.)

1951. Ce n'est qu'à défaut de frères germains, à défaut de sœurs germaines, et de leurs descendants, que les frères consanguins, les sœurs consanguines, les frères utérins et les sœurs utérines sont appelés à la succession. — Si l'un d'eux est prédécédé, ses fils et filles viendront à la succession, par représentation, prendre la part que leur père prédécédé ou leur mère prédécédée eût prise. S'il y a des enfants de plusieurs frères prédécédés ou de plusieurs sœurs prédécédées, les enfants de chaque frère prédécédé ou de chaque sœur prédécédée prennent, par représentation, la part que leur père prédécédé ou leur mère prédécédée eût prise, de sorte que le partage se fait par souches. De plus, les enfants des frères et sœurs prédécédés excluent les oncles et tantes du défunt.

Les frères adoptés, n'étant unis au défunt que par le père, sont exclus par les germains.

1952. Il y a une question, relative à l'ordre de succession que nous étudions, qui a été vivement controversée par les glossateurs. C'est la question de savoir si, le défunt ne laissant que des enfants de frères ou de sœurs, c'est-à-dire des neveux et nièces, qui excluent les oncles et tantes du défunt, le partage se faisait entre eux tous par têtes ou par souches ? Les glossatèurs étaient divisés sur cette question. Azon soutenait que le partage se faisait par têtes. L'autre opinion, d'après laquelle le partage devait se faire par souches, paraît plus conforme au système établi par Justinien dans les novelles 118 et 127. En effet, à partir du moment où la représentation fut admise au profit des enfants des frères et sœurs du défunt, les enfants furent substitués à leur père et mère. Si les neveux et nièces du défunt excluent les oncles et tantes du défunt, c'est parce qu'ils ne restent pas à leur degré qui est le troisième. Or les oncles et tantes du défunt sont aussi au troisième degré. Les neveux et nièces du défunt montent au degré de leur père ou mère,

ils viennent par représentation; or il est naturel que les enfants de chaque frère prédécédé ou de chaque sœur prédécédée ne prennent que la part que leur père eût prise, s'il eût survécu, ou que leur mère eût prise, si elle eût survécu; c'est-à-dire il est naturel et juste que le partage se fasse, par souches, entre les enfants des frères prédécédés et des sœurs prédécédées du défunt.

1953. Si le défunt ne laisse ni frères, ni sœurs, ni descendants d'eux, les collatéraux oncles, tantes, cousins, cousines, sont appelés à la succession, par ordre de proximité, et partagent par têtes. (Ch. III, § 1.)

1954. Nous savons qu'en droit romain ceux qui ont le profit de la succession ont aussi la charge de la tutelle. D'après l'ancien droit romain, les agnats avaient la succession et la tutelle de leurs agnats impubères. Justinien ayant supprimé les effets de l'agnation en matière de succession, pour faire résulter le droit de succession de la cognation, les cognats sont chargés de la tutelle. (*Novelle* 118, ch. V, 1[er] alin.)

Les femmes sont exclues de la tutelle; on fait exception pour la mère et l'aïeule, à la condition qu'elles renoncent à se remarier et à invoquer le sénatus-consulte Velléien. (*Novelle* 118, ch. V, 2[e] alin.)

1955. Les hérétiques avaient été frappés de l'incapacité de succéder, par une constitution d'Arcadius, Théodose et Valentinien, et par une constitution de Théodose et de Valentinien. (L. 4. — L. 5. C. 1, 5. — N° 1652, 2°.)

Justinien maintient cette incapacité. (*Novelle* 118, ch. VI.) Les enfants des hérétiques sont privés de la succession de leur père; mais si les enfants abjurent leurs erreurs ils pourront reprendre les biens de leur père, dans l'état où ils seront au moment de leur abjuration, sans pouvoir réclamer les fruits.

1956. *Droits de la femme.* — Quand un défunt laisse une veuve pauvre et sans dot, elle aura droit à un quart de la succession, s'il y a trois enfants; s'il y a plus de trois enfants, elle aura droit à une part virile. Si ce sont ses propres enfants, elle n'aura que l'usufruit des parts de ses enfants. (*Novelle* 118, ch. V.)

Les enfants naturels, nés d'un concubinat, n'étaient pas appelés a la succession *ab intestat* de leur père par la novelle 118; mais ils y furent appelés par la novelle 189. D'après cette novelle, si leur père laisse des enfants légitimes, les enfants naturels n'ont droit qu'à des aliments. S'il n'y a ni enfants légitimes ni femme légitime, ils ont droit au sixième de la succession. S'il y a une concubine, elle a droit à une part d'enfant.

SECTION III. — MODES D'ACQUÉRIR PER UNIVERSITATEM AUTRES QUE L'HÉRÉDITÉ ET LA BONORUM POSSESSIO

CHAPITRE PREMIER

ACQUISITION PAR L'ADROGATION

1957. Après avoir traité des successions *ab intestat* et des possessions de biens, Gaïus ajoute : « Il est encore des successions d'un autre genre qui n'ont été introduites ni par la loi des Douze-Tables ni par l'édit du préteur, mais par ce droit qui s'est établi par le consentement. » (Gaïus, III, § 82.) « Ainsi, par exemple, quand un chef de famille s'est donné en adoption, ou qu'une femme a passé sous la *manus*, toutes les choses corporelles et incorporelles qui leur appartiennent, et toutes celles qui leur sont dues, sont acquises au père adoptif ou au coemptionateur, excepté les droits qui périssent par la *capitis deminutio*, tels que l'usufruit, l'obligation de services contractée par les affranchis au moyen du serment et... le droit résultant d'une instance légitime. » (Gaïus, III, § 83.)

De son côté, Justinien dit :

Pr. « Il y a encore une succession *per universitatem* d'un autre genre, qui n'a été introduite ni par la loi des Douze-Tables ni par l'édit du préteur, mais par ce droit qui s'est établi par le consentement. »

§ 1. « Ainsi, lorsqu'un chef de famille se donnait en adrogation, toutes ses choses corporelles et incorporelles et toutes celles qui lui étaient dues étaient acquises de plein droit à l'adrogeant, excepté celles qui périssent par la *capitis deminutio*, telles que les obligations de services contractées par les affranchis et le droit d'agnation. Quant à l'usage et à l'usufruit, bien qu'ils fussent comptés autrefois parmi ces choses, notre constitution a défendu qu'ils fussent enlevés par la *capitis deminutio*.

1958. Gaïus cite comme mode d'acquérir *per universitatem* : l'adrogation et la *conventio in manum*.

L'adrogation, comme nous l'avons vu, était un acte solennel par lequel un citoyen romain acquérait la puissance paternelle sur une personne *sui juris*. L'adrogation se faisait, pendant la République, devant le peuple réuni en comices par curies. L'adrogation était un mode d'acquérir *per universitatem*, parce que l'adrogeant acquérait la propriété de tous les biens qui appartenaient à l'adrogé au moment de l'adrogation.

Quant à la *conventio in manum*, elle était aussi un mode d'ac-

quérir *per universitatem*. En effet, le mari acquérait la propriété de tous les biens qui appartenaient à sa femme au moment où elle passait sous sa *manus* (V. n° 591.)

1959. Ni Gaïus ni Justinien ne citent la légitimation comme mode d'acquérir *per universitatem*. Cependant la légitimation est bien un mode d'acquérir *per universitatem*, car, en légitimant son enfant naturel, né de son concubinat, le père naturel acquiert sur cet enfant la puissance paternelle, et, par suite, la propriété de tous les biens qui appartiennent à l'enfant au moment de la légitimation.

Justinien n'indique plus, dans le § 1 de notre titre, la *conventio in manum* comme mode d'acquérir *per universitatem*, parce que la *manus* n'existe plus de son temps.

Nous n'allons plus nous occuper que de l'adrogation, considérée comme mode d'acquérir *per universitatem*.

1960. Gaïus, dans le § 82 de son commentaire II, et Justinien, dans le *principium* de notre titre, nous indiquent l'origine de ce mode d'acquérir *per universitatem* : l'adrogation. Ni la loi des Douze-Tables ni l'édit du préteur n'avaient pris soin de s'occuper de l'adrogation. C'était par la coutume que l'adrogation s'était introduite : c'est par la coutume que les effets de l'adrogation — puissance paternelle et acquisition de la propriété des biens de l'adrogé — ont été déterminés et caractérisés.

1961. L'adrogation fait acquérir à l'adrogeant la puissance paternelle sur la personne de l'adrogé, et cette acquisition de la puissance paternelle a pour conséquence de produire des effets sur les biens de l'adrogé. En effet, c'est en vertu de sa puissance paternelle que tout chef de famille acquiert les biens préalablement acquis par les enfants qu'il a sous sa puissance : « Ce que nos enfants soumis à notre puissance ainsi que nos esclaves reçoivent par mancipation, ou obtiennent par tradition, ce qu'ils stipulent ou acquièrent par une cause quelconque, nous est acquis, car celui qui est sous notre puissance ne peut rien avoir à lui. » (Gaïus, II, § 87.) — Puisque c'est la puissance paternelle qui fait acquérir au chef de famille tout ce qui est acquis par le fils soumis à sa puissance, on comprend très-bien que l'adrogeant puisse acquérir les biens que l'adrogé acquiert, après l'adrogation ; mais on ne comprend pas que l'adrogeant acquière aussi les biens que l'adrogé avait acquis avant l'adrogation, car, avant l'adrogation, l'adrogé n'était pas encore sous la puissance de l'adrogeant : il était *sui juris*. Or, pour qu'un chef de famille puisse acquérir par ses fils de famille, il faut qu'il ait sur eux la puissance paternelle au moment de chaque acquisition faite

par eux. Comment donc peut-on s'expliquer qu'il ait été admis en droit romain que l'adrogeant acquerrait même les biens acquis par l'adrogé avant l'adrogation? Voici par quel raisonnement les Romains étaient arrivés à établir cette règle peu logique : on supposait que la puissance paternelle avait existé, au profit de l'adrogeant, sur l'adrogé, avant l'adrogation, dès la naissance de l'adrogé ! Cette idée, en effet, se trouvait indiquée dans la formule de l'adrogation faite devant le peuple réuni en comices par curies : « Qu'il vous plaise, Romains, d'ordonner que Lucius Valerius devienne le fils de Lucius Titius, d'après le droit et la loi, *comme s'il était né de lui et de sa femme*. Que son nouveau père ait sur lui droit de vie et de mort, comme tout père l'a sur son fils. Je vous prie qu'il en soit comme je l'ai dit. » (V. n° 555.)

1962. Au temps de Gaïus, tout l'actif du patrimoine de l'adrogé, toutes les choses corporelles susceptibles de propriété devenaient la propriété de l'adrogeant, toutes les choses incorporelles, créances, etc., passaient aussi à l'adrogeant. (Gaïus, III, § 83, traduit ci-dessus. — *Instit.*, § 1 de n. t. traduit ci-dessus.)

Si l'adrogé avait la puissance paternelle sur ses enfants, la puissance paternelle était perdue pour lui, et elle passait à l'adrogeant.

1963. *Droits de l'adrogé qui n'étaient pas acquis à l'adrogeant.* — Il pouvait y avoir, dans le patrimoine de l'adrogé, certains droits qui ne passaient pas à l'adrogeant au moment de l'adrogation :

1° *Droit d'usufruit et droit d'usage.* — Les droits considérés comme attachés à la personne juridique de l'adrogé n'étaient pas acquis à l'adrogeant, parce qu'ils s'éteignaient par la *capitis deminutio* résultant de l'adrogation. Ainsi, l'usufruit et l'usage étant des droits considérés comme attachés à la personne juridique de l'usufruitier ou de l'usager, l'usufruit et l'usage, appartenant à l'adrogé au moment de l'adrogation, ne passaient pas à l'adrogeant ; en effet, toutes les fois qu'une personne juridique disparaissait, les droits attachés à cette personne juridique disparaissaient avec elle. — Justinien décida que la *capitis deminutio* n'éteindrait plus ni l'usufruit ni l'usage. Dès lors l'adrogé conserva l'usufruit ou l'usage qui lui appartenait au moment de l'adrogation, mais l'adrogeant en acquérait la jouissance, l'émolument. (L. 17. C. 3, 33. — § 1, *in fine*, de n. t. — V. n^os^ 1061, 1062.)

2° *Droits d'agnation.* — D'après les principes du droit romain, tous les droits attachés à l'agnation s'éteignaient par l'adrogation. Ainsi, lorsqu'un citoyen romain se donnait en adrogation, son droit de succession légitime était perdu sur les biens de ses agnats, et même sur les biens de son père naturel. Le préteur ne lui accordait

même pas la possession de biens *unde liberi* sur les biens de son père naturel. Il ne pouvait plus venir à la succession de son père naturel et de ses autres parents qu'en qualité de cognat. A partir des *Novelles* de Justinien, le droit de succession étant basé sur la cognation, l'adrogé conserva, comme cognat, le droit de succession sur les biens de son père naturel et sur les biens de ses autres cognats. — De même l'adrogé, par l'adrogation, perdait un autre droit résultant de l'agnation : le droit de tutelle à l'égard de ses agnats.

3° *Créance résultant d'un judicium legitimum.* (Gaïus, III, § 83.) — Si, au moment de l'adrogation, l'adrogeant se trouvait créancier en vertu d'une instance réunissant tous les caractères d'un *judicium legitimum*, la créance, objet du *judicium legitimum*, s'éteignait par l'adrogation, et ne passait pas à l'adrogeant. Mais Gaïus n'en donne pas le motif. Nous verrons plus loin ce qu'était un *judicium legitimum*. Les *judicia legitima* n'existant plus au temps de Justinien, le § 1 de notre titre ne mentionne pas la créance résultant d'un *judicium legitimum* comme s'éteignant par l'adrogation.

4° Lorsque, antérieurement à l'adrogation, l'adrogé avait acquis des biens qui eussent formé pour lui un pécule *castrense* ou *quasi castrense*, s'il eût été fils de famille, ces biens, après l'adrogation, appartenaient-ils à l'adrogeant? Je ne le crois pas. En effet, par suite de l'adrogation, la puissance paternelle rétroagit, de sorte qu'après l'adrogation l'adrogé est considéré comme ayant été fils de famille au jour où il a acquis ces biens. Or un fils de famille acquérait pour lui les biens qui constituent un pécule *castrense* ou *quasi castrense*.. Du reste, cette décision semble résulter des lois 22 et 23 *De testamento militis* : « *Miles filius familias si capite minutus fuerit, vel emancipatus, vel in adoptionem datus a patre suo : testamentum ejus valet, quasi ex nova voluntate.* » (L. 22. D. 29, 1.) « *Idem, et si pater familias de castrensibus rebus duntaxat testatus, adrograndum se dederit.* » (L. 23. D. 29, 1.) « Si un fils de famille militaire a subi une *capitis deminutio*, ou a été émancipé, ou a été donné en adoption par son père, son testament reste valable comme par une nouvelle volonté. » (L. 22. D. 29, 1.) « De même, si un chef de famille ayant testé seulement quant aux biens de son pécule *castrense* se donne en adrogation. » (L. 23. D. 29, 1.) Si le testament par lequel un chef de famille militaire a disposé de ses biens, acquis dans les camps, reste valable après qu'il s'est donné en adrogation, c'est évidemment parce qu'après l'adrogation il en est encore propriétaire.

5° *Droits de patronage.* — Le patron qui se donne en adoption

perd ses droits de patronage sur son affranchi. Le droit de succession du patron sur les biens de son affranchi était perdu par toute *capitis deminutio* encourue par ledit patron. (Ulp., *Reg.*, XXVII, § 5. — Gaïus, III, § 83.) — Le patron qui se donnait en adrogation perdait encore le droit de patronage appelé *jus operarum*, c'est-à-dire le droit aux services de l'affranchi.

Les services dus par un affranchi à son patron étaient de deux espèces : 1° les *operæ officiales;* 2° les *operæ fabriles.*

Il y avait plusieurs différences entre les *operæ officiales* et les *operæ fabriles :*

1° Les *operæ officiales* étaient des services basés sur la reconnaissance que l'affranchi devait à son patron, qui lui avait donné la liberté. Ils étaient dus naturellement, *naturaliter*, en dehors de toute stipulation et convention. Ils étaient déterminés et réglés par les mœurs romaines. — Les *operæ fabriles* étaient des services que l'affranchi pouvait rendre à son patron par sa profession, par son métier. Les *operæ fabriles* n'étaient pas dus au patron naturellement, *naturaliter*. Pour qu'ils fussent dus, il fallait commencer par les faire promettre par l'esclave sous la foi du serment, avant qu'il ne fût affranchi. Mais comme, avant d'être affranchi, un esclave ne pouvait pas contracter, pour son compte, une obligation civile, munie d'une action au profit de celui qui contractait avec lui, — dans notre hypothèse, l'esclave, avant d'être affranchi, promettait, sous serment, qu'une fois affranchi il fournirait à son patron tels services, ferait tels travaux. C'était là une simple *promissio jurata*, qui liait seulement la conscience de l'esclave; c'est pourquoi, comme l'esclave, une fois affranchi, pouvait s'obliger civilement, immédiatement après son affranchissement, le patron stipulait les services, les travaux que l'esclave avait promis sous la foi du serment avant son affranchissement. Par cette stipulation, l'affranchi était obligé civilement à fournir à son patron les services stipulés, et le patron avait pour l'y contraindre l'action résultant de la stipulation, c'est-à-dire la *condictio*. (L. 7, pr., § 2. D. 38, 1. — V. *Jurata promissio liberti.*)

2° Les *operæ fabriles* étaient appréciables en argent. Aussi l'affranchi pouvait répéter le montant de ces travaux, s'il les avait payés indûment. Au contraire, les *operæ officiales* n'étaient pas appréciables en argent. Ces travaux étaient dus par l'affranchi au patron, naturellement, en dehors de toute stipulation. Aussi, si l'affranchi les avait accomplis, il ne pouvait en répéter le montant pour deux motifs : parce qu'il les devait naturellement, et parce qu'ils n'étaient pas appréciables en argent. (L. 26, § 12. D. 12, 6.)

3° Les *operæ officiales* ne pouvaient être fournis qu'au patron, pas même à *l'adjectus solutionis gratia* du patron [1], et, d'un autre côté, ils ne pouvaient être fournis que par l'affranchi lui-même. Au contraire, les *operæ fabriles* pouvaient être fournis à un autre qu'au patron, mais par la volonté du patron, qui pouvait déléguer à un tiers son droit aux services de son affranchi, et, d'un autre côté, les *operæ fabriles* pouvaient être fournis par un autre que par l'affranchi. (L. 9, § 1. — L. 10, § 1. D. 38, 1.)

4° Le droit aux *operæ officiales* ne passait pas aux héritiers du patron. Au contraire, le droit aux *operæ fabriles* passait aux héritiers du patron. (L. 6. D. 38, 1.)

Gaïus et Justinien, dans le § 1 de notre titre, décident ce qui suit: quand un patron se donnait en adrogation, son droit aux services de ses affranchis était perdu pour lui par la *capitis deminutio* résultant de l'adrogation, et, par suite, ce droit ne passait pas à l'adrogeant. Je crois que cette décision est trop absolue. En effet, il est probable qu'elle ne devait s'appliquer qu'aux *operæ officiales*, qui étaient exclusivement attachés à la personne du patron et à la personne de l'affranchi, en un mot, qui n'existaient qu'entre le patron et son affranchi. C'est le caractère qu'Ulpien leur donne formellement : « *Officiales quidem futuræ nec cuiquam alii debere possunt, quam patrono, cum proprietas earum et in edentis persona et in ejus, cui eduntur, consistit.* Les *operæ officiales* qui ne sont pas encore fournis ne peuvent être fournis à nul autre qu'au patron, parce que leur propriété ne consiste (n'existe) qu'en la personne de celui qui les fournit et dans la personne de celui à qui ils sont fournis. » (L. 9, § 1. D. 38, 1.) — Au contraire, d'après le même Ulpien, les *operæ fabriles* n'étaient pas exclusivement attachés à la personne du patron, ni à la personne de l'affranchi : « *Fabriles autem aliæve ejus generis sunt, ut a quocunque cuicunque solvi possunt; sane enim, si artificio sint, jubente patrono et alii edi possunt.* Au contraire, les *operæ fabriles* ou d'autres sont de cette nature qu'ils peuvent être fournis par quiconque à quiconque ; par exemple, s'ils consistent en une profession, ils peuvent, sur l'ordre du patron, être fournis à un autre. » (L. 9, § 1, *in fine*. D. 38, 1.)

Puisque les *operæ fabriles* n'étaient pas un droit exclusivement attaché à la personne du patron, lorsque le patron se donnait en adrogation, on ne voit pas comment ce droit aux *operæ fabriles* se serait éteint par la *capitis deminutio* résultant de l'adrogation. Aussi il est probable que le droit aux *operæ fabriles* passait de

---

1. Nous verrons plus loin ce qu'était un *adjectus solutionis gratia*.

l'adrogé à l'adrogeant, aucun principe du droit romain ne s'y opposant. Cette opinion est enseignée par M. le professeur Machelard à son cours.

1964. *Extinction des dettes de l'adrogé.* — Les dettes contractées par l'adrogé avant l'adrogation ne passent pas à la charge de l'adrogeant. Il y a là une différence entre la succession de l'adrogeant au patrimoine de l'adrogé et la succession d'un héritier à l'hérédité d'un défunt. En effet, l'héritier, en même temps qu'il acquiert les créances du défunt, devient débiteur de ce dont le défunt était débiteur, parce que l'héritier est le continuateur de la personne juridique du défunt. Au contraire, en cas d'adrogation, il n'y a pas continuation de la personne juridique de l'adrogé par l'adrogeant. La personne juridique de l'adrogé disparaît par l'effet de la *capitis deminutio* résultant de l'adrogation. Il est bien vrai que l'adrogeant acquiert les créances que l'adrogé avait au moment de l'adrogation, mais c'est parce que l'adrogeant est considéré comme ayant eu rétroactivement la puissance paternelle sur l'adrogé, au moment où l'adrogé a acquis ces créances. Or un chef de famille peut acquérir les créances acquises par le fils de famille qu'il a sous sa puissance. Mais, pourrait-on dire, l'adrogeant peut être considéré aussi comme ayant eu rétroactivement la puissance paternelle au moment où les dettes ont été contractées par celui qui aujourd'hui est adrogé. C'est vrai. Néanmoins l'adrogeant, bien que considéré comme ayant eu rétroactivement la puissance paternelle, ne peut être obligé, parce qu'un fils de famille ne peut, en contractant, obliger son chef de famille. — D'un autre côté, l'adrogé lui-même est libéré par la *capitis deminutio* résultant de son adrogation, parce que sa personne juridique est anéantie par la *capitis deminutio*; or sa personne juridique disparaissant, ses dettes disparaissent également.

Toutefois cette extinction des dettes de l'adrogé n'avait lieu que d'après le droit civil : les dettes civiles de l'adrogé, éteintes *jure civili*, subsistaient à l'état d'obligations naturelles. C'est ce que dit formellement le jurisconsulte Ulpien : « Ceux qui deviennent *capite minuti* restent obligés naturellement, *naturaliter*, pour leurs dettes antérieures à leur *capitis deminutio*. » (L. 2, § 2. D. 4, 5.)

La perpétuation des obligations de l'adrogé, à l'état d'obligations naturelles, pouvait présenter à ses créanciers un certain avantage. En effet, si les dettes civiles de l'adrogé, *capite minutus*, étaient garanties par des fidéjusseurs ou par des hypothèques, ces fidéjusseurs restaient tenus, et ces hypothèques subsistaient même après la transformation des dettes civiles de l'adrogé en obligations naturelles.

Mais cet avantage ne se présentait pas toujours, car peut-être les dettes civiles de l'adrogé n'étaient-elles pas, avant sa *capitis deminutio*, garanties par des fidéjusseurs ou par des hypothèques. Aussi le préteur, venant au secours des créanciers, rescindait la *capitis deminutio*, la considérait comme non avenue, et donnait aux créanciers des actions *utiles* contre l'adrogé. Mais, comme l'adrogé n'avait plus de biens, il ne pouvait acquitter ses dettes. Aussi le préteur exigeait que l'adrogeant se portât défenseur aux actions dirigées contre l'adrogé. Sinon le préteur permettait aux créanciers de se mettre en possession des biens que l'adrogé aurait eus, s'il ne se fût pas donné en adrogation. (Gaïus, III, § 84. — V. n° 788.)

Il y a là une espèce de *restitutio in integrum* accordée par le préteur aux créanciers de l'adrogé. Cependant il y a entre cette *restitutio in integrum* particulière et la *restitutio in integrum* proprement dite deux différences : 1° le préteur n'accorde la *restitutio in integrum* qu'après une *cognitio causæ*, qu'après avoir pris connaissance de l'affaire ; au contraire, la *restitutio in integrum* particulière accordée aux créanciers n'est précédée d'aucune *cognitio causæ;* 2° la *restitutio in integrum* proprement dite doit être demandée dans un certain délai ; au contraire, la *restitutio in integrum* particulière accordée aux créanciers de l'adrogé, peut toujours être accordée, et les actions utiles des créanciers peuvent toujours être exercées : « *Hoc judicium perpetuum.* » (L. 2, § 5. D. 4, 5.)

Les jurisconsultes romains discutaient la question de savoir si les créanciers de l'adrogé, antérieurs à l'adrogation, pouvaient intenter leurs actions *de peculio* contre l'adrogeant. Les Sabiniens prétendaient que les créanciers de l'adrogé ne pouvaient agir *de peculio* contre l'adrogeant, parce que les dettes de l'adrogé avaient pris naissance à une époque où l'adrogé, étant chef de famille, ne pouvait avoir de pécule. D'autres jurisconsultes, au contraire, soutenaient qu'après l'adrogation les créanciers de l'adrogé, antérieurs à l'adrogation, pouvaient agir *de peculio* contre l'adrogeant, parce que, disaient-ils, il faut considérer l'adrogé comme ayant été rétroactivement fils de famille au moment où ses dettes ont pris naissance. D'après Ulpien, c'est cette dernière opinion qui a prévalu, et l'action finit par être donnée *de peculio* aux créanciers de l'adrogé contre l'adrogeant : « *In adrogatorem de peculio actionem dandam quidam recte putant, quamvis Sabinus et Cassius ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam existimant.* » (L. 42. D. 15, 1.) Nous verrons plus loin ce qu'était une action donnée *de peculio*.

Cette faculté d'agir *de peculio* contre l'adrogeant, accordée aux créanciers de l'adrogé, antérieurs à l'adrogation, ne rendit pas inu-

tiles pour eux la *restitutio in integrum* et la concession des actions utiles accordées par le préteur. En effet, nous verrons que, lorsqu'un chef de famille était créancier du pécule de son fils, il avait lui-même l'action *de peculio*, qui lui donnait un droit de préférence sur les autres créanciers du pécule de son fils.

1965. Gaïus prévoit le cas où, avant l'adrogation, l'adrogé a acquis une hérédité grevée de dettes. Que va devenir cette hérédité? Que vont devenir les dettes qui la grèvent? Gaïus décide qu'après l'adrogation l'adrogé cesse d'être héritier, et que l'adrogeant devient héritier. Cependant l'adition d'hérédité avait été faite antérieurement à l'adrogation et, par suite, il semble que l'hérédité acquise aurait dû se confondre dans le patrimoine de l'adrogé. Néanmoins Gaïus décide que c'est l'adrogeant qui sera héritier. C'est sans doute encore l'idée de rétroactivité, dans l'acquisition de la puissance paternelle par l'adrogeant, qui inspire à Gaïus cette décision. — Comme c'était l'adrogeant qui était héritier, c'est lui qui était tenu, *jure civili*, des dettes de l'hérédité : « En sens inverse, ce que doit celui qui s'est donné en adoption, ou celle qui s'est placée sous la *manus*, est à la charge du coemptionateur ou du père adoptif, s'il s'agit de dettes héréditaires, et comme le père adoptif ou le coemptionateur devient lui-même héritier en son propre nom, c'est lui qui est tenu directement, et non pas celui qui s'est donné en adoption, ou celle qui a passé sous la *manus*, parce que ceux-ci cessent, d'après le droit civil, d'être héritiers. » (Gaïus, III, § 84.)

1966. Quant aux dettes, nées *ex delicto*, dont l'adrogé était tenu avant l'adrogation, elles ne s'éteignaient pas par la *capitis deminutio* résultant de l'adrogation. L'adrogé en restait tenu : « *Nemo ex delictis exuitur, quamvis capite minutus sit.* » (L. 2, § 3. D. 4, 5.) En effet, c'est la personne naturelle et non la personne civile que l'on considère en matière de délits. Ce qui le prouve, c'est qu'un esclave affranchi peut être poursuivi pour un délit qu'il a commis lorsqu'il était esclave.

1967. Nous savons qu'à l'époque de Justinien les fils de famille acquièrent pour eux tous les biens qu'ils acquièrent *aliunde ex re patris*, c'est-à-dire qui constituent pour eux des biens adventices. Le chef de famille n'en acquiert plus que l'usufruit. De même, à l'époque de Justinien, l'adrogeant n'acquiert plus que l'usufruit des biens adventices acquis par l'adrogé soumis à sa puissance. (N° 552.) Mais si l'adrogé meurt sans enfants, ni frères, ni sœurs, l'adrogeant prend toute sa succession (L. 11. C. 6, 59) :

§ 2. « Mais maintenant nous avons restreint l'acquisition qui avait lieu par

adrogation dans les mêmes limites que l'acquisition des pères naturels. En effet, ce n'est que l'usufruit qui est acquis aux pères, tant naturels qu'adoptifs, par les fils de famille, sur les choses qui obviennent aux fils par une cause étrangère, la propriété restant intacte aux enfants. Mais le fils adrogé mourant dans la famille adoptive, la propriété elle-même passe à l'adrogeant, à moins que d'autres personnes — qui, en vertu de notre constitution, sont préférées au père sur les choses qui ne peuvent lui être acquises — ne survivent. »

La constitution dont parle Justinien dans le § 2 est sa constitution 11. C. 6, 59. — Les personnes préférées dont il est fait mention a la fin du § 2 sont : les enfants, les frères et sœurs de l'adrogé.

Quant aux dettes contractées par l'adrogé avant son adrogation, l'adrogeant continue à ne pas en être tenu, d'après la législation de Justinien ; mais les créanciers de l'adrogé ne sont plus obligés d'obtenir la *restitutio in integrum* préalable, afin de pouvoir poursuivre l'adrogeant. Si l'adrogeant ne répond pas aux poursuites qu'ils dirigent contre lui, il leur est permis de se faire mettre de suite en possession des biens de l'adrogé :

§ 3. « A l'inverse, l'adrogeant n'est pas tenu de ce que devait celui qui s'est donné en adrogation ; mais il peut être poursuivi au nom du fils. Et, s'il ne veut pas le défendre, il est permis aux créanciers par nos magistrats de posséder les biens qui auraient appartenu au fils s'il ne se fût pas soumis au pouvoir d'autrui, avec l'usufruit, et d'en disposer d'une manière légitime. »

CHAPITRE II

ACQUISITION PAR LA MANUS

1968. La *manus* produit identiquement les mêmes effets que l'adrogation, en ce qui concerne les biens de la femme *quæ convenit in manum;* c'est pourquoi Gaïus les confond ensemble ; il y a cependant quelques différences, mais peu importantes, qu'il est inutile d'étudier, d'autant plus que ce mode de transmission n'existe plus sous Justinien.

CHAPITRE III

ACQUISITION PAR L'IN JURE CESSIO D'UNE HÉRÉDITÉ

1969. A aucune époque l'*in jure cessio* ne s'est appliquée à la transmission du patrimoine d'un homme.

Elle ne se conçoit donc, comme mode translatif *per universitatem,* qu'appliquée aux hérédités. Mais comme l'hérédité perd son existence distincte alors qu'elle est acquise, et que la qualité d'héritier, une fois acquise, ne s'efface pas, l'*in jure cessio* ne peut réussir à

transférer une hérédité qu'autant qu'elle est l'œuvre d'un héritier externe qui n'a pas fait adition.

(Voir sur cette matière M. Accarias, t. II, p. 149 et suiv.)

CHAPITRE IV

ACQUISITION PAR L'ADDICTIO BONORUM

DE CELUI A QUI IL EST FAIT ADDICTION DE BIENS EN FAVEUR DES AFFRANCHISSEMENTS

(*Inst.*, III, XI.)

Pr. « Il y a un nouveau cas de succession en vertu d'une constitution du divin Marc Aurèle. En effet, si ceux qui ont reçu de leur maître la liberté par un testament, en vertu duquel il n'y a pas eu adition d'hérédité, veulent que les biens leur soient attribués pour conserver les affranchissements, qu'ils soient écoutés. »

§ 1. « C'est ce qui est contenu dans un rescrit du divin Marc Aurèle à Popilius Rufus. Voici les termes de ce rescrit : « Si Virginius Valens, qui a laissé « la liberté par testament à plusieurs de ses esclaves, n'a aucun successeur *ab* « *intestat*, ses biens étant dans un tel état qu'ils doivent être vendus, adresse-« toi au magistrat qui a compétence pour cette affaire ; exprime-lui le désir que « ces biens te soient adjugés, afin de conserver les affranchissements, tant ceux « qui ont été laissés directement que ceux qui ont été laissés en forme de fidéi-« commis, et ce magistrat agréera ta demande, pourvu que tu fournisses aux « créanciers caution de payer tout ce qui est dû à chacun d'eux. Ceux auxquels « la liberté a été laissée directement seront libres comme si l'hérédité avait été « acceptée, et ceux que l'héritier avait été chargé d'affranchir recevront de toi « la liberté. Que si tu préfères que les biens te soient attribués sans cette condi-« tion, que ceux qui ont reçu la liberté directement soient tes affranchis, et, si « ceux-ci y consentent, nous t'en accordons l'autorisation. Et pour que le bénéfice « de notre présent rescrit ne soit pas inutile par une autre cause, si le fisc veut « prendre les biens, que les agents qui veillent à nos affaires sachent que la « cause de la liberté est préférable à un avantage pécuniaire, et que les biens « doivent être recueillis à la condition que la liberté soit conservée à ceux qui « l'auraient eue si l'hérédité avait été acceptée en vertu du testament. »

§ 2. « Par ce rescrit, on est venu au secours et des affranchissements et des défunts, pour que leurs biens ne fussent ni possédés ni vendus ; car si les biens ont été attribués pour cette cause la vente des biens n'est plus possible. En effet, il existe un défenseur pour le défunt et un défenseur très-apte, qui garantit aux créanciers le paiement de l'intégralité de leurs créances. »

1970. Justinien, dans le *principium* de notre titre, dit qu'il y a un nouveau cas de succession : l'*addictio*. L'*addictio* est l'attribution des biens d'une succession, — que les héritiers testamentaires ont répudiée, et qu'aucun héritier *ab intestat* ne peut ou ne veut recueillir, — attribution faite par le préteur à une personne qui demande ces biens pour conserver les affranchissements laissés par le défunt, affranchissements qui s'évanouiraient si cette attribution des biens

de la succession n'était pas faite. — L'*addictio bonorum* n'est pas précisément une *succession*, comme le dit Justinien. L'*addictio bonorum* ne transfère pas le patrimoine du défunt, à celui au profit duquel elle est faite, de la même manière que la succession du droit civil. En effet, quoique l'*addictio* confère bien à celui au profit duquel elle est faite la qualité de successeur *in universum jus*, toutefois, comme l'*addictio* est une attribution de succession faite par le préteur, celui au profit duquel elle est faite ne devient pas héritier du droit civil; il ne devient que *bonorum possessor*, successeur prétorien : « *Is autem, cui bona addicta sunt, bonorum possessori adsimilari debet : et secundum hoc et jura sepulchrorum poterit habere.* » (L. 4, § 21. D. 40, 5.)

Puisque le concessionnaire d'une *addictio* n'est qu'un *bonorum possessor*, les créanciers de la succession n'ont contre lui que des actions *utiles*, *fictices*, de même que les créanciers d'une succession proprement dite n'ont que des actions *utiles*, *fictices* contre le *bonorum possessor*, « *in quem utiles actiones plerumque creditoribus competunt* ». (L. 3. D. 40, 5.) — L'*addictio bonorum* présente ce caractère particulier qu'elle confère la qualité de *successor in universum jus* à une personne qui n'y a aucun droit d'après l'ancien droit civil.

1971. Pour qu'il y ait lieu à l'*addictio*, il faut : 1° que quelqu'un soit mort laissant un testament contenant des affranchissements; — 2° que l'héritier institué dans ce testament ait refusé de faire adition ; — 3° qu'il n'y ait aucun héritier *ab intestat*. — Le refus par l'héritier institué de faire adition a pour conséquence de faire tomber le testament et, en même temps, les affranchissements contenus dans ce testament. L'absence d'héritiers *ab intestat* a pour conséquence que les créanciers du défunt, ne trouvant personne pour se faire payer le montant de leurs créances, feront procéder à la *venditio bonorum*, ce qui sera une tache infamante pour la mémoire du défunt. (§ 1, § 4 de n. t.) Afin d'empêcher ces deux conséquences regrettables, l'empereur Marc Aurèle décida par rescrit : — que l'un des esclaves affranchis par le testament du défunt, ou un tiers quelconque, pourrait dire au préteur : « Je suis prêt à prendre la succession ; » que le préteur par un décret le rendrait acquéreur *per universitatem* de la succession, à charge de fournir aux créanciers de la succession caution de payer ce qui leur était dû. — Par suite de cette *addictio*, qui substituait celui qui l'obtenait à l'héritier institué, le testament reprenait sa force et produisait tous ses effets. Si le testament contenait des affranchissements directs, les esclaves, affranchis directement, devenaient libres immédiate-

ment après l'*addictio;* ils étaient *liberti orcini*, affranchis du défunt. Si le testament contenait des affranchissements indirects, par fidéicommis, les esclaves, qui avaient ainsi reçu la liberté indirectement, étaient affranchis par celui au profit duquel l'*addictio* avait été faite, et ils l'avaient pour patron. (§ 1 de n. t.)

1972. D'après ce qui précède, on voit que l'*addictio* présentait deux avantages, constatés par Justinien dans le § 2 de notre titre : 1° elle procurait la liberté aux esclaves affranchis ; 2° elle sauvegardait la mémoire du défunt, en empêchant la *venditio bonorum*, puisque celui qui l'obtenait ne pouvait l'obtenir qu'à la charge de donner caution de payer les créanciers.

1973. Le concessionnaire de l'*addictio* donnait caution, en fournissant aux créanciers de la succession des gages, des hypothèques ou des fidéjusseurs. De quelle manière cette caution devait-elle être fournie? Il est dans les pouvoirs du juge, dit Ulpien, de réunir les créanciers, qui choisissent l'un d'entre eux auquel la caution sera fournie au nom de tous : « *Creditoribus caveri quemadmodum debet? Utrum singulis, an vero omnium nomine uni ab ipsis creato? Et oportet, officio judicis, convenire creditores, unumque creare, cui caveatur omnium nomine.* » (L. 4, § 9. D. 40, 5. — § 2 de n. t.)

1974. D'après le § 1 de notre titre, c'est au profit d'un certain Popilius Rufus, affranchi de Virginius Valens, que Marc Aurèle a établi l'*addictio* par un rescrit. Il est probable que Popilius Rufus trouva quelqu'un qui fournit pour lui la caution nécessaire pour obtenir l'*addictio*, car un affranchi qui arrive à la liberté n'a aucun patrimoine.

1975. Le *principium* et le § 1 de notre titre semblent supposer que l'*addictio* ne peut être faite qu'au profit de l'un des esclaves affranchis par le testament du défunt. Mais il est certain qu'un tiers quelconque pouvait obtenir l'*addictio*. C'est ce qu'atteste le jurisconsulte Papinien : « *Servos autem testamento manumissos, ut bona suscipiant, jure cautionem idoneam offerre, non minus, quam cæteros defuncti libertos, aut extrarios declaravit.* L'empereur Antonin a déclaré que les esclaves affranchis par testament, non moins que les autres affranchis du défunt ou bien des tiers, pour prendre lés biens, doivent offrir une caution solvable. » (L. 50, § 3. D. 40, 4.) C'est ce qu'atteste aussi une constitution de l'empereur Gordien. (L. 6. C. 7, 2.)

Le plus souvent même, c'était un tiers qui réclamait l'*addictio*, car si la faculté de réclamer l'*addictio* avait été restreinte aux esclaves affranchis par le testament du défunt, le rescrit de Marc-Aurèle

se fût appliqué rarement. En effet, les affranchis, en arrivant à la liberté, n'ayant pas de patrimoine, étaient le plus souvent dans l'impossibilité de fournir la caution nécessaire pour obtenir l'*addictio*.

1976. D'après les termes du rescrit, l'*addictio* n'était admise qu'autant que les esclaves avaient été affranchis par testament. Que fallait-il donc décider, si les affranchissements avaient été faits par codicilles? Il avait été admis que l'*addictio* serait possible même dans ce cas, si personne ne se présentait pour recueillir la succession *ab intestat* :

§ 3. Ce rescrit est surtout applicable toutes les fois que des affranchissements ont été faits par testament. Que décider si quelqu'un, mourant intestat, a fait des affranchissements par codicilles, et que l'hérédité *ab intestat* n'ait pas été acceptée? La faveur de notre constitution devra s'appliquer. Certainement, s'il est mort testat et a laissé des affranchissements par codicilles, il n'est douteux pour personne que notre constitution ne s'applique. »

Mais si les affranchissements avaient été faits par donation entre vifs ou par donation à cause de mort, l'*addictio* était-elle possible? Lors même que les créanciers prétendaient que ces affranchissements avaient été faits en fraude de leurs droits, l'*addictio* était admise, pourvu que celui qui l'obtenait donnât caution de payer les créanciers :

§ 6. « Cette constitution a été introduite pour maintenir les libertés; si donc aucune liberté n'a été laissée, la constitution cesse de s'appliquer. Que décider si quelqu'un a donné des libertés entre-vifs ou à cause de mort, et que les affranchis, dans la crainte qu'on ne recherche si les libertés ont été données ou non en fraude des créanciers, demandent que l'addiction des biens soit faite à leur profit? Doivent-ils être écoutés? Il vaut mieux dire qu'ils doivent être écoutés, parce que les termes de la constitution manquent pour s'y opposer. »

1977. Pour qu'il y ait lieu à *addictio*, nous savons qu'il faut : 1° que l'héritier institué répudie la succession; — 2° qu'il n'y ait pas d'héritier *ab intestat*. — Si, après que l'héritier institué a répudié, un héritier *ab intestat* fait adition, les affranchissements contenus dans le testament s'évanouissent, parce que l'héritier *ab intestat* n'est pas tenu d'exécuter le testament. L'*addictio* ne peut donc avoir lieu qu'à partir du moment où il est devenu certain qu'il n'y aura pas d'héritier *ab intestat* :

§ 4. « Les termes de notre constitution indiquent qu'elle ne s'applique qu'autant qu'il n'y a aucun successeur *ab intestat*. En conséquence, tant qu'il sera incertain s'il y en aura un ou non, la constitution ne s'applique pas. Dès qu'il sera devenu certain qu'il n'y en aura pas, la constitution s'appliquera. »

1978. Si un héritier sien s'abstient, peut-il y avoir lieu à l'*addictio*? On aurait pu dire : L'*addictio* n'est pas possible, parce que l'hé-

ritier sien qui s'abstient reste héritier *ab intestat;* or, pour que l'*addictio* soit possible, il faut qu'il n'y ait pas d'héritier *ab intestat*. Mais un sénatus*t*consulte avait décidé que l'*addictio* serait possible même dans ce cas : « *Sed et si suus heres se abstinuerit, libertati fideicommissæ per senatusconsultum subventum est : tametsi non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem.* Mais lors même qu'un héritier sien s'est abstenu, il a été subvenu à la liberté fidéicommissaire par un sénatus-consulte : cependant celui-là n'est pas sans héritier, qui a un héritier sien, bien que cet héritier s'abstienne. » (L. 30. § 10. D. 40, 5.)

1979. Supposons que l'héritier institué a répudié et que l'héritier *ab intestat*, qui a répudié aussi ou s'est abstenu, soit un mineur de vingt-cinq ans. Si ensuite il prouve qu'il a été lésé, il pourra obtenir la *restitutio in integrum*. Néanmoins l'*addictio* peut-elle être accordée après que le mineur de vingt-cinq ans a répudié ou s'est abstenu, et avant qu'il n'ait demandé la *restitutio in integrum* ? Le motif de douter, c'est qu'il y a incertitude sur la question de savoir s'il y aura ou non un héritier *ab intestat*. En effet, si plus tard le mineur obtient la *restitutio in integrum*, il sera héritier *ab intestat ;* que s'il ne la demande pas, il n'y aura pas d'héritier *ab intestat*. On a décidé que l'éventualité de la *restitutio in integrum*, et la possibilité du retour à l'hérédité de l'héritier mineur, n'empêchaient pas l'*addictio;* bien plus, que, si le mineur, après une *restitutio*, revenait prendre la succession, les affranchissements seraient maintenus :

§ 5. « Si quelqu'un, qui peut être restitué en entier, s'est abstenu de l'hérédité, bien qu'il puisse être restitué en entier, la constitution peut être admise et l'addiction des biens peut être faite. Que décider si, après l'addiction, faite pour conserver les libertés, il y a ensuite restitution en entier? De toute manière, il ne faut pas dire que les libertés sont révoquées, parce qu'une fois données elles subsistent. »

1980. Si un héritier *ab intestat* fait adition, l'*addictio* n'est pas possible : les affranchissements s'évanouissent, parce que l'héritier *ab intestat* n'est pas tenu d'exécuter le testament.

1981. Il y a un héritier *ab intestat* qui ne fait jamais défaut : c'est le fisc, qui est successeur *ab intestat* en dernier ordre. Pourra-t-il prendre la succession sans respecter les affranchissements? Ce qui fait difficulté pour résoudre cette question, c'est que le fisc, successeur *ab intestat*, comme tout héritier *ab intestat*, n'est pas tenu d'exécuter le testament; or on a soutenu que le fisc, prenant la succession à défaut de tout autre héritier *ab intestat*, n'était pas tenu de respecter les affranchissements, et, pour soutenir cette opinion, on s'est appuyé sur la loi 50, pr., *De manumissis testamento*, ainsi con-

çue : « *Quod D. Marco pro libertatibus conservandis placuit locum habet irrito testamento facto si bona venitura sint; alioquin, vacantibus fisco vindicatis, non habere constitutionem locum, aperte cavetur.* Ce qui a plu au divin Marc relativement à la conservation des libertés s'applique, en cas de testament abandonné, si les biens doivent être vendus; autrement, il est manifestement ordonné que, les biens vacants devant être revendiqués par le fisc, la constitution ne s'applique pas. » (L. 50, pr. D. 40, 4.)

D'un autre côté, d'après le texte du rescrit de Marc-Aurèle cité dans le § 1 des *Institutes*, le fisc qui prend la succession, à défaut d'autres héritiers *ab intestat*, doit respecter les affranchissements. Pour concilier la loi 50, pr., *De manumissis testamento*, et le rescrit de Marc-Aurèle, on dit, dans l'opinion que j'expose : Il faut distinguer si le fisc a pris les biens avant que l'*addictio* ait été faite au profit d'un tiers ou après. Si le fisc a pris les biens avant qu'aucune *addictio* n'ait été faite au profit d'un tiers, alors il jouera le rôle de tout successeur *ab intestat* et ne sera pas tenu de maintenir les affranchissements. Mais si les agents du fisc ne se présentent, pour prendre les biens, qu'après qu'une *addictio* aura été faite à quelqu'un, ils pourront bien enlever les biens de la succession au concessionnaire de l'*addictio*, mais ils devront respecter les affranchissements. (V. en ce sens *Cours élémentaire de droit romain*, par M. Demangeat, t. II, p. 144 et 145, 3e édition.)

Que les agents du fisc viennent prendre la succession avant ou après une *addictio* faite à quelqu'un, je crois qu'il doit toujours respecter les affranchissements. En effet, la distinction que l'on propose dans l'opinion précédente n'est appuyée sur aucun texte. Au contraire, le texte du rescrit de Marc-Aurèle, qui nous est transmis par le § 1 de notre titre, ne fait aucune distinction, et dit d'une manière absolue que le fisc doit respecter les affranchissements : « Si le fisc veut prendre les biens, que les agents qui veillent à nos affaires sachent que la cause de la liberté est préférable à un avantage pécuniaire, et que les biens doivent être recueillis à la condition que la liberté sera conservée à ceux qui l'auraient eue si l'hérédité avait été acceptée en vertu du testament. »

Le jurisconsulte Ulpien dit formellement que le fisc venant prendre les biens doit respecter les affranchissements : « *Eadem constitutio prospexit ut si fiscus bona admiserit, æque libertates competant. Ergo sive jacent bona fisco spernente, sive agnoverit, constitutio locum habet. Cæterum, si alia ratione agnoscat, apparet cessare debere constitutionem.* La même constitution a prévu que, si le fisc recueille les biens, les libertés compètent également. En con-

séquence, soit que les biens soient jacents, le fisc les négligeant, soit qu'il les recueille, la constitution s'applique. Mais, si le fisc les recueille pour une autre cause, la constitution cesse de s'appliquer. » (L. 4, § 17. D. 40, 5.)

Enfin, même antérieurement à Marc-Aurèle, il était de règle que le fisc venant prendre une succession, en qualité de successeur *ab intestat*, devait exécuter les charges du testament. C'est ce qui est attesté par un texte de Julien : « *Quoties lege Julia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa præstantur, quæ præstare cogeretur heres, a quo relicta erant.* Toutes les fois que le fisc prend les biens en vertu de la loi Julia, il doit exécuter les legs et fidéicommis qu'aurait dû exécuter l'héritier à la charge duquel ils avaient été laissés. » (L. 96, § 1. D. *De legatis*, 1, 30, 1.) — Cette règle est également constatée par Gaïus : « *Dicitur ex asse hereditates ex Silaniano cum fiscus vindicasset, ut nec libertates, nec legata tueatur, quod aperte nullam habet rationem : cum ex quibuslibet aliis causis fisco vindicatis hereditatibus, et libertates et legata maneant.* Ce qu'on dit, savoir que le fisc qui revendiquerait les hérédités en vertu du sénatus-consulte Silanianien ne serait tenu de respecter ni les libertés ni les legs, n'a évidemment aucune raison; puisque , lorsque les hérédités sont revendiquées par le fisc pour quelque cause que ce soit, les libertés et les legs subsistent. » (L. 14. D. 49, 14.)

Je pense donc que, quelle que fût l'époque à laquelle le fisc venait prendre les biens d'une succession à titre de successeur *ab intestat*, soit avant, soit après une *addictio*, les affranchissements étaient maintenus. On ne peut tirer aucun argument concluant de la loi 50, pr., *De manumissis testamento*. (D. 40, 4.) En effet, ces mots : *alioquin vacantibus fisco vindicatis, non habere locum aperte cavetur,* » signifient évidemment que, les biens de la succession étant vacants, si le fisc s'en empare, il n'y aura pas *addictio;* la constitution de Marc-Aurèle ne sera pas appliquée, en ce sens qu'il n'y aura pas *addictio*, mais elle sera appliquée en ce sens que les affranchissements seront maintenus. (M. le professeur Machelard enseigne cette opinion dans son cours.)

§ 7. « Mais, comme nous avons vu que plusieurs dispositions font défaut dans cette constitution, une autre constitution très-étendue a été promulguée par nous. Dans cette constitution, plusieurs hypothèses ont été réunies, par lesquelles le droit de cette succession est complété. Du reste, chacun peut les connaître par la lecture même de cette constitution. »

1982. Cette constitution, par laquelle Justinien dit qu'il a complété le rescrit de Marc-Aurèle, est la constitution 15, *De testamentaria manumissione*. (C. 7, 2.)

Voici les règles contenues dans cette constitution :

Autrefois, dit Justinien, on se demandait si, faute d'héritiers, les choses héréditaires ayant été vendues sur la poursuite des créanciers du défunt, l'*addictio* pouvait encore être admise. Si elle eût été admise, elle aurait eu pour effet de rescinder la vente des biens et de permettre au concessionnaire de l'*addictio* d'évincer les acheteurs. L'empereur Sévère avait décidé que l'*addictio* ne devait pas être admise, afin de ne pas inquiéter les acheteurs des biens de la succession. Le jurisconsulte Ulpien, au contraire, était d'avis d'admettre l'*addictio*, même après la vente des biens faite à la poursuite des créanciers, afin de conserver les libertés. Justinien adopte l'opinion d'Ulpien et décide « qu'il est permis à l'esclave qui a été gratifié de la liberté par le défunt, ou à un tiers quelconque, d'accepter la succession, soit avant, soit après la vente des choses héréditaires, dans le délai d'un an à partir de la vente, et de recouvrer des acheteurs les choses vendues, pourvu que, au préalable, il fournisse caution de maintenir les libertés et de payer les créanciers ». (L. 15, pr. C. 7, 2.)

Si, au lieu d'offrir le paiement intégral des créanciers, celui qui demande l'*addictio* offre seulement de payer un dividende, mais de maintenir tous les affranchissements, l'*addictio* lui sera-t-elle accordée? Oui, pourvu que les créanciers se contentent de ce dividende. (L. 15, § 1. C. 7, 2.)

Que décider si, parmi les esclaves qui ont été affranchis par le défunt, les uns refusent la liberté? Le rescrit de Marc-Aurèle sera-t-il encore applicable? Justinien décide que ces esclaves resteront en servitude et auront pour maître le concessionnaire de l'*addictio*, au lieu de l'avoir pour patron : « *Et quem patronum habere voluerint, dominum suum, et forsitan acerbum, sentiant.* Et que ceux qui ont refusé un patron, obtiennent un maître, et peut-être un maître sévère. » (L. 15, § 2. C. 7, 2.)

Si celui qui demande l'*addictio* promet de donner la liberté, non pas à tous les esclaves affranchis par le défunt, mais à quelques-uns seulement, l'*addictio* doit néanmoins lui être accordée. Toutefois, si les biens de la succession suffisent pour payer les créanciers, il devra donner la liberté à tous les esclaves, quoiqu'il ne l'ait pas promis (L. 15, § 3. C. 7, 2.)

Si plusieurs personnes se présentent pour obtenir l'*addictio*, quelle est celle qui sera préférée? Il faut distinguer : si elles se présentent toutes en même temps, l'*addictio* sera accordée à toutes, pourvu que toutes fournissent caution de maintenir toutes les libertés et de payer tous les créanciers. Dans ce cas, les divers concès-

sionnaires de l'*addictio* deviennent copropriétaires des biens de la succession. Au contraire, si plusieurs personnes se présentent successivement pour obtenir l'*addictio*, la première est préférée, pourvu qu'elle fournisse caution ; mais si elle ne fournit pas caution, les autres sont admises successivement dans l'ordre des dates de la demande de chacune, mais seulement pendant un an à partir de la première demande : « *Sin autem per intervalla temporum hoc fiat; qui primus venit, habeat prærogativam, si etiam satisdationem præstare potest. Illo autem cessante hoc facere, alii gradatim secundum tempora petitionis succedant, et hoc intra annum observatur.* » (L. 15, § 4. C. 7, 2.)

Lorsque plusieurs se présentent pour obtenir l'*addictio*, si l'un d'eux offre de maintenir tous les affranchissements, tandis que les autres offrent d'en maintenir seulement quelques-uns, celui qui offre de les maintenir tous est préféré. Si aucun n'offre de maintenir tous les affranchissements, celui qui promettra d'en maintenir le plus grand nombre sera préféré. (L. 15, § 5. C. 7, 2.)

Justinien, dans le § 6 de la constitution, décide ce qui suit : 1° l'un des esclaves affranchis par le défunt s'est présenté le premier pour obtenir l'*addictio*, mais n'a pas encore reçu les choses héréditaires ni la liberté ? Puis un autre se présente en offrant un plus grand nombre de libertés ? C'est celui-ci qui sera préféré ; 2° un esclave affranchi par le défunt s'est présenté le premier, a recueilli les choses héréditaires et a donné les libertés qu'il avait promises ; en un mot, il a obtenu l'*addictio*. Puis un autre esclave héréditaire, ou un *extraneus liber*, se présente et offre un plus grand nombre de libertés ; c'est celui-ci qui sera préféré ; mais, dans tous les cas, l'affranchi qui s'est présenté le premier et qui a été évincé de l'*addictio* par un préférable conservera la liberté ; 3° les questions relatives à l'*addictio* doivent être réglées dans l'année à compter du jour où le premier postulant a formé sa demande devant le juge : « *His omnibus intra annum, secundum quod dictum est, celebrandis ex quo prior judicem adierit.* » (L. 15, § 6. C. 7, 2.)

1983. Plus tard, par la novelle I, ch. 1, Justinien étendit encore la faculté d'obtenir l'*addictio*, en décidant que tous ceux qui auraient reçu du défunt des libéralités quelconques par testament, que tout héritier qui serait venu à la succession *ab intestat*, si le défunt n'avait pas fait un testament, qu'enfin toute autre personne pourraient écarter l'héritier institué, à la charge de donner préalablement caution de maintenir les affranchissements et de payer tous les créanciers.

CHAPITRE V

ACQUISITION PAR LA BONORUM VENDITIO

(*Inst.*, III, XII.)

Pr. « Il y avait encore autrefois, avant la succession dont nous venons de nous occuper, d'autres successions par universalité : telle était la vente des biens, qui avait été introduite pour vendre, avec beaucoup de formalités, les biens d'un débiteur, et qui avait lieu lorsque les instances ordinaires étaient en usage. Mais, à partir du moment où la postérité se servit de la procédure extraordinaire, les ventes de biens disparurent avec les instances extraordinaires, et dès lors il entra dans les pouvoirs du juge de permettre aux créanciers de posséder les biens et d'en disposer comme il leur semblerait utile : ce qui apparaîtra d'une manière plus complète dans les livres plus étendus du *Digeste*.»

1984. *De la venditio bonorum.* — Dans le *principium* de notre titre, il s'agit de la *venditio bonorum*. La *venditio bonorum* était la vente des biens d'un débiteur, poursuivie par ses créanciers, dans le but de se faire payer avec le prix des biens vendus. J'exposerai les règles de la *venditio bonorum* dans la quatrième livre des *Institutes*, après avoir étudié les divers systèmes de la procédure romaine.

CHAPITRE VI

ACQUISITION PAR LA DOMINICA POTESTAS : SÉNATUS-CONSULTE CLAUDIEN

(*Inst.*, III, XII.)

§ 1. « Il y avait encore, en vertu du sénatus-consulte Claudien, une succession misérable, lorsqu'une femme libre, s'adonnant à un amour servile, perdait, en vertu de ce sénatus-consulte, avec la liberté son patrimoine. Jugeant que cette disposition est indigne de notre époque et qu'elle devait être supprimée dans notre empire, nous avons ordonné qu'elle ne fût pas insérée dans notre *Digeste*. »

1985. *De la succession acquise en vertu du sénatus-consulte Claudien.*— Il y avait encore, en vertu du sénatus-consulte Claudien, une succession misérable, dit Justinien. Le sénatus-consulte Claudien est ainsi appelé parce qu'il fut promulgué pendant le règne de l'empereur Claude, en l'an 806 de Rome.

Ce sénatus-consulte décidait que, si une femme ingénue et citoyenne romaine, ou si une affranchie latine, s'était unie à un esclave contre la volonté du maître de cet esclave, et malgré la protestation du maître, elle deviendrait esclave du maître de l'esclave avec

lequel elle s'était unie. (Paul, *Sent.*, II, XXI, § 1.) Ce maître acquérait sur elle la puissance dominicale et la propriété de tous ses biens. Comme le maître de l'esclave auquel elle s'était unie acquérait la propriété de tous ses biens, cette acquisition constituait pour lui une espèce de succession.

Au dire de Suétone, Vespasien renouvela la disposition du sénatus-consulte Claudien : «... *Libido atque luxuria coercente nullo invaluerat. Auctor senatui fuit decernendi, ut quæ se alieno servo junxisset, ancilla haberetur*... La débauche et la luxure, n'étant comprimées par aucun frein, s'établissaient partout. Il fit décider par le sénat que toute femme qui s'unirait à l'esclave d'autrui serait considérée comme esclave elle-même. » (Suétone, *Vie de Vespasien*, XI.)

Pour que la femme ingénue ou affranchie devînt esclave, il fallait que le maître de l'esclave auquel elle s'était unie lui fît trois sommations d'avoir à se séparer de son esclave, et il fallait qu'un décret du préteur la déclarât esclave. (Paul, *Sent.*, II, XXI, § 17.)

Si une femme ingénue s'unit à l'esclave d'un pupille, elle devient esclave en vertu de trois sommations faites par le tuteur. (Paul, *Sent.*, II, XXI, § 2.)

Si une affranchie s'unit à l'esclave d'autrui, avec le consentement de son patron, elle devient l'esclave du maître de l'esclave avec lequel elle s'est unie. (Paul, *Sent.*, II, XXI, § 6.) Si, au contraire, c'est à l'insu de son patron qu'elle s'est unie à l'esclave d'autrui, elle redevient l'esclave de son propre patron, comme si elle n'était jamais parvenue à la cité romaine. (Paul, *Sent.*, XXI, § 7.)

Si une femme libre et ingénue s'unit à un esclave, avec le consentement du maître de cet esclave, elle ne devient pas esclave, mais elle sera considérée comme affranchie : elle aura la condition d'une affranchie. C'est ce que nous apprend Tacite : « *Inter quæ refertur ad patres de pœna feminarum quæ servis conjungerentur; statuiturque ut, ignaro domino ad id prolapsæ, in servitute, sin consensisset, pro libertis haberentur*. Entre autres choses, la question de la punition des femmes qui s'unissaient aux esclaves est soumise à la délibération du sénat, et il est statué que celles qui se livrent à ce commerce à l'insu du maître tombent en servitude; que si, au contraire, le maître consentait, elles seraient considérées comme affranchies. » (Tacite, *Annales*, XII, § 3.) — Quant aux enfants nés de cette union, Gaïus dit : « D'après le sénatus-consulte Claudien, une citoyenne romaine, s'unissant à l'esclave d'autrui avec le consentement du maître de cet esclave, pouvait convenir qu'elle resterait libre, mais que les enfants qui naîtraient d'elle seraient esclaves. En effet, ce qui était convenu entre elle et le maître était

valable, d'après le sénatus-consulte Claudien. Mais Adrien, touché de ce que cela avait d'inique, rétablit la règle du droit des gens, en décidant que, si la mère reste libre, les enfants naîtront libres. » (Gaïus, I, § 84.)

Si une fille de famille ingénue s'est unie à un esclave, contre le gré et à l'insu de son père, elle reste libre, parce que, dit le jurisconsulte Paul, la condition des parents ne peut être rendue pire par le fait de leurs enfants. En effet, si la fille de famille, s'unissant à un esclave sans le consentement de son père, fût devenue esclave du maître de l'esclave avec lequel elle s'était unie, son père eût perdu sur elle sa puissance paternelle, sans y avoir consenti : ce qui n'était pas possible en droit romain. (Paul, *Sent.*, II, XXI, § 9.) — Au contraire, si sur l'ordre de son père, mais malgré le maître, une fille de famille s'est unie à un esclave, elle devient esclave, parce que, dit le jurisconsulte Paul, les parents peuvent rendre pire la condition de leurs enfants. (Paul, II, XXI, § 10.)

1986. Du principe d'après lequel un chef de famille ne peut perdre la puissance paternelle sur ses enfants sans y avoir consenti, je crois qu'on peut conclure que, si un fils de famille s'est laissé vendre comme esclave pour partager le prix à l'insu de son père, ce fils ne deviendra pas esclave, parce qu'on ne peut pas faire perdre la puissance paternelle au père, qui n'a pas consenti à la perdre.

1987. Justinien, comme il nous l'apprend dans le § 1 de notre titre, abrogea le sénatus-consulte Claudien. La constitution, par laquelle il en prononce l'abrogation, est la constitution qui forme la loi unique *De senatus consulto Claudiano tollendo.* (C. 7, 24.)

1988. Il y avait d'autres cas où un homme libre perdait sa liberté et devenait esclave. Ainsi l'affranchi, qui se montrait ingrat envers son patron, redevenait l'esclave de son patron. De même, l'homme libre majeur de vingt ans, *sui juris*, qui se laissait vendre comme esclave pour partager le prix avec son complice, perdait sa liberté et devenait esclave de son acheteur. — Les dettes de l'affranchi ingrat, et celles du majeur de vingt ans qui se laissait vendre comme esclave, s'éteignaient par la *capitis deminutio* qu'ils subissaient; ils ne pouvaient plus être poursuivis par leurs créanciers; mais des actions *utiles* étaient données à leurs créanciers contre leur nouveau maître. Si le nouveau maître ne voulait pas les défendre, le préteur envoyait les créanciers en possession des biens qui leur appartenaient au moment où ils avaient subi la *capitis deminutio* : « *Si libertate ademta, capitis deminutio subsecuta sit, nulli restitutioni adversus servum locus est : quia nec prætoria jurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit. Sed utilis actio adversus dominum danda*

est, ut Julianus scripsit : et nisi in solidum defendetur, permittendum mihi est in bona, quæ habuit, mitti. Si, la liberté étant perdue, la *capitis deminutio* s'en est suivie, il n'y a lieu à aucune restitution contre l'esclave : parce que, même d'après la juridiction prétorienne, l'esclave n'est pas obligé de manière à ce qu'il y ait action contre lui. Mais une action utile sera donnée contre le maître, comme l'a écrit Julien ; et s'il n'est pas défendu pour le tout, il me sera permis d'être envoyé en possession des biens qu'il a eus. » (L. 7, § 2. D. 4, 5.)

1989. Lorsqu'un homme libre devenait *servus pœnæ*, le fisc prenait ses biens. Il est probable que le préteur donnait encore à ses créanciers des actions utiles contre le fisc et que, si le fisc ne le défendait pas, les créanciers étaient envoyés en possession.

CHAPITRE VII

CONFISCATION

1990. Cette attribution au fisc des biens des particuliers, considérée comme mode d'acquérir *per universitatem*, s'applique dans les deux hypothèses suivantes : quand elle est la conséquence de l'indignité encourue par un héritier ou un autre successeur universel, ou quand elle est la conséquence de certaines condamnations judiciaires.

Les effets de la confiscation frappent les biens présents des condamnés. De plus, elle agit dans une certaine mesure : 1° *sur le passé*, en annulant les aliénations à titre gratuit consenties par le condamné dans le cours de la poursuite ; 2° *sur l'avenir*, en permettant au fisc de revendiquer les biens que le condamné a pu acquérir depuis sa condamnation.

Le fisc est tenu : 1° de payer les dettes jusqu'à concurrence de l'actif ; 2° de restituer la moitié des biens aux descendants naturels ou adoptifs qui auraient été appelés, par le droit civil ou prétorien, parmi les *heredes sui* du condamné ; 3° enfin, de respecter, si ce condamné est affranchi, les droits du patron et des enfants du patron.

Justinien modifia en divers points ces principes. (V. M. Accarias, t. II, p. 177 et suiv.)

DROITS PERSONNELS

OU

OBLIGATIONS

TABLEAU GÉNÉRAL

DES DROITS PERSONNELS OU OBLIGATIONS

Préliminaires.

SECTION I. — OBLIGATIONS QUI NAISSENT *EX CONTRACTU*.

Généralités.

CHAPITRE Ier. **Contrats formés RE**
- ARTICLE 1er. — DU MUTUUM.
- ARTICLE 2. — DU COMMODATUM.
- ARTICLE 3. — DU DEPOSITUM.
- ARTICLE 4. — DU PIGNUS.

CHAPITRE II. **Contrats formés VERBIS.**

PRÉLIMINAIRES.

ARTICLE 1er. STIPULATION.
- § 1er. Généralités : Formes.
- § 2. Avantages et inconvénients.
- § 3. Actions qui en dérivent.
- § 4. Modalités.
- § 5. Stipulations inutiles.

ARTICLE 2. OBLIGATIONS CORRÉALES OU SOLIDAIRES.
- § 1er. Généralités.
- § 2. Caractères de l'obligation corréale.
- § 3. Quand y a-t-il obligation corréale?
- § 4. Effets de l'obligation corréale.
- § 5. Appendice : obligations divisibles et indivisibles.

ARTICLE 3. STIPULATIONS OU PROMESSES ACCESSOIRES.
- § 1er. Généralités.
- § 2. Adstipulatores.
- § 3. Adpromissores
- § 4. Fidéjusseurs proprement dits.

ARTICLE 4. — DIVISION DES STIPULATIONS.

CHAPITRE III. — **Contrats formés LITTERIS.**

CHAPITRE IV. **Contrats formés CONSENSU.**
- CARACTÈRES GÉNÉRAUX.
- ARTICLE 1er. — VENTE.
- ARTICLE 2. — LOUAGE.
- ARTICLE 3. — SOCIÉTÉ.
- ARTICLE 4. — MANDAT.
- ARTICLE 5. — APPENDICE : PACTES, CONTRATS INNOMMÉS.

SECTION II. OBLIGATIONS QUI NAISSENT *QUASI EX CONTRACTU*

- CHAPITRE Ier. — **Gestion d'affaires.**
- CHAPITRE II. — **Tutelle et curatelle.**
- CHAPITRE III. — **Communauté et indivision.**
- CHAPITRE IV. — **Acceptation d'une hérédité.**
- CHAPITRE V. — **Paiement de l'indû.**

APPENDICE AUX SECTIONS I ET II.
- CHAPITRE Ier. — **Par quelles personnes nous acquérons une obligation.**
- CHAPITRE II — **Obligations naturelles.**

SECTION III. OBLIGATIONS QUI NAISSENT *EX DELICTO*

- CHAPITRE I. — **Furtum.**
- CHAPITRE II. — **Bona vi rapta.**
- CHAPITRE III. — **Loi Aquilia.**
- CHAPITRE IV. — **Injures.**

SECTION IV. — OBLIGATIONS QUI NAISSENT *QUASI EX DELICTO*.

APPENDICE AUX SECTIONS III ET IV.
- CHAPITRE Ier. — **Théorie des fautes.**
- CHAPITRE II. — **Mise en demeure.**

SECTION V. — EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

DROITS PERSONNELS

OU

OBLIGATIONS [1]

PRÉLIMINAIRES

(*Inst.*, III, XIII.)

1991. La plupart des commentateurs ont l'habitude de placer, en tête de la matière des OBLIGATIONS, certaines notions générales sur les droits divers qui peuvent appartenir à une personne, physique ou morale.

Je ne me le suis jamais expliqué, puisque la matière des obligations n'est qu'une fraction de la théorie générale des *droits*, laquelle théorie n'est elle-même qu'une subdivision des CHOSES en *res corporales* et *res incorporales*.

J'aurais, en conséquence, désiré m'affranchir de cette tradition peu rationnelle; mais j'ai déjà si souvent sacrifié, au but de cet ouvrage, les injonctions d'une saine logique, afin de me conformer entièrement aux usages admis dans l'enseignement classique et à l'ordre prescrit par les programmes officiels, que ce nouveau sacrifice me semble léger, quand je considère : tout d'abord qu'il n'est jamais inutile de rappeler certains principes fondamentaux du droit, et, ensuite, que ce livre, essentiellement classique, ne doit pas risquer de produire, par ses innovations, une confusion regrettable dans l'esprit des étudiants.

1992. Nous avons vu (t. I, p. 414 et suiv.) que les CHOSES pouvaient se diviser en deux grandes sections : les *choses corporelles*; les *choses incorporelles* ou *droits*.

---

1. « Cette matière devrait logiquement se trouver dans le premier volume, et constituer le chapitre II des *Droits* (t. I, p. 647). Les nécessités du programme m'obligent à en faire une matière spéciale qui ne peut logiquement se rattacher ni à ce qui la précède ni à ce qui la suit.

Nous avons vu également que les *choses incorporelles* pouvaient à leur tour se subdiviser en *droits non appréciables èn argent*, tels que : l'agnation, la tutelle, le lien du mariage, la puissance paternelle, etc. [1]; et en *droits appréciables en argent*, susceptibles d'entrer dans la composition de notre patrimoine, tels que : les droits de propriété, d'usufruit, d'usage, les servitudes, les hérédités jacentes, les créances, etc., etc.

Nous avons vu enfin que les *droits appréciables en argent* se divisaient : en *droits réels* et en *droits personnels* ou OBLIGATIONS.

1993. Si nous envisageons maintenant ces diverses notions au point de vue de l'homme (personne physique ou personne morale), nous dirons : que ces différents droits constituent, pour lui, des bénéfices ou des facultés, nécessairement garantis par la puissance publique, et qui peuvent lui appartenir, soit *par rapport à une chose*, soit *par rapport à une autre personne*.

Par rapport à une chose. — Le droit de propriété est la faculté pour le propriétaire de retirer de sa chose toute l'utilité qu'elle peut fournir, et d'en disposer comme bon lui semble : *jus utendi*, *fruendi*, *abutendi*. — Les droits de servitude, qui ne sont que des démembrements du droit de propriété, procurent à ceux qui les possèdent le droit de percevoir une certaine partie des avantages que produit la chose grevée de servitude. — Par contre, tout homme est obligé de respecter le droit du propriétaire, et le *dominus* de la chose grevée est tenu de laisser librement s'exercer le droit du détenteur de la servitude.

Par rapport à une personne. — Ces droits peuvent se présenter sous deux aspects différents :

1° D'abord ils peuvent constituer la personne contre laquelle ils s'exercent dans une dépendance presque absolue envers la personne qui les possède. C'est ainsi que le fils de famille et la femme *in manu* envers le *paterfamilias*, l'esclave et l'individu *in mancipio* envers le *dominus*, sont dans une dépendance plus ou moins complète, n'étant guère, en droit, que des instruments d'acquisition au profit de la personne sous la puissance de laquelle ils se trouvent.

2° En second lieu, il est possible que le droit qui m'appartient *adversus certam personam* consiste uniquement dans la faculté qui

---

1. Tous les auteurs, je crois, adoptent cette qualification des *droits de famille*. Il faut remarquer, cependant, qu'il n'est pas absolument exact, en fait ni en droit, de dire que ces droits ne sont pas *appréciables en argent* : l'agnation, la puissance paternelle, la *manus*, la puissance dominicale, etc., tous ces liens ne produisent-ils pas des droits successoraux, des moyens d'acquisition, qui se traduisent par des avantages pécuniaires importants?

m'appartient d'exiger de cette personne un acte ou certains actes déterminés, ou bien l'abstention de tels ou tels actes.

Sans doute cette personne voit sa liberté restreinte à mon profit, mais seulement dans la sphère des intérêts matériels; elle est bien *obligée* envers moi, mais elle garde toute sa capacité juridique, reste aussi bien *sui juris* que je le suis moi-même : en un mot, elle n'est point sous ma puissance, à aucun degré.

1994. Nous dirons donc qu'entre cette personne et moi il y a un lien de droit, un *vinculum juris*, en d'autres termes une *obligation*, laquelle, active de mon côté, s'appelle plus particulièrement droit de créance, tandis que, passive de l'autre côté, elle constitue une dette qui, dans la terminologie latine, reçoit surtout le nom d'*obligatio*.

1995. Après ces prolégomènes, la transition se présente d'elle-même. Les droits qui s'exercent directement sur les choses sont des droits réels que nous avons étudiés dans le tome I^er^. — Les droits qui constituent une personne dans notre dépendance, et qui restreignent sa capacité juridique, sont des *droits de famille* qui ont fait l'objet du livre premier : *Des personnes*. — Les droits qui s'exercent contre une personne, mais qui obligent seulement celle-ci à faire certains actes déterminés, à s'abstenir de certains actes déterminés, sans restreindre aucunement sa capacité juridique, n'ont point été étudiés; et ce sont précisément ces droits de créance qui constituent la matière des *obligations*. Ces droits peuvent aussi bien s'appeler *droits personnels*, car, dans la terminologie latine, on ne qualifie pas ainsi ce que nous avons appelé les *droits de famille*.

1996. En résumé, laissant de côté ces puissances spéciales qui constituent le droit des personnes, tous les autres droits se divisent en deux grandes sections : les *droits réels*, qui s'exercent directement sur une chose, sans intermédiaire obligé, et les *droits personnels*, obligations ou droits de créance, qui ne s'exercent qu'indirectement sur les choses, puisque le créancier est obligé tout d'abord de s'adresser au sujet passif de ce droit, au débiteur.

1997. Nous allons maintenant examiner les différentes expressions qui sont employées soit pour désigner les droits réels par opposition aux droits de créance, soit pour déterminer les caractères de ces deux classes de droits [1].

I. On emploie les mots « *droits réels* » par opposition aux mots « *droits personnels* » qui désignent les droits de créance. — Il est très-exact d'employer les mots *droits réels* pour désigner les droits que

1. Voir également t. I, p. 417 et suiv.

les hommes ont sur les choses. Mais il n'est pas aussi exact d'employer les mots *droits personnels* pour désigner les droits de créance, parce que, dans le langage du droit, les mots *droits personnels* ont plusieurs sens. En effet, ils désignent encore des droits qui peuvent appartenir, sur des choses, à une personne déterminée, et qui doivent s'éteindre à la mort de cette personne ; tels sont : le droit d'usufruit et le droit d'usage.

II. On emploie encore les mots « *jus in re* », par opposition aux mots « *jus ad rem* ». — Dans ce cas, l'expression *jus in re* désigne encore le droit qu'un homme peut avoir sur une chose, soit le droit de propriété, soit un démembrement de la propriété : usufruit, usage, servitudes. Les mots *jus ad rem* sont employés pour désigner les droits de créance, les obligations. Mais ces mots ne peuvent être exactement employés que pour désigner une obligation ayant pour objet la dation d'une chose. Ils sont inexacts lorsqu'on les emploie pour désigner une obligation ayant pour objet soit un fait, soit une abstention.

III. On emploie souvent, et j'ai moi-même employé, le mot « *absolu* » pour désigner le *jus in re* et pour en déterminer le caractère. On emploie, et j'ai employé moi-même, le mot « *relatif* » pour désigner le droit de créance et pour en déterminer le caractère. En conséquence on dit : Le droit réel, le *jus in re*, est un droit absolu, en ce sens qu'il existe, au profit de celui à qui il appartient, à l'égard de tous les autres hommes ; en ce sens qu'il peut être opposé et exercé par celui à qui il appartient, à l'encontre de tous les autres hommes. Le droit de créance, au contraire, est un droit relatif, en ce sens qu'il n'existe au profit d'une personne que contre une autre personne déterminée, et qu'il ne peut être opposé et exercé, par celui à qui il appartient, qu'à l'encontre de cette personne déterminée. — Il est certain que le droit réel, le *jus in re*, est un droit absolu, puisqu'il existe sur une chose déterminée, au profit d'une personne, à l'encontre de tous les autres hommes, et qu'il peut être exercé par celui à qui il appartient contre quiconque le lui conteste. — De même, le droit de créance est certainement relatif en ce sens qu'il n'existe, au profit d'une personne, que contre une autre personne déterminée. Mais il est vrai aussi que le droit de créance est, à certains points de vue, un droit absolu. En effet, le droit de créance est absolu, en ce sens qu'il doit être respecté par tous les autres hommes, aussi bien que le droit réel. De plus, si le droit de créance d'un créancier est contesté par d'autres que par le débiteur, le créancier pourra affirmer et opposer son droit de créance à l'encontre de quiconque voudra le lui contester. Il arrivera rarement que la créance d'un

créancier soit contestée par d'autres que par son débiteur. Cependant cela peut se produire dans quelques cas. Je vais en indiquer deux :

1° Lorsqu'un débiteur devient insolvable, tous ses créanciers ont le droit de venir se faire payer en concours, sur ses biens, en proportion de leurs créances ; mais il est possible que la créance de l'un de ceux qui se présentent comme créanciers soit contestée par les autres, qui prétendent qu'il n'est pas créancier du débiteur commun ; celui dont la créance est contestée devra prouver qu'il est vraiment créancier du débiteur commun ; sinon, il sera écarté par les autres créanciers ; — 2° il est possible qu'une personne prétende que telle créance lui appartient contre tel débiteur, et qu'une autre personne prétende aussi que la même créance lui appartient, parce qu'elle lui a été cédée antérieurement.

1998. Des interprètes du droit romain, parmi lesquels je citerai M. le professeur Labbé, proposent, pour désigner les *jura in re* et les droits de créance, des expressions qui indiquent très-bien le caractère et le but de ces deux classes de droits : c'est l'expression « *droits directs* » pour désigner les *jura in re*, et l'expression « *droits indirects* » pour désigner les droits de créance.

1999. Remarquons que les droits réels ne sont pas nombreux ; aussi le législateur de chaque pays peut les énumérer et les réglementer à l'avance. Au contraire, les actes, les faits ou les abstentions que les hommes peuvent se promettre d'accomplir les uns envers les autres sont très-nombreux. Ils varient et se multiplient suivant les besoins que les rapports sociaux font naître entre les hommes. Aussi, le législateur ne peut d'avance les prévoir tous. Il ne peut qu'en énumérer un certain nombre et les réglementer par des règles générales.

2000. Ces idées théoriques étant connues, nous allons maintenant étudier quelques règles générales du droit romain sur les obligations :

Pr. « *Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate astringimur, alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura.* »

Pr. « Maintenant passons aux obligations. L'obligation est un lien de droit, par la force duquel nous sommes astreints, conformément aux lois de notre cité, à payer quelque chose. »

Justinien, dans le *principium* de notre titre, donne, sous une forme figurée, la définition de l'obligation. Il compare l'obligation à un lien qui, après s'être formé, doit être rompu. Cette comparaison est exacte. En effet, par l'obligation qu'il a contractée, le débi-

teur s'est *lié*. Pour se *délier*, il doit se dégager du lien qui l'enchaîne, c'est-à-dire payer, *solvere*.

2001. Pour qu'une obligation puisse se former, il faut au moins deux personnes : le créancier et le débiteur.

2002. La personne qui peut exiger de l'autre un fait déterminé, un acte déterminé, ou l'abstention d'un fait déterminé, d'un acte déterminé, s'appelle *creditor*, créancier. — Le mot *creditor* dérive du verbe *credere*, avoir confiance. Aussi, primitivement, le mot *creditor* désigna seulement le créancier, qui était devenu créancier par suite d'un prêt d'argent, parce que celui qui prête a confiance dans l'emprunteur. Mais, plus tard, le mot *creditor* finit par désigner quiconque devenait créancier pour une cause quelconque. C'est ce que constate Gaïus : « *Creditorum appellatione accipiuntur non hi tantum qui pecuniam crediderunt, sed omnes quibus ex qualibet causa debetur.* Ceux-là seuls ne sont pas créanciers qui ont prêté une somme d'argent, mais tous ceux auxquels il est dû pour une cause quelconque. » (L. 11. D. 50, 16.) De son côté, Ulpien dit : « Que s'il est dû à quelqu'un, en vertu d'un achat, d'un louage, ou en vertu d'une autre cause quelconque, et même s'il lui est dû en vertu d'un délit, il me semble qu'il peut être considéré comme créancier. » (L. 12. D. 50, 16.) — Je crois que Gaïus dans cette phrase : « *Creditorum appellatione accipiuntur non hi tantum qui pecuniam crediderunt,* » entend le mot *pecuniam* dans le sens de somme d'argent,—quoique, en règle générale, le mot *pecunia*, dans les textes du droit romain, désigne toutes les choses corporelles et incorporelles qui peuvent se trouver dans le patrimoine des hommes. C'est ce que dit formellement le jurisconsulte Ulpien : « *Pecuniæ nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli quam mobiles, et tam corpora quam jura continentur.* » Néanmoins je crois qu'à raison du sens général du texte entier de Gaïus le mot *pecunia*, qu'il emploie, signifie somme d'argent, car ce jurisconsulte semble opposer le prêt d'argent à toutes les autres causes d'obligations. Or ces autres causes d'obligations comprennent notamment le prêt à usage, et même le *mutuum* de toutes autres choses que l'argent.

L'autre personne qui figure dans l'obligation, celle qui a promis d'exécuter tel fait ou tel acte déterminé, ou qui a promis l'abstention de tel fait ou de tel acte déterminé, prend le nom de *debitor*, débiteur.

L'expression *reus* désigne soit le créancier, soit le débiteur.

2003. La créance est désignée quelquefois par le mot *nomen*. Primitivement, le mot *nomen* ne désigna, comme nous le verrons

plus tard, qu'une écriture destinée à constater, puis à créer une obligation. Cette écriture était qualifiée de *nomen* parce qu'elle constatait le nom du créancier et le nom du débiteur. Plus tard le sens du mot *nomen* fut généralisé, et ce mot finit par désigner toute créance née d'une cause quelconque : « *Nominis et rei appellatio ad omnem contractum et obligationem pertinet.* » (L. 6, D. 50, 16.)

Les mots « *æs alienum* » furent d'abord employés pour désigner la dette d'un débiteur, qui avait reçu une somme d'argent. Plus tard, ces mots reçurent un sens plus large et désignèrent toute espèce de dettes résultant d'une cause quelconque, comme dans cette phrase : « *Bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno;* » « il n'y a de biens que déduction faite des dettes. »

2004. C'est le mot *obligatio* qui est le plus souvent employé. Ce mot désigne aussi bien le droit, la créance du créancier, que le lien, la dette du débiteur. En un mot, il désigne le rapport qui existe entre le créancier et le débiteur.

Le mot *obligatio* est encore employé dans d'autres sens :

Quelquefois il est employé pour indiquer qu'une chose est obligée. En effet, les jurisconsultes romains disent qu'il y a *res obligata*, *rei obligatio*, lorsqu'une chose a été hypothéquée ou donnée en gage, pour assurer le payement d'une dette, de sorte que le créancier, envers lequel la chose est ainsi obligée, pourra, s'il n'est pas payé au terme convenu, faire vendre la chose, à lui obligée, pour se payer de sa créance sur le prix de cette chose. (Gaïus, II, § 61.)

Quelquefois le mot *obligatio* désigne un écrit destiné à constater une obligation.

2005. **Quels peuvent être les divers objets d'une obligation?** — L'objet d'une obligation est toujours une action de l'homme. En effet, ce que l'homme peut promettre, c'est toujours une action, un acte, un fait ou une abstention. Or l'abstention est encore une action, une action négative, il est vrai. C'est ce que tous les jurisconsultes romains ont constaté et affirmé. Ainsi le jurisconsulte Paul dit : « *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.* » « La substance des obligations ne consiste pas à nous faire acquérir un corps ou une servitude, mais à astreindre un autre à nous donner, à nous faire ou à nous fournir quelque chose. » (L. 3. D. 44, 7.) Ainsi, d'après le jurisconsulte Paul, les divers objets d'une obligation consistent tous en des faits, en des actes; et ces faits, ces actes, le jurisconsulte les indique par les mots : *dare*, *facere*, *præstare*.

2006. Parmi ces trois mots, *dare*, *facere*, *præstare*, employés pour désigner les divers faits, les divers actes qui peuvent être l'objet d'une obligation, le mot *facere* a le sens le plus large.

2007. En effet, le mot *facere* comprend, tout d'abord, la même idée que le mot *dare* : « *Verbum facere omnem omnimodo faciendi causam complectitur*, *dandi*... » (L. 218, D. 50, 16.) Or, *dare*, c'est transférer la propriété d'une chose ou un démembrement de la propriété, par exemple, une servitude. En un mot, *dare*, c'est procurer un droit réel ; de sorte que, lorsqu'une personne s'est obligée à *dare*, elle se trouve obligée à transférer la propriété ou à procurer un autre droit réel. (L. 3. D. 7, 1.) C'est le fait de la *datio*, et non pas l'obligation de *dare*, qui transfère la propriété ou tout autre droit réel. En effet, jamais une obligation n'a pour effet de transférer ni la propriété ni un droit réel. C'est ce que le jurisconsulte Paul a pris soin de faire remarquer dans la définition qu'il a donnée de l'obligation : « *Obligationum substantia non in eo consistit*, *ut aliquod corpus nostrum*, *aut servitutem nostram faciat* » n° 2005.)

2008. Le mot *facere* comprend encore le sens du mot *præstare*. En effet, *præstare*, c'est procurer et assurer la possession utile et perpétuelle d'une chose, sans procurer un droit réel sur cette chose. C'est ce que fait le vendeur dans la vente. *Præstare*, c'est encore procurer et assurer la jouissance temporaire d'une chose. C'est ce que fait le locateur dans le louage.

Le mot *facere* comprend aussi l'idée du fait négatif, de l'abstention : « *Facere oportere et hanc significationem habet*, *ut abstineat quis ab eo facto*, *quod contra conventionem fieret*, *et curaret ne fiat.* *Facere oportere* a encore cette signification que quelqu'un doit s'abstenir du fait qui serait accompli contrairement à la convention, et prendre soin que ce fait n'ait pas lieu. » (L. 189. D. 50, 16.)

Enfin, le mot *facere* comprend tous les autres actes, tous les autres faits de l'homme, toutes les actions humaines : « *Verbum facere omnem omnimodo faciendi causam complectitur*, *dandi*, *solvendi*, *numerandi*, *judicandi*, *ambulandi.* » (L. 218. D. 50, 16.)

2009. L'obligation est un état exceptionnel, accidentel. anormal, contraire à l'état ordinaire des choses. En effet, il n'est pas conforme à l'état ordinaire des choses que tous les hommes soient obligés les uns envers les autres. De ce que l'obligation est un état exceptionnel, accidentel, anormal, il résulte qu'elle doit être prouvée par le créancier qui l'invoque.

D'un autre côté, l'obligation est un fait volontaire de la part du débiteur. De ce que le débiteur s'est obligé volontairement, il résulte qu'il doit exécuter son obligation ; s'il s'y refuse, il doit être

forcé de l'exécuter. Pour l'y contraindre, le créancier a un moyen, qui s'appelle *action*. — L'action est la sanction de l'obligation. En effet, l'action est le moyen pour le créancier d'obtenir d'un juge une condamnation, et d'obtenir ensuite de l'autorité publique l'exécution de la condamnation. En d'autres termes, l'action est le moyen qu'a tout créancier d'obtenir, par l'intervention de l'autorité publique, l'exécution de l'obligation contractée par son débiteur qui refuse de l'exécuter.

2010. Ce qui constitue la force de l'obligation, de la créance, c'est l'action. Aussi les Romains ont soin de mentionner l'action dans la définition qu'ils donnent de l'obligation : « *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate astringimur*... L'obligation est un lien de droit par la *force* duquel nous sommes *astreints*... » Les Romains disent que l'obligation est un *lien de droit*, parce que ce lien, qui constitue l'obligation, n'a rien de matériel : il puise toute sa force, c'est-à-dire l'action, dans le droit; il n'a de force qu'en vertu du droit.

2011. Pour les Romains, l'obligation et l'action sont, en quelque sorte, une seule et même chose, puisque l'action est le moyen de faire exécuter l'obligation, de sorte que, là où il n'y a pas d'action, il n'y a pas d'obligation. Celui-là seul est créancier qui a une action pour contraindre le débiteur à exécuter. A l'inverse, celui-là seul est débiteur qui peut être contraint, malgré lui, à exécuter son obligation. C'est ce que dit formellement le jurisconsulte Ulpien : « *Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel jure civili, sine ulla exceptionis perpetuæ remotione, vel honorario, vel extraordinario, sive pure, sive in diem, vel sub conditione.* » (L. 10. D. 50, 16.)

Pour les Romains, l'obligation et l'action étaient tellement inséparables, que, pour désigner les créances, ils emploient les deux mots *obligatio* et *actio*. C'est ainsi que le titre VII du livre XLIV du *Digeste* porte comme rubrique : *De obligationibus et actionibus.*

2012. **Des différentes divisions des obligations.** — Les obligations chez les Romains étaient divisées en cinq classes : 1° au point de vue de leur importance; — 2° au point de vue des modalités dont elles pouvaient être affectées; — 3° au point de vue de leur origine; — 4° au point de vue de leur efficacité; — 5° au point de vue des faits juridiques qui leur donnent naissance.

2013. 1° *Division des obligations au point de vue de leur importance.* — On distingue : l'obligation *principale*, qui existe par elle-même; l'obligation *accessoire*, qui corrobore ou fortifie l'obligation principale, et dont l'existence dépend le plus souvent, de l'exis-

tence de cette dernière. (V. *Caution, fidéjussion*, clause pénale.)

2014. 2° *Division des obligations au point de vue des modalités.* — On distingue l'obligation *pure et simple*, dont l'exécution peut être exigée dès qu'elle est formée ; l'obligation *avec modalités*, dont l'accomplissement dépend de l'arrivée d'un terme ou d'une condition.

2015. 3° *Division des obligations au point de vue de leur origine.* — Au point de vue de leur origine, les obligations se divisent en obligations *civiles* et en obligations *prétoriennes*. Les obligations civiles sont celles qui ont été créées et sanctionnées, c'est-à-dire munies d'une action, par le droit civil. Ici, le mot droit civil, par opposition au droit prétorien, comprend la loi, les sénatus-consultes, les constitutions impériales, les réponses des prudents. Les obligations prétoriennes sont celles qui ont été créées et sanctionnées, c'est-à-dire munies d'une action, par le droit prétorien, édit des préteurs ou édit des édiles curules ;

§ 1. « La division principale des obligations se distingue en deux classes, car les unes sont civiles, les autres prétoriennes. Les obligations civiles sont celles qui ont été établies par les lois ou confirmées par le droit civil. Les obligations prétoriennes sont celles que le préteur a établies en vertu de sa juridiction et qui s'appellent aussi honoraires. »

2016. 4° *Division des obligations au point de vue de leur efficacité.* — Au point de vue de leur efficacité, de leur force, les obligations se divisent en obligations *civiles* et en obligations *naturelles*. — Les obligations civiles sont celles qui ont été créées et munies d'une action soit par le droit civil, c'est-à-dire par la loi, le sénatus-consulte, les constitutions impériales et les réponses des prudents, soit par le droit prétorien. — L'obligation naturelle est une obligation qui n'existe qu'en vertu du droit naturel, et qui n'est pas sanctionnée par une action. Les Romains ne sont arrivés que lentement et peu à peu à la notion de l'obligation naturelle. Aussi nous voyons des jurisconsultes refuser le titre de créancier à celui qui ne pouvait invoquer qu'une obligation naturelle, qui ne pouvait prétendre qu'à une obligation naturelle, parce que, en vertu de cette obligation, le créancier n'avait pas d'action. Ainsi le jurisconsulte Ulpien, après avoir dit : *Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacunque actione, vel persecutione, vel jure civili... vel honorario, vel extraordinario, sive pure, sive in diem, vel sub conditione,*» ajoute : « *Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum.* » (L. 10. D. 50, 16.)

Mais les Romains ont fini néanmoins par attacher des effets importants aux obligations naturelles. L'un des effets les plus impor-

tants attachés à l'obligation naturelle est celui-ci : c'est que, si le débiteur tenu d'une obligation naturelle paye ce qu'il doit, il fait un payement valable et ne peut demander la restitution de ce qu'il a payé. Ainsi, par exemple, l'esclave qui s'oblige ne s'oblige que naturellement ; si, devenu libre, il paye, il ne pourra répéter ce qu'il a payé. Bien plus, si un tiers paye pour lui, ce tiers ne pourra pas non plus répéter ce qu'il a payé : « *Naturaliter etiam servus obligatur ; et ideo, si quis nomine ejus solvat, vel ipse manumissus... repeti non poterit.* L'esclave aussi s'oblige naturellement ; par conséquent, si quelqu'un paye en son nom ou s'il paye lui-même après son affranchissement..., il n'y a pas lieu à répétition. » (L. 13, pr. D. 12, 6.) De ce que l'existence d'une obligation naturelle suffit pour motiver un payement valable, il résulte que le créancier qui reçoit ce payement ne reçoit pas une donation ; il reçoit ce qui lui est dû, bien qu'il ne lui fût pas possible d'exiger ce payement : « *Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit : non erit donatio, sed debiti solutio.* » (L. 19, § 4. D. 9, 5.)

Les mots *obligations civiles* sont encore employés par opposition aux mots *obligations naturelles* dans un autre sens. Les obligations civiles sont celles qui sont établies par le droit de la cité. Les obligations naturelles sont celles qui sont établies par le droit des gens, reconnues par le droit de toutes les nations. — La conséquence de cette distinction est que les obligations civiles ne peuvent exister qu'entre citoyens romains, et que les obligations naturelles peuvent exister non-seulement entre pérégrins, mais encore entre pérégrins, et citoyens romains. Aussi ces obligations naturelles, nées entre pérégrins ou entre pérégrins et citoyens romains, sont munies d'actions. Ainsi, par exemple, les obligations nées de contrats du droit des gens, vente, louage, etc., entre pérégrins et citoyens romains, sont munies d'actions : « *Locatio conductio, cum naturalis est et omnium gentium, non verbis sed consensu contrahitur ; sicut emptio venditio.* » (L. 1. D. 19, 2.) « *Ex hoc jure gentium introducta bella... emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutæ, exceptis quibusdam, quæ a jure civili introductæ sunt.* » (L. 5. D. 1, 1.)

2017. 5° *Division des obligations au point de vue des faits juridiques qui leur donnent naissance.* — Au point de vue des faits juridiques qui leur donnent naissance, les obligations se divisent, d'après le § 2 de notre titre, en obligations qui naissent d'un contrat, *ex contractu ;* en obligations qui naissent comme d'un contra, *quasi ex contractu ;* en obligations qui naissent d'un délit, *ex maleficio*, et

enfin en obligations qui naissent comme d'un délit, *quasi ex maleficio* :

§ 2. « La division suivante distingue les obligations en quatre espèces. En effet, elles naissent ou d'un contrat, ou comme d'un contrat, ou d'un délit, ou comme d'un délit.

2018. Gaïus, dans ses *Commentaires*, n'indique que deux faits créateurs d'obligations, le contrat et le délit : « *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species deducitur : omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.* » (Gaïus, III, § 88.) — Mais, dans un passage d'un autre de ses ouvrages, inséré au *Digeste* (*Aureorum*, lib. II), Gaïus dit : « *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio, aut, proprio quodam jure, ex variis causarum figuris.* Les obligations naissent d'un contrat ou d'un délit, ou, en vertu d'un droit propre, de différentes figures de causes. » (L. 1, pr. D. 44, 7.) Ainsi, d'après Gaïus, il y a encore des *variæ causarum figuræ* pouvant donner naissance à des obligations. Ces *variæ causarum figuræ*, dont parle Gaïus, ne sont pas autre chose que des faits licites, qui ressemblent à un contrat, et qui sont des figures variées du contrat; ou des faits illicites, qui ressemblent à un délit, et qui sont des figures variées du délit; de sorte qu'on peut dire, avec Justinien, que les obligations civiles et prétoriennes résultent ou d'un contrat, ou comme d'un contrat, — ou d'un délit, ou comme d'un délit.

PREMIÈRE SECTION. — OBLIGATIONS QUI NAISSENT EX CONTRACTU

GÉNÉRALITÉS

La première source des obligations, c'est le *contrat*.

2019. Le contrat est une espèce de convention. Or la convention ou pacte est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes dans le but de produire un effet de droit : « *Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus.* » (L. 1, § 2. D. 2, 14.) « *Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt : nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt.* Le mot convention est général et se réfère à tous les cas dans lesquels ceux qui font une affaire, un contrat, une transaction, consentent à ce qu'un lien de droit se forme ; car, de même qu'on emploie le mot *convenire* pour indiquer le fait de ceux qui, partis de divers lieux, se réunissent et viennent dans le même lieu, de même on l'emploie pour désigner le fait de ceux qui, partant d'avis différents, arrivent à s'entendre et à exprimer la même opinion. » (L. 1, § 3. D. 2, 14.)

2020. En faisant une convention, les parties peuvent avoir l'intention d'atteindre plusieurs buts, de faire produire, à cet accord de volontés, des effets de droit différents : de créer, d'éteindre ou de modifier des droits. Eh bien ! l'ancien droit civil romain ne consacre pas toujours cette intention, cette volonté des parties. D'après l'ancien droit civil romain, la convention (ou pacte) ne suffit pas à elle seule pour créer, éteindre ou modifier des droits.

2021. D'abord, si, par une convention, deux ou plusieurs personnes voulaient faire naître entre elles des droits de famille, puissance paternelle, *manus*, cette convention n'aurait aucun effet, parce que ces droits sont en dehors du patrimoine des hommes. Or les conventions ne peuvent avoir pour objet que les droits qui sont dans le patrimoine des hommes.

2022. De même, si deux ou plusieurs personnes voulaient, par leur convention, faire naître des droits réels de propriété, d'usufruit, de servitudes, leur convention serait encore insuffisante pour

faire naître ces droits réels; car, bien que les droits réels soient dans le patrimoine des hommes, il y a, en droit romain, d'autres faits juridiques, — par exemple, la mancipation, la *cessio in jure*, la tradition, — qui ont précisément pour mission de donner naissance aux droits réels et de les faire passer du patrimoine d'une personne dans le patrimoine d'une autre personne.

2023. Ainsi la convention est impuissante pour donner naissance soit à un droit de famille, soit à un droit réel. Le *contrat* ne peut non plus donner naissance ni à un droit de famille, ni à un droit réel; mais il peut donner naissance à une obligation.

2024. Qu'est-ce donc qu'un contrat? Le contrat est une convention qui a été reconnue et sanctionnée par l'ancien droit civil, et qui crée une obligation, munie d'une action, pourvu que l'accord des volontés, qui constitue la convention, soit manifesté dans une certaine forme, accompagné de certaines solennités. — Quant aux conventions qui n'ont pas été reconnues et sanctionnées par l'ancien droit civil, elles ne sont pas susceptibles de créer des obligations.

2025. Toutefois cette règle souffre certaines exceptions. En effet, quelquefois le préteur, en vertu de sa *jurisdictio*, reconnaît et sanctionne, par une action, certaines conventions, certains pactes, que les interprètes du droit romain appellent *pactes prétoriens*. — Quelquefois aussi les empereurs, en vertu de leur pouvoir législatif, reconnaissent et sanctionnent, par une action, certaines conventions, certains pactes, qui prennent le nom de *pacta legitima*, pactes légitimes.

Mais pourquoi les conventions ainsi reconnues et sanctionnées soit par le droit prétorien, soit par le droit civil du Bas-Empire, ne sont-elles pas qualifiées de contrats? C'est sans doute, comme on l'a dit, parce que le langage juridique des Romains avait été fixé, et le nombre des contrats déterminé, déjà depuis longtemps, lorsque les préteurs et les empereurs commencèrent à sanctionner certains pactes. Alors, malgré l'augmentation du nombre des conventions sanctionnées par les préteurs et par les empereurs, on ne voulut pas changer les formes du langage.

2026. Enfin il y a des conventions qui n'ont jamais été, dans la législation romaine, sanctionnées par une action. Ce sont les *pacta nuda* : « *Nuda pactio obligationem non parit.* » (L. 7, § 4, D. 2, 14.)

Mais comment peut-on s'expliquer que le législateur romain n'ait pas sanctionné toutes les conventions non contraires aux lois et aux bonnes mœurs? On peut supposer que le législateur romain sanctionna d'abord les conventions les plus importantes, les plus

utiles aux besoins des hommes vivant en société; puis, pour donner le moyen de faire toute espèce de conventions licites, il créa une certaine forme de contrat, la *stipulation*. En effet, la stipulation est un contrat qui peut servir à faire toute espèce de conventions licites; de plus, elle présente cet autre avantage que les formes dans lesquelles elle est faite assurent que la volonté des parties a été sérieuse et certaine.

2027. Pour qu'il y ait contrat produisant une obligation munie d'une action, il faut donc, d'après l'ancien droit civil, que l'accord des volontés des parties soit manifesté dans une certaine forme, accompagné de certaines solennités. Cette forme, ces solennités s'appellent *causa obligationis*. C'est ce que dit formellement le jurisconsulte Ulpien : « *Sed cum nulla subest causa propter* (lisez *præter*) *conventionem, hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.* Mais, lorsqu'il n'y a aucune cause, outre la convention, il est certain qu'une obligation ne peut être constituée. En effet, un pacte ne peut engendrer une obligation, mais seulement une exception. » (L. 7, § 4. D. 2, 14.) Nous verrons, en effet, qu'un pacte peut quelquefois engendrer une exception, par exemple l'exception *pacti conventi*, qui n'est pas autre chose, dans un cas particulier, que l'exception de dol sous un autre nom.

La *causa obligationis* nécessaire à la formation d'un contrat n'est pas toujours la même. En effet, la *causa obligationis* consiste tantôt en des *verba*, tantôt en des *litteræ*, tantôt en une *res*, et tantôt dans le simple consentement des parties. De là on distingue : des contrats qui se forment *verbis;* des contrats qui se forment *litteris;* des contrats qui se forment *re*, et enfin des contrats qui se forment *sòlo consensu*.

2028. Pour qu'un contrat puisse se former *verbis*, il faut que l'accord des volontés des parties soit manifesté par des paroles, non par des paroles quelconques, mais par des paroles fixées et déterminées d'avance par l'ancien droit civil.

2029. Pour qu'un contrat puisse se former *litteris*, il faut que l'accord des volontés des parties soit manifesté par une écriture, non par une écriture quelconque, mais par une écriture faite en des mots fixés et déterminés d'avance par l'ancien droit civil.

2030. Pour qu'un contrat puisse se former *re*, il faut que l'accord des volontés des parties soit manifesté ou par la tradition d'une chose, ou par l'exécution d'un fait, de la part de l'une des parties.

2031. Enfin, pour qu'un contrat puisse se former *solo consensu*,

il suffit que les parties expriment clairement leurs volontés sur tous les éléments constitutifs du contrat qu'elles veulent faire.

2032. Cette forme, dans laquelle certains contrats doivent être faits, ces solennités qui doivent accompagner, dans ces contrats, le consentement des parties, sont qualifiées, par la plupart des interprètes du droit romain, de *causa civilis obligationis*. Cette qualification *civilis* est inexacte, excepté pour les contrats qui se forment *verbis* et *litteris*. C'est ce qui a été très-bien démontré par M. Accarias dans son excellente *Théorie des contrats innommés*.

2033. Je vais indiquer comment M. Accarias entend la *causa obligationis*. L'auteur présente d'abord une division des conventions extraite d'un ouvrage du jurisconsulte Ulpien, division d'après laquelle les conventions sont, les unes des conventions publiques, les autres des conventions privées. Les conventions publiques, *conventiones publicæ*, sont celles qui interviennent entre représentants de deux nations, par exemple entre deux chefs d'armées : *Publica conventio est quæ fit per pacem, quotiens inter se duces belli quædam paciscuntur.* » (L. 5. D. 2, 14.) Les conventions privées sont celles qui interviennent entre particuliers, relativement à leurs intérêts privés.

Ensuite l'auteur, dont j'expose les idées, cite une subdivision des conventions privées, extraite du même ouvrage du jurisconsulte Ulpien : les conventions privées se subdivisent en conventions légitimes, *conventiones legitimæ*, et en conventions du droit des gens, *conventiones juris gentium*. (L. 5. D. 2, 14.)

« Qu'est-ce que le jurisconsulte Ulpien entendait par conventions légitimes? Sans doute, dit l'auteur de la *Théorie des contrats innommés*, il entendait par là toute convention dont le droit civil avait subordonné l'existence à l'accomplissement de certaines solennités, tandis que les conventions du *jus gentium* seraient celles qui ne comportent aucune condition de forme. Les principales conventions légitimes, rappelez-vous que j'écarte les conventions qui ne font qu'éteindre des obligations, étaient, au temps d'Ulpien, la stipulation, la *dotis dictio*, l'*expensilatio*. Ces conventions étaient qualifiées contrats, précisément parce qu'elles emportaient obligation, action. Quel était ici l'élément générateur de l'obligation? Il était double : c'était d'abord le consentement, mais à lui seul le consentement n'aurait pas suffi. Il fallait de plus faire intervenir certaines formes ou solennités consacrées par la loi, solennités qui consistaient en des paroles déterminées et arrangées d'une certaine manière, s'il s'agissait de *dictio dotis* ou de stipulation; en des écritures spéciales, s'il s'agissait d'*expensi-*

latio. Ce sont les solennités que les interprètes du droit romain ont l'habitude d'appeler la *causa civilis* de l'obligation. Cette expression ne se rencontre pas dans les textes; mais ici elle est exacte, elle se justifie, et voici comment : c'est que la nécessité de cet élément solennel, de cette cause toute différente, toute indépendante du consentement, dérive d'une façon bien visible du droit civil : elle en est une création profondémemt arbitraire. Elle n'a rien, à coup sûr, de conforme à la *naturalis ratio*, et il s'en faut que nous la trouvions chez tous les peuples. Voilà pourquoi Ulpien qualifie de telles conventions de *legitimæ*, se référant précisément à cet élément artificiel que les modernes ont nommé *causa civilis*. — A l'égard du consentement, nécessaire à la formation de la *conventio legitima*, il compte bien, même ici, comme cause de l'obligation; mais ce n'est plus une *causa civilis*. Il est clair que la raison naturelle l'exige, et qu'on le retrouvera forcément dans toutes les législations. Et c'est pourquoi Ulpien ne fait qu'exprimer une vérité universelle, lorsqu'il nous dit que dans tout contrat il y a d'abord une convention ou un pacte. (L. 1, § 3, *De pact.*) Il peut y avoir quelque chos de plus, il y aura toujours au moins cela.

« Quant aux conventions du droit des gens, quelques-unes, dit Ulpien (L. 7. § 1, *De pact.*), engendrent des actions; les autres, en majorité, n'en engendrent pas. Les premières sont déterminées limitativement par la loi : elles constituent l'exception. Au lieu de garder, comme la masse des autres, le nom de conventions ou pactes, elles prennent un nom spécial : elles s'appellent le *mutuum*, le commodat, le gage, le dépôt, la vente, le louage, la société, le mandat. Ce sont encore des contrats. Les quatre premiers sont qualifiés contrats réels; les quatre derniers, contrats consensuels. Quelle est ici la cause? Pour les quatre contrats réels, elle gît d'abord dans le consentement; mais le consentement ne suffit pas, il faut encore une tradition. Dans le *mutuum*, cette tradition doit être translative de propriété. Dans le commodat, le gage et le dépôt, ce sera une simple remise matérielle sans transport de propriété. Cette tradition ou cette remise, les interprètes ont voulu la considérer comme une *causa civilis* de l'obligation, et j'accorde sans difficulté qu'elle constitue bien une *causa;* mais pourquoi qualifier cette *causa civilis*? Voilà ce que je ne comprends plus. Est-ce qu'il y a ici une création du droit civil, comme il y en a une dans la stipulation et dans l'*expensilatio*? Non, certes; en aucun pays, je ne serai considéré comme emprunteur, si les espèces dont je dois restituer l'équivalent ne m'ont pas été livrées, si elles ne sont pas devenues ma propriété. Nulle part aussi je ne puis être obligé à restituer, à titre

de commodataire, de dépositaire ou de gagiste, une chose qui ne m'aurait pas été remise. Dans ces quatre contrats, la nécessité d'une tradition est manifestement indiquée par la *naturalis ratio*. L'expression *causa civilis* manque donc ici d'exactitude, et, comme les textes ne l'emploient pas, je me crois fondé à dire qu'il était inutile de la faire intervenir.

« A l'égard des quatre contrats consensuels, où réside la cause de l'obligation ? Dans le consentement seul. Ces contrats ne sont, à bien considérer les choses, que des pactes que la loi, exceptionnellement, à cause de leur fréquence et de leur extrême utilité pratique, munit d'une action. Ici encore, et bien plus inexactement que tout à l'heure, les interprètes, dominés par cette prétendue nécessité de trouver toujours une *causa civilis* de l'obligation, se sont demandé où ils allaient la placer. Les uns, je dois dire presque tous, la voient dans le seul consentement, et à ceux-là je ne reproche aucune inexactitude quant au fond ; je leur reproche seulement de compliquer la matière en introduisant ici un langage contraire aux textes. D'autres ont placé ailleurs la *causa civilis* : ils la font résider, non pas dans le consentement, mais bien dans la réunion des conditions nécessaires pour que la convention constitue une vente, un louage, une société, un mandat. Par exemple, dans la vente, la *causa civilis*, ce serait la *merces* et le *pretium*. Dans le louage, ce serait la *res* et la *merces*, etc. Or, je le demande, qu'est-ce qu'il y a ici de civil? Quel élément trouverez-vous, dans la vente et dans le louage, qui puisse être considéré comme une création spéciale du droit civil? Est-ce que chez aucune nation vous comprenez une vente sans une chose vendue et sans un prix, un louage sans une chose louée et sans un prix, etc. ?

« Je me résume et je conclus :

« Je dis, premièrement, que l'expression *causa civilis* ne se rencontre pas dans les textes, pas du moins dans l'acception qu'on veut lui attribuer ici. Lisez notamment la loi 7 *De pactis* : il y est plusieurs fois question de *causa*, jamais de *causa civilis*. Appliquée sans distinction à tous les contrats, cette expression implique une idée profondément fausse, savoir que dans tout contrat il y aurait un élément de création artificielle. Cette expression se justifie, je l'accorde, à l'égard des contrats solennels. Elle ne se justifie plus à l'égard des contrats réels ; et, si c'est possible, elle se justifie moins encore pour les contrats consensuels. De là je tire à l'instant même une conclusion : c'est que partout où il n'y aura pas contrat, partout où nous rencontrerons une convention non garantie par la loi, nous saurions expliquer ce résultat par l'absence d'une *causa civilis*.

Cette prétendue explication n'explique rien du tout ; elle revient à dire que, là où il n'y a pas de contrat, c'est que la loi n'a pas voulu qu'il y en eût. Ce n'était vraiment pas la peine d'imaginer la théorie de la *causa civilis*, pour n'en tirer qu'une pareille naïveté.

« Je dis, en second lieu, et ici heureusement je n'ai plus personne à contredire, que le nombre des conventions munies d'actions, c'est-à-dire des contrats, a été rigoureusement limité par le droit ancien. Donc toute convention qu'il n'aura pas fait figurer dans ses cadres étroits, si utile, si morale qu'elle soit, et quelque certaine qu'elle soit, et quelque certaine qu'apparaisse la volonté des parties, sera destituée de toute protection juridique sérieuse. Les parties l'exécuteront s'il leur plaît de l'exécuter. Et pourquoi cela, me direz-vous? Pourquoi les Romains, qui protégent certaines conventions, abandonnent-ils les autres? Pourquoi ces préférences restreintes et ces dédains multipliés? Le voici, si je ne me trompe : le contrat type et régulier, le contrat romain par excellence, c'est la stipulation. Les Romains adoptent en principe cette forme, parce qu'elle imprime au consentement un caractère particulier de réflexion et de certitude. Pour eux, tous les contrats sont exceptionnels ; aussi est-ce toujours à propos de la stipulation que les jurisconsultes groupent ensemble et exposent les règles générales des contrats et obligations. Remarquez, au surplus, que cette forme de la stipulation, comme un vêtement élastique, s'adapte à toute espèce de convention ; c'est un moule flexible, dans lequel on peut jeter une opération juridique quelconque. (*Inst.*, § 3, *De divis. stipul.*, III, 18.) Donc, voulez-vous contracter ? voulez-vous faire naître une obligation? Faites une stipulation, tel est le principe. Maintenant il y des conventions tellement usuelles, comme la vente ou le *mutuum*, ou tellement basées sur l'équité seule, comme la société, que la loi, par exception, les affranchit de la nécessité de se convertir et de se fondre en une stipulation. Or, naturellement, les exceptions à la règle sont limitées au strict nécessaire. Je ne veux pas défendre cette théorie romaine ; je me borne à l'expliquer ; et vous voyez, je l'espère, que tout étroite qu'elle est elle ne présente rien d'absurde, les parties ayant presque toujours [1] à leur service le procédé de la stipulation. » (*Théorie des contrats innommés*, par M. Accarias, *professeur agrégé à la faculté de droit de Paris.*)

---

1. « Je dis *presque toujours*, et non pas *toujours*, parce que la stipulation implique la présence des parties, et n'est possible qu'entre personnes qui parlent et entendent. » (Gaïus, III, §§ 105 et 138.)

2034. *Des différentes divisions des contrats.* — Les contrats se divisent :

1° *En contrats de droit strict et en contrats de bonne foi.* — Le contrat de droit strict est celui par lequel le débiteur n'est tenu de fournir au créancier que ce qu'il a expressément promis, que ce à quoi il s'est formellement obligé. Le contrat de bonne foi est celui par lequel le débiteur est tenu de fournir au créancier non-seulement ce qu'il a expressément promis, non-seulement ce à quoi il s'est formellement obligé, mais encore tout ce qui est conforme à l'équité, à la bonne foi et à l'usage. — On voit que cette division des contrats est faite au point de vue de l'étendue de l'obligation du débiteur.

2° *En contrats synallagmatiques ou bilatéraux et en contrats unilatéraux.* — Le contrat synallagmatique ou bilatéral est celui par lequel toutes les personnes qui participent au contrat s'obligent Le contrat unilatéral est un contrat par lequel toutes les personnes qui participent au contrat ne s'obligent pas : dans le contrat unilatéral, il n'y a que l'une ou quelques-unes des personnes qui figurent au contrat qui s'obligent ; il y en a une ou quelques-unes qui ne s'obligent pas. — On voit que cette division des contrats est faite au point de vue du nombre des obligations produites par le contrat. Si toutes les personnes qui ont participé à un contrat se sont obligées, on dit que le contrat est synallagmatique ou bilatéral. Si, au contraire, parmi les personnes qui ont participé au contrat, il en est une ou quelques-unes qui ne se sont pas obligées, on dit que le contrat est unilatéral.

3° *En contrats nommés et en contrats innommés* — Les contrats nommés sont ceux qui ont été définis et sanctionnés par le droit civil, et qui ont reçu un nom du droit civil. Ce sont : le *mutuum*, le *commodatum*, le *depositum*, le *pignus*, la *stipulatio*, l'*expensilatio*, la vente, le louage, la société, le mandat. Les contrats innommés sont des contrats qui n'ont pas été reconnus ni sanctionnés par le droit civil, qui n'ont pas reçu un nom du droit civil, et qui n'ont été admis qu'assez tard dans la législation romaine. Mais cependant ils ont fini par être admis dans la législation romaine sous l'empire du travail et par l'influence des jurisconsultes. Pour qu'un contrat innommé pût se former, il fallait une convention synallagmatique, accompagnée ou suivie de l'exécution de la promesse de l'une des parties. Par suite de l'exécution de la promesse de l'une des parties, l'autre partie se trouvait obligée à exécuter la sienne, et elle pouvait être contrainte à l'exécuter par une action. Dans cette exécution de la promesse de l'une des parties, on avait reconnu une *causa obligationis* suffisante pour former un contrat. (L. 7, § 2, D.

2, 14.) Le nom de contrats innommés a été imaginé par les interprètes du droit romain. Du reste, l'origine de ce nom se trouve dans les textes des jurisconsultes romains. Au surplus, il est possible que, dans le langage ordinaire, quelques-uns de ces contrats innommés portent un nom particulier, par exemple, la *permutatio* ou l'échange.

2035. *Développement historique de la formation des contrats dans la législation romaine.* — M. le professeur Labbé a exposé d'une manière très-remarquable le développement historique de la formation des contrats dans la législation romaine, dans son cours de l'année 1868-1869. Je vais essayer de reproduire le plus exactement possible ce développement historique de la formation des contrats[1].

2036. « A l'origine, la législation romaine s'est occupée de deux actes, qui avaient une importance vitale, majeure, essentielle : l'aliénation à titre onéreux et le prêt d'argent. »

2037. « L'aliénation à titre onéreux était ce qu'on appelle, dans le langage moderne, la vente au comptant. C'était une aliénation faite moyennant un équivalent en monnaie immédiatement donné : c'est la mancipation. A l'origine, quand cet acte était sérieux, c'était une aliénation au comptant. Le *libripens* était présent pour peser les pièces de monnaie. — La mancipation n'était employée à cette époque que pour l'aliénation des choses les plus importantes. »

2038. « Dans le prêt de monnaie, qui s'accomplissait aussi dans des formes analogues à celles de la mancipation, les pièces de monnaie, données en prêt, étaient pesées aussi par le *libripens*. Ensuite des paroles ou termes solennels étaient échangés entre les parties, qui déterminaient les conditions dans lesquelles la restitution devrait être faite. De là naissait une obligation, l'obligation de restituer la somme prêtée. »

2039. « Une expression commune paraît avoir été employée pour désigner ces deux actes, l'aliénation au comptant et le prêt ; c'est l'expression *nexum*.

« Cependant cette expression était plus spécialement employée pour désigner le second acte, c'est-à-dire l'acte ayant pour but de créer une obligation. Pompeius Festus dit en effet : « *Nectere « ligare significat,* » et l'argent prêté dans cette forme se nommait *pecunia nuncupata*, parce que les paroles intervenues après la pesée se nommaient la *nuncupatio*.

« Ainsi ces deux actes, aliénation à titre onéreux au comptant

---

1. Tout ce passage (2035 à 2049) a été écrit par M. Lariche.

et prêt d'argent, avaient été définis et entourés de formes spéciales par l'ancien droit romain. Les auteurs de la loi des Douze-Tables avaient sans doute trouvé ces usages établis et les ont conservés, en les confirmant en ces termes : « *Cum nexum faciet mancipiumque, « uti lingua nuncupassit, ita jus esto.* »

2040. « A cette époque ancienne, si un citoyen romain voulait faire un dépôt, ou prêter pour un usage temporaire, ou remettre des biens en gage, la loi des Douze-Tables n'avait prévu aucune forme destinée à atteindre ces divers résultats. La pratique s'empara des formes des deux actes dont nous venons de parler. Dans tous ces cas, on admit qu'il y aurait une mancipation transportant la propriété au dépositaire, au commodataire, au créancier gagiste; que cette mancipation serait suivie de la *nuncupatio*, par laquelle le dépositaire, le commodataire, s'engagerait à retransférer la propriété. » (*Fragmenta Vaticana*, § 50.)

2041. « Le *nexum* fut ensuite employé pour créer toute espèce d'obligations, en dehors de celle qui avait pour cause un prêt d'argent. On pesait fictivement une somme d'argent, c'est-à-dire la somme était véritablement pesée, mais elle n'était pas remise en réalité à l'autre partie. De cette pesée fictive, suivie de la nuncupation, résultait l'obligation que les parties voulaient faire naître.

« On avait ainsi réussi à satisfaire un grand nombre de besoins de la vie sociale, et, à cette époque, on peut l'affirmer, l'obligation qui naissait *per æs et libram* était une obligation de droit civil propre aux seuls citoyens romains, et elle était aussi de droit strict. »

2042. « Mais peu à peu des innovations, difficiles à suivre dans leur développement, se produisirent. Les Romains, excellents administrateurs de leur fortune, tenaient des registres sur lesquels ils constataient les opérations juridiques par eux faites. Ainsi celui qui était devenu créancier *per æs et libram* constatait sur son registre qu'une certaine somme avait été par lui pesée, « *expensam latam,* » à un autre. — On finit par admettre que cette écriture engendrerait l'obligation, indépendamment de la réalité de la pesée *per æs et libram*, comme si la pesée avait été accomplie réellement. C'est ce qu'on appelle *expensilatio*, ou obligation *litteris*, née de l'écriture.

« La preuve que l'*expensilatio* dérive du *nexum*, c'est que l'écriture était toujours la mention d'une somme pesée. Cette forme était nécessaire, parce que le principe, l'origine de l'obligation résidait dans le *nexum*. »

2043. « Les paroles de la nuncupation ont fini par se détacher de la pesée d'argent et par former par elles-mêmes le principe, la

cause de l'obligation. Ainsi s'est constituée la stipulation, ou contrat formé par paroles. Le souvenir de cette origine de la stipulation s'est conservé dans les textes, par l'une des étymologies données par les jurisconsultes romains. Pompeius Festus nous dit en effet que ce mot dérive d'un mot désignant la monnaie, *stipem*, qui était un *nummum signatum*, argent revêtu d'un signe public.

« Ainsi la stipulation aurait commencé par donner lieu à des obligations de sommes d'argent.

2044. « Plus tard les formes entourant le prêt d'argent disparurent et l'on arriva à constituer le prêt par une simple dation d'argent. Ainsi s'est formé un nouveau contrat, le *mutuum*, qui est le *nexum* réduit à sa plus simple expression, et qui s'est bientôt appliqué aux choses de consommation. Ainsi le *mutuum* est un *nexum* dégagé de toutes formes accessoires. »

2045. « Cette simplification dans les formes correspond à un progrès notable dans le fond du droit. En effet, les nouvelles manières d'agir n'ont pas été réservées aux seuls citoyens romains. Pour le *mutuum*, il n'y a pas de doute : il est accessible aux pérégrins. — Quant à la stipulation, — à l'exception de la forme consistant dans les mots : *Spondesne? Spondeo*, qui a toujours été réservée aux citoyens romains, — elle peut être employée par les pérégrins. (Gaïus, III, § 93.) — Quant à l'*expensilatio*, il y a eu controverse et hésitation parmi les jurisconsultes romains sur l'extension, aux pérégrins, de l'*expensilatio* dans une de ses applications. Les divers contrats dont nous nous sommes occupés jusqu'à présent sont des contrats unilatéraux. Ils sont restés en quelque sorte sous l'empire de la loi des Douze-Tables, soumis à l'application de la règle : « *Uti lingua nuncupassit, ita jus esto.* » La tradition dans le *mutuum*, les paroles dans la stipulation, l'écriture dans l'*expensilatio*, fondent, pour ainsi dire, le droit. »

2046. « Mais la mancipation, accompagnée de la nuncupation, fut considérée comme insuffisante dans les cas où elle avait pour but de confier la garde d'une chose, ou de procurer l'usage temporaire d'une chose, ou de constituer une sûreté réelle. En effet, dans ces différentes hypothèses, des obligations réciproques pouvaient naître entre les parties. Alors il parut juste de sanctionner ces obligations réciproques, et pour atteindre ce but on imagina un contrat nouveau, présentant un caractère tout à fait nouveau, contrat bilatéral et de bonne foi. C'est le contrat de fiducie. (Gaïus, II, § 60.) C'est un contrat joint à la mancipation dans certains cas déterminés. Nous l'avons déjà rencontré, accompagnant la mancipation qui avait pour but l'émancipation des fils de famille.

2047. « Mais il y avait là des inconvénients considérables. En effet, lorsque arrivait le moment où la propriété devait être retransférée par le dépositaire, le commodataire, le créancier gagiste, — l'ancien propriétaire n'avait qu'un droit de créance, et le désavantage qui en résultait apparaît surtout dans deux hypothèses : soit lorsque le débiteur de la chose dont la propriété lui a été transférée, manquant à ses devoirs, a aliéné la chose ou l'a grevée de charges réelles, soit lorsqu'il est devenu insolvable, de sorte que l'ancien propriétaire, auquel la propriété doit être retransférée, subira le concours des autres créanciers de son débiteur. »

2048. « Ces inconvénients ont été corrigés par l'invention de contrats nouveaux, dans lesquels on ne transférera plus la propriété au dépositaire, au commodataire, au créancier gagiste; de telle sorte que, pour chaque hypothèse, un contrat nouveau surgit, sanctionné par une action nouvelle. Ce sont : le *depositum*, le *commodatum*, le *pignus*, contrats qui se forment *re*, c'est-à-dire par la remise de la possession de la chose. »

2049. « Enfin un dernier progrès fut accompli. Jusqu'à présent, nous n'avons trouvé aucun contrat dans lequel le seul consentement soit suffisant pour faire naître des obligations. Il faut qu'au consentement s'adjoignent des paroles, une écriture, ou la remise d'une chose, soit en propriété, soit en possession. Mais les Romains ont fini par admettre, dans certaines hypothèses, d'ailleurs peu nombreuses et soigneusement limitées, que le seul consentement suffirait pour faire naître des obligations. C'est dans des cas où une importance pratique considérable exigeait que la convention des parties fût sanctionnée sans l'intervention nécessaire d'aucune formalité. C'est ce qui été admis pour la vente, contrat valable dès que le consentement est intervenu. La vente sera donc désormais bien différente de ce qu'elle était à l'origine, lorsqu'on l'appelait *venumdatio* ou *mancipatio*. Elle pourra se faire à crédit, sans livraison et sans paiement immédiats. — C'est ce qui a été admis aussi pour le louage, la société et le mandat. »

2050. Dès lors, au point de vue de la manière dont les contrats se sont formés, on peut les diviser en quatre classes : contrats formés *re*, *verbis*, *litteris*, *solo consensu*. Tel est l'ordre indiqué par les *Institutes*. Mais cet ordre n'est certainement pas, on vient de le voir, conforme aux données historiques.

2051. *Observation relative à tous les contrats*. — Parmi les divers éléments d'un contrat, il en est qui sont *essentiels;* d'autres qui sont *naturels*; enfin il en est d'autres qui sont *accidentels*.

Les éléments essentiels sont ceux sans lesquels un contrat ne

peut se former ni exister. Par exemple, dans la vente, le prix est un élément essentiel à la formation et à l'existence de la vente. — Les éléments naturels sont ceux qui résultent des règles générales du droit et qui sont sous-entendus dans les contrats, et qui ne peuvent être exclus que par une convention expresse. — Les éléments accidentels sont ceux que les parties introduisent dans un contrat par une convention : Papinien les appelle *adminicula*. (L. 72. D 18, 1.)

CHAPITRE PREMIER

CONTRATS QUI SE FORMENT RE

(*Inst.*, III, XIV.)

2052. Pour qu'un contrat puisse se former *re*, il faut d'abord une convention ; il faut en outre que cette convention soit accompagnée ou suivie soit d'une *datio*, c'est-à-dire de la translation de propriété d'une chose, soit de l'exécution d'un fait. En un mot, pour qu'il y ait contrat formé *re*, il faut qu'outre la convention il y ait *aliquid datum aut factum*. Exemple : Primus et Secundus conviennent que Primus donnera son cheval à Secundus et que Secundus donnera son bœuf à Primus. Après que cette convention est faite, aucune des parties n'est obligée, car la simple convention ne suffit pas pour créer une obligation. Mais aussitôt que Primus, par exemple, aura livré son cheval à Secundus, il y aura de la part de Primus *aliquid datum;* Secundus sera obligé *re*, c'est-à-dire à raison du profit qu'il a retiré. — Autre exemple : Primus et Secundus conviennent que Primus donnera son esclave Stichus à Secundus, et que Secundus fera un voyage à Carthage dans l'intérêt de Primus. Après cette convention, aucune des parties n'est obligée, parce que le simple pacte ne suffit pas pour créer une obligation. Mais aussitôt que Secundus aura fait le voyage à Carthage, dans l'intérêt de Primus, il y aura, de la part de Secundus, *aliquid factum;* Primus sera obligé *re*, c'est-à-dire à raison du profit qu'il a retiré du voyage de Secundus.

En résumé, ce qui constitue la *res*, dans les contrats qui se forment *re*, c'est l'exécution d'une convention synallagmatique intervenue entre deux personnes.

Il y a deux classes de contrats qui se forment *re* : 1° les contrats *re* nommés ; 2° les contrats *re* innommés.

Les contrats *re* nommés sont ceux qui ont été définis et sanctionnés par le droit civil, et qui ont reçu un nom du droit civil. Ce

sont le *mutuum*, le *commodatum*, le *depositum* et le *pignus*. Les contrats *re* innommés sont ceux qui n'ont pas été reconnus, ni sanctionnés par le droit civil, et qui n'ont pas reçu un nom du droit civil, mais qui, cependant, ont fini par être admis dans la législation romaine, sous l'influence du travail et de l'autorité des jurisconsultes romains. Pour la formation de ces contrats *re* innommés, il fallait, comme pour la formation des contrats *re* nommés, une convention synallagmatique accompagnée ou suivie de l'exécution de la promesse de l'une des parties. Il fallait aussi qu'il y eût *aliquid datum aut factum*. (L. 7, § 2. D. 2, 14.) — Nous étudierons plus tard ces contrats *re* innommés.

ARTICLE PREMIER. — DU MUTUUM

§ Ier. — DÉFINITION

2053. Le *mutuum* est un contrat par lequel une personne, qui a reçu une ou plusieurs choses, s'oblige à rendre une chose pareille, ou des choses de même nature et de même qualité. Ainsi le *mutuum* est un contrat qui se forme *re*, c'est-à-dire par la tradition d'une ou plusieurs choses, faite par une personne à une autre. Mais pour que le *mutuum* puisse ainsi se former il faut que la tradition soit une *datio*, c'est-à-dire une translation de propriété. Tant que la dation n'est pas effectuée, il n'y a pas de contrat formé, parce que celui qui s'oblige à restituer ne peut pas être obligé avant d'avoir reçu.

Si une personne promet à une autre personne de lui *dare*, dans quelques jours par exemple, une somme d'argent en *mutuum*, il n'y a là qu'une simple convention qui n'oblige pas celui qui a promis de fournir cette somme.

Le *mutuum* correspond, dans notre droit, à ce que nous appelons prêt de consommation.

§ II. — QUELLES SONT LES CHOSES QUI PEUVENT FAIRE L'OBJET D'UN MUTUUM

2054. Le *principium* de notre titre dit que ce sont les choses qui s'apprécient d'après leur poids, leur nombre ou leur mesure :

Pr. « Une obligation se contracte *re*, comme dans la dation d'un *mutuum*. Or la dation du *mutuum* consiste dans les choses qui s'apprécient par leur poids, leur nombre ou leur mesure, comme le vin, l'huile, le blé, la monnaie, l'airain, l'argent, l'or. En comptant, en mesurant ou en pesant ces choses, nous les *donnons* dans le but d'en rendre propriétaires ceux qui les reçoivent.

Et comme ce ne sont pas les mêmes choses, mais des choses de même nature et de même qualité, qui devront nous être rendues, de là est venu le nom du *mutuum*, parce que ce qui t'est donné, de mien devient tien (*ex meo tuum*). De ce contrat naît une action, qui s'appelle *condictio*. »

Les choses qui s'apprécient d'après leur poids, leur nombre ou leur mesure sont des choses à l'individualité desquelles les parties n'attachent aucune importance. Les parties ne les prennent en considération qu'au point de vue de leur poids, de leur nombre ou de leur mesure. — Il n'est pas inexact de dire que ces choses sont des choses *fongibles*, c'est-à-dire des choses qui, dans l'intention des parties, peuvent se remplacer les unes par les autres, dont l'une peut remplir la fonction de l'autre.

On emploie aussi le mot *quantités* pour désigner ces choses. A ces choses, qui s'apprécient d'après leur poids, leur nombre ou leur mesure, et qu'on appelle choses fongibles ou quantités, on oppose les *corps certains*, que les Romains appelaient *species*. (L. 29. — L. 54. D. 45. 1.) Le corps certain ou *species* est un objet désigné par son individualité. Si je veux indiquer un corps certain, une *species*, qui m'appartient, je dirai, par exemple : mon esclave Stichus.

2055. Il ne faut pas croire que les choses qui se consomment par le premier usage qu'on en fait puissent seules faire l'objet d'un *mutuum*. Souvent, il est vrai, le *mutuum* portera sur des choses qui se consomment par le premier usage ; mais toute autre chose peut également faire l'objet d'un *mutuum*. Il dépend complétement de la volonté des parties de prendre pour objet de leur *mutuum* telles choses que bon leur semble. Il y aura *mutuum* dès qu'il sera convenu entre deux personnes que ce ne seront pas les choses mêmes qui seront restituées, mais des choses de même nature et de même qualité. Ainsi je vous prête un exemplaire d'un certain ouvrage, dont j'ai l'habitude de me servir, auquel je suis habitué ; j'entends que c'est cet exemplaire même que vous me rendrez, et vous-même vous n'avez pas la prétention de me rendre un autre exemplaire du même ouvrage, puisque vous savez que je tiens à celui que je vous prête. Dans ce cas, il n'y a pas *mutuum ;* il y a un contrat, appelé *commodatum*, dont nous étudierons les règles après avoir étudié les règles du *mutuum*. Au contraire, supposons qu'un libraire prête, par exemple, cent exemplaires d'un certain ouvrage à un autre libraire, son voisin, qui n'en a plus dans son magasin, et qui prévoit qu'on va venir lui en acheter, avant qu'il n'ait eu le temps d'en envoyer chercher chez l'éditeur? Le libraire, qui prête ces exemplaires à son confrère, n'entend pas que ce sont ces

exemplaires qui lui seront rendus, identiquement les mêmes, puisqu'il sait que son confrère les lui emprunte pour les vendre, de même que celui-ci n'a pas non plus l'intention de rendre ces mêmes exemplaires, puisqu'il les emprunte pour les vendre. Il rendra cent autres exemplaire du même ouvrage, après s'en être procuré chez l'éditeur. — Dans cette dernière hypothèse, il y a *mutuum*, parce que la volonté des parties est que ce ne soient pas les choses mêmes qui sont prêtées qui doivent être rendues, mais des choses de même nature et de même qualité. Une certaine quantité de terres peut même être donnée en *mutuum* par une personne à une autre, qui s'oblige à lui rendre une autre quantité de terres de même nature et de même qualité, dans un autre lieu. — En résumé, toutes espèces de choses peuvent faire l'objet d'un *mutuum*, si telle est la volonté des parties.

2056. Nous savons que, pour qu'il y ait *mutuum*, il faut qu'il y ait une *datio*, c'est-à-dire une translation de propriété d'une personne à une autre. C'est même de là qu'est dérivé le nom de *mutuum*, comme le remarque Justinien dans le *principium* de notre titre : « *Unde etiam mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat.* » De même le jurisconsulte Paul dit plus élégamment : « *Appellata est mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit : et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio.* » (L. 2, § 2. D, 12, 1.) Si la tradition, faite pour opérer la *datio*, ne transfère pas la propriété de la chose ou des choses livrées, il n'y a pas *mutuum*.

2057. Puisque, pour qu'il y ait *mutuum*, il faut qu'il y ait *datio*, c'est-à-dire translation de propriété, il s'ensuit que, pour que le *mutuum* puisse se former, il faut que celui qui prête soit propriétaire des choses qu'il prête et capable de les aliéner; car celui-là seul peut aliéner une chose, qui en est propriétaire et qui est capable de l'aliéner. En conséquence :

1° Si le prêteur n'est pas propriétaire des choses qu'il prête, il n'y a pas *mutuum*... Celui qui a reçu les choses n'est pas civilement obligé envers lui; mais il est exposé à l'action en revendication du propriétaire de ces choses. — Si, avant que le propriétaire revendique, celui qui a reçu les choses les a consommées, c'est-à-dire les a employées de manière qu'elles aient perdu leur individualité, qu'elles ne soient plus reconnaissables, alors il devient débiteur, envers celui qui lui a livré les choses, comme s'il y avait eu un *mutuum* : il est obligé *re*, c'est-à-dire à raison du profit qu'il a retiré. En effet, celui qui a reçu les choses n'étant plus exposé à la revendication du propriétaire, par suite de l'usage qu'il a fait des choses à lui livrées, il y aurait mauvaise foi de sa part à ne pas vouloir

restituer, à celui qui lui a livré les choses, l'équivalent de ce qu'il en a reçu. Aussi le prêteur aura contre lui la *condictio certi* pour obtenir la valeur exacte des choses qu'il lui a livrées. (L. 13, § 1. D. 12, 1.)

2° Si le prêteur, bien que propriétaire, est incapable d'aliéner, il n'y a pas *mutuum* : en effet, le prêteur est resté propriétaire. En conséquence, il a, pour réclamer les choses prêtées, l'action qui appartient à tout propriétaire, c'est-à-dire la revendication. — Mais si l'emprunteur a consommé les choses prêtées, c'est-à-dire les a employées de telle manière qu'elles aient perdu leur individualité, qu'elles ne soient plus reconnaissables, la revendication n'est plus possible. Quelle action le prêteur aura-t-il? Il faut distinguer : 1° Si l'emprunteur a consommé de bonne foi les choses prêtées, c'est-à-dire s'il a ignoré que le prêteur était incapable, les jurisconsultes romains disent qu'il se trouve obligé comme s'il y avait eu *mutuum*. En effet, par suite de l'usage qu'il a fait des choses prêtées, l'emprunteur a retiré le même profit que s'il en était devenu propriétaire. En conséquence, le prêteur aura la *condictio certi*, par laquelle il obtiendra la valeur exacte des choses prêtées. De plus, s'il avait accordé un terme à l'emprunteur pour le remboursement des choses prêtées, il pourra néanmoins exercer de suite la *condictio certi*. — 2° Si l'emprunteur a consommé de mauvaise foi les choses prêtées, c'est-à-dire s'il a su que le prêteur était incapable, le prêteur aura contre lui l'action *ad exhibendum* pour obtenir, non-seulement la valeur exacte des choses prêtées, mais encore le montant de l'intérêt qu'il avait à ne pas perdre la propriété de ces choses. (*Inst.*, liv. II, tit. VIII, § 2. — L. 19, § 1. D. 12, 1.)

2058. Nous avons vu déjà une application de cette règle d'après laquelle il n'y a pas *mutuum* lorsque le prêteur, bien que propriétaire, est incapable d'aliéner. C'est le cas où un pupille a fait un *mutuum* sans l'*auctoritas* de son tuteur. Cette hypothèse est prévue aux *Institutes*, liv. II, tit. VIII, § 2 : « Nous devons avertir que ni le pupille ni la pupille ne peuvent aliéner sans l'*auctoritas* de leur tuteur. Donc, si un pupille livre à quelqu'un une somme d'argent en prêt, il ne fait pas naître d'obligation à son profit : *non contrahit obligationem*. En conséquence, les écus peuvent être revendiqués dans quelque lieu qu'ils se trouvent. Mais si les écus ont été consommés de bonne foi par celui auquel le pupille les a livrés en prêt ils pourront être réclamés par la *condictio;* s'ils ont été consommés de mauvaise foi, ils peuvent être réclamés par l'action *ad exhibendum*. »

§ III. — DIFFÉRENCE ENTRE LA CONDICTIO CERTI EX MUTUO ET LA *REVENDICATION*

2059. Le pupille, on vient de le voir, pourra agir par revendication ; les effets de cette action *réelle* sont différents des effets de la *condictio ex mutuo*, qui est une action personnelle. Ainsi : 1° si les deniers prêtés périssent, la revendication n'est plus possible. — La *condictio*, au contraire, s'exercerait dans ce cas. — 2° La revendication suivra, entre les mains des tiers, les deniers aliénés par l'*accipiens*. — La *condictio*, au contraire, ne s'exerce que contre l'*accipiens* lui-même ; tant pis s'il est insolvable ! — 3° Par la même raison, en cas d'insolvabilité du débiteur, le pupille, par la revendication, récupérera ses deniers s'ils existent en nature ; par la *condictio*, le *tradens* concourrait seulement avec les autres créanciers au prorata de sa créance.

§ IV. — PAIEMENT DE L'INDU ET MUTUUM

2060. Le § 1 de notre titre rapproche du *mutuum* le paiement de l'indu, pour indiquer les différences et les ressemblances avec le *mutuum*. Il y a paiement de l'indu lorsqu'une personne, se croyant débitrice d'une autre personne, tandis qu'en réalité elle ne l'est pas, donne quelque chose en paiement à cette personne :

§ 1. « Celui qui reçoit ce qui ne lui est pas dû, d'une personne qui le lui a payé par erreur, est obligé *re*, et une action, appelée *condictitia*, est donnée à celui qui agit pour réclamer ce qu'il a indûment payé. En effet, on peut répéter contre lui en ces termes : « *Si paret dare oportere*, » s'il apparaît qu'il doit donner, — comme s'il avait reçu un *mutuum*. Ainsi le pupille qui, sans l'*auctoritas* de son tuteur, a reçu ce qui ne lui était pas dû, par suite de l'erreur de celui qui a payé, n'est pas plus tenu de la *condictio indebiti* qu'il ne le serait en vertu d'un *mutuum*. Mais l'espèce d'obligation, qui résulte du paiement de l'indu, ne paraît pas naître d'un contrat, car celui qui donne dans l'intention de faire un paiement veut bien plutôt éteindre une obligation qu'il croit exister que faire naître une obligation. »

2061. Examinons quelques hypothèses particulières.

Un *mutuum* peut-il se former sans qu'il y ait tradition réelle des choses prêtées, dans le but d'opérer la dation nécessaire à la formation du *mutuum* ? Oui. Cela peut arriver dans un cas particulier. On sait que la tradition est la remise de la possession d'une chose d'une personne à une autre. On sait également que la possession se compose de deux éléments : du fait d'avoir la chose possédée à sa disposition, en son pouvoir, du *corpus*, et de la *volonté* de s'en considérer comme propriétaire, de l'*animus rem sibi habendi*. Or, supposons

que celui qui veut emprunter certaines choses les ait déjà reçues à titre de dépôt? Par suite du dépôt, il n'a encore que l'un des éléments de la possession : la détention ou *possessio naturalis*. L'autre élément, l'*animus domini*, lui manque encore. Eh bien! pour qu'il ait l'*animus domini*, il suffit que le propriétaire des choses déposées déclare qu'il lui en transfère la propriété : alors il y a translation de propriété du déposant au dépositaire, en vertu de leurs volontés, en vertu de leur simple convention. Tel était l'avis du jurisconsulte Ulpien et de plusieurs autres jurisconsultes : « J'ai déposé chez toi dix écus. Ensuite je t'ai permis d'en user. Nerva et Proculus disent qu'avant qu'ils soient déplacés je puis te les demander par la *condictio*, comme argent prêté. C'est ce qui a paru vrai aussi à Marcellus, parce que le dépositaire a commencé à posséder par sa volonté; en conséquence, les risques passent à celui qui a demandé qu'on lui prêtât ces écus, et la *condictio* pourra être exercée contre lui. » (L. 9, § 9. D. 12, 1.) De même le jurisconsulte Paul dit : « *Si pecuniam deposuero, eaque uti tibi permisero, mutua magis videtur quam deposita.* » (Paul, *Sent.*, II, XII, § 9.) Ainsi, dans cette hypothèse, par leurs seules volontés, par leur simple convention, les parties ont pu transformer un dépôt en *mutuum*. Cela se comprend. En effet, par leur simple changement de volontés, la *possessio naturalis* qu'avait le dépositaire s'est transformée en une possession *cum animo domini*, et, par là même, l'*accipiens* est devenu propriétaire sans qu'il y ait eu translation directe, à titre de propriété. — On voit que, dans cette hypothèse, il est inutile de recourir à l'idée d'une tradition pour expliquer la translation de propriété, comme le faisaient nos anciens commentateurs du droit romain.

Il y avait d'autres hypothèses, dans lesquelles les jurisconsultes se demandaient si une somme d'argent due, en vertu d'un certain contrat, pouvait être donnée en *mutuum*, sans qu'il y eût translation directe de propriété par une tradition du prêteur à l'emprunteur. Cette question était discutée par les jurisconsultes romains dans trois hypothèses.

1re *Hypothèse.*—Un créancier charge un de ses débiteurs, qui est devenu son débiteur pour une cause quelconque, de payer la somme due à telle personne qu'il lui désigne? Dans ce cas, il avait été admis, sans beaucoup de controverses, que lorsque cette personne avait reçu la somme due il y avait *mutuum*, bien que les écus prêtés n'eussent jamais appartenu au prêteur.

2e *Hypothèse.*—Un créancier convient avec son débiteur que celui-ci pourra conserver, à titre d'argent prêté, l'argent qu'il lui doit en vertu d'un autre contrat? Il avait été encore admis, dans ce cas,

mais après quelques controverses, qu'il y avait *mutuum*, bien que les écus donnés en prêt n'eussent jamais appartenu au prêteur.

3e *Hypothèse*.—Le propriétaire d'une chose la remet à une personne en la chargeant de la vendre et d'en conserver le prix à titre de prêt? Dans ce cas, pourra-t-il y avoir *mutuum*, bien que les écus n'aient jamais appartenu au prêteur? Relativement à cette troisième hypothèse, les jurisconsultes Africain et Ulpien étaient en désaccord. Africain soutenait qu'il ne pouvait pas y avoir un *mutuum*. Ulpien, au contraire, prétendait que le *mutuum* était possible. On peut se rendre compte de la divergence d'opinions entre ces deux jurisconsultes, sur cette question, par la lecture de la traduction des deux textes suivants. Le premier est d'Africain ; le second est d'Ulpien.

« Quelqu'un qui administrait, en qualité de mandataire, les biens de Lucius Titius, ayant reçu de l'argent des débiteurs de celui-ci, lui envoya une lettre par laquelle il lui annonçait qu'il avait chez lui une certaine somme provenant de son administration, et qu'il la lui devrait comme argent prêté, avec les intérêts à six pour cent par an. On s'est demandé si, en vertu de cette déclaration, l'argent pouvait être réclamé comme argent prêté, et si des intérêts pouvaient être exigés? Le jurisconsulte a répondu qu'il n'y a pas argent prêté ; sinon, il faudrait dire que de tout contrat on pourrait, par une simple convention, faire un prêt d'argent. — Et il ne faut pas assimiler ce cas à celui où il est convenu que tu auras comme argent prêté celui qui a été déposé chez toi, cas auquel il y a réellement prêt, parce qu'alors les écus qui étaient miens deviennent tiens. Il ne faut pas non plus déduire un argument de ce que, si je t'ai chargé de recevoir de mon débiteur de l'argent, cet argent devient argent prêté ; car cela a été admis par faveur. Une preuve à l'appui de cette opinion, c'est que celui qui, voulant prêter de l'argent, a remis à quelqu'un de l'argenterie pour la vendre, ne sera pas admis à réclamer le prix comme argent prêté, et cependant les écus provenant de la vente de l'argenterie seront aux risques de celui qui a reçu cette argenterie. Dans l'hypothèse proposée, on doit donc dire que le mandataire sera tenu de l'action de mandat, de manière que, bien que les écus aient été à ses risques, il doit cependant payer les intérêts convenus. « (L. 34. D. 17, 1. Texte d'Africain.)

« Des règles particulières ont été admises en matière de prêt d'argent. En effet, si j'ai ordonné à mon débiteur de te donner de l'argent, tu es obligé envers moi, bien que ce ne soient pas mes écus que tu aies reçus. Ce qui est ainsi admis, dans l'hypothèse de deux personnes, doit donc être admis dans l'hypothèse d'une seule

et même personne ; de sorte que, si tu me dois une somme pour cause du mandat, et qu'il soit convenu que tu la retiendras à titre de prêt, l'argent paraîtra m'avoir été donné et être ensuite passé de toi à moi. » (L. 15. D. 12, 1. Texte d'Ulpien.)

« Tu m'as demandé de te prêter de l'argent ; comme je n'en avais pas, je t'ai donné un plat en argent ou un lingot d'or pour le vendre, afin que tu puisses te servir du prix ; si tu le vends, je crois que le prix est devenu argent prêté. Que si tu as perdu, sans ta faute, ce plat ou ce lingot, avant que tu ne l'aies vendu, a-t-il péri pour moi ou pour toi? C'est une question : la distinction de Nerva me paraît très-exacte. Il pense, en effet, qu'il importe d'examiner si j'avais ou n'avais pas l'intention de le vendre. Si j'avais l'intention de le vendre, il a péri pour moi, aussi bien que si je l'avais donné à vendre à un autre. Que si je n'ai pas eu l'intention de le vendre, mais si j'ai pris la résolution de le vendre, seulement afin de te permettre de te servir du prix, il aura péri pour toi, surtout si j'ai prêté sans intérêt. » (L. 11. D. 12, 1. Texte d'Ulpien.)

§ V. — DE L'OBLIGATION DE RESTITUER LES CHOSES PRÊTÉES

2062. Le *mutuum* est un contrat unilatéral. Il n'engendre qu'une seule obligation, qui est à la charge de l'emprunteur. Cette obligation consiste en ce que l'emprunteur doit restituer des choses pareilles en quantité et en qualité à celles qu'il a reçues, quelle que soit, au moment de la restitution, la valeur des choses qu'il doit restituer. Si des choses que l'emprunteur doit restituer ont, au moment de la restitution, une valeur inférieure à celle qu'avaient, au moment du prêt, les choses qu'il a reçues, tant mieux pour lui. Il profitera de la différence entre la valeur des choses qu'il a reçues et la valeur des choses pareilles qu'il doit restituer.—A l'inverse, si les choses que l'emprunteur doit restituer ont, au moment de la restitution, une valeur supérieure à celle qu'avaient, au moment du prêt, les choses qu'il a reçues, tant pis pour lui. Il perdra la différence qui existe entre les choses qu'il a reçues et la valeur de celles qu'il restitue.

Il est possible que les choses que l'emprunteur est tenu de restituer aient, au moment de la restitution, une valeur très-supérieure à la valeur de celles qu'il a reçues au moment du prêt ; de sorte que peut-être l'emprunteur, pour éviter la perte résultant de cette différence, refusera de faire la restitution de choses pareilles à celles qu'il a reçues. Dans ce cas, il sera condamné par le juge à payer la

valeur exacte que ces choses avaient au moment où elles devaient être restituées.

La restitution doit être faite au terme convenu. Si les parties n'ont pas fixé le jour de la restitution, c'est le juge qui le fixera.

2063. Le *mutuum* est un contrat de droit strict. Il en résulte que l'emprunteur est tenu seulement de restituer ce qu'il a expressément promis de restituer, c'est-à-dire ce à quoi il s'est réellement obligé, et ce qu'il doit restituer d'après les règles du droit romain sur le *mutuum*. S'il est convenu que l'emprunteur restituera plus qu'il n'a reçu, cette convention est nulle, et l'emprunteur n'est tenu de rendre que ce qu'il a reçu. C'est ce que dit formellement le jurisconsulte Paul : « *Si tibi decem dem et paciscar ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem : re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.* » (L. 17 pr. D. 2. 14.) — Toutefois cette convention engendre une obligation naturelle, de sorte que, si l'emprunteur rembourse l'excédant, il ne pourra pas répéter; en d'autres termes, s'il réclame ce qu'il a payé en surplus, il sera repoussé par l'exception de dol. (L. 5. § 2. D. 46, 3.)

De même, d'après les règles du droit romain sur le *mutuum*, l'emprunteur d'une somme d'argent n'en doit pas les intérêts.

2064. Si, au moment du prêt, les parties conviennent, par simple pacte, que l'emprunteur payera des intérêts, l'emprunteur ne doit nullement les intérêts convenus : « *Si pactum nudum de præstandis usuris interpositum sit, nullius est momenti; ex nudo enim pacto inter cives romanos actio non nascitur.* » (Paul, *Sent.*, II, XIV, § 1. — L. 11, § 1. D. 12, 1.) — Ainsi, lorsque l'emprunteur a promis, par simple pacte, de payer des intérêts, il n'est pas obligé à payer les intérêts convenus, parce qu'un simple pacte est insuffisant pour engendrer une obligation et une action. — En outre, le *mutuum* est un contrat qui se forme *re*. Or, d'après les règles du droit romain sur le *mutuum*, la *res* ne comprend que ce qui a été prêté. En conséquence, si le *mutuum* a pour objet une somme d'argent, la *res* ne comprend que le capital prêté.

2065. Toutefois la convention de payer des intérêts engendre, à la charge de l'emprunteur, une obligation naturelle, de sorte que, si l'emprunteur paye, même par erreur, les intérêts convenus, il ne pourra pas en exercer la répétition.

A l'époque des jurisconsultes classiques, l'intérêt légal était du centième du capital, payable chaque mois : *centesima usura*. En payant, chaque mois, le centième du capital, on arrivait à un intérêt de douze pour cent par an. — Les mots *semises usuræ* désignaient la moitié du centième du capital, c'est-à-dire six pour cent, moitié

de l'intérêt ordinaire. Les mots *trientes usuræ* désignaient le quart du centième du capital, c'est-à-dire quatre pour cent.

2066. Par exception, la simple convention de payer des intérêts suffisait pour obliger l'emprunteur à payer les intérêts convenus, dans les hypothèses suivantes :

1° Dans un certain contrat, que nous appelons, en France, prêt à la grosse aventure. Ce contrat de prêt à la grosse aventure est un contrat par lequel un armateur de navire emprunte à un capitaliste une certaine somme d'argent pour équiper un navire et pour transporter des marchandises, et il est convenu que, si le navire fait naufrage, l'emprunteur n'aura rien à rembourser au prêteur; que si, au contraire, le navire arrive à destination, l'emprunteur devra rembourser au prêteur, non-seulement le capital prêté, mais encore tel chiffre d'intérêts qu'il leur aura plu de stipuler. — Dans le contrat de prêt à la grosse aventure, la convention de payer des intérêts suffisait pour obliger l'emprunteur à payer les intérêts convenus. De plus, les parties étaient libres de stipuler tel chiffre d'intérêts qu'il leur plaisait. (L. 6. D. 22, 2.)

L'intérêt convenu, dans le prêt à la grosse aventure, prend le nom de *nauticum fœnus.* — Quant à la somme fournie, elle prend le nom de *pecunia trajectitia,* lorsqu'elle est fournie à un armateur pour équiper un navire et transporter des marchandises. C'est ce que dit le jurisconsulte Paul : « *Trajectitia pecunia, propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest.* (Paul, *Sent.*, II, XIV, § 3.) — La somme fournie porte encore le nom de *trajectitia pecunia* lorsque c'est elle-même qui doit être transportée par navire au delà des mers : « *Trajectitiam pecuniam, quæ periculo creditoris datur, tamdiu liberam esse ab observatione communium usurarum, quamdiu navis ad portum adpulerit, manifestum est.* Il est manifeste que la somme *trajectitia,* qui est donnée aux risques du créancier, est libre de l'observation des règles des intérêts ordinaires, tant que le navire n'est pas arrivé au port. » (L. 1. C. 4, 33.)

2° En cas de prêts de denrées ou de fruits, la simple convention de payer des intérêts oblige l'emprunteur à payer les intérêts convenus : « *Frumenti vel hordei mutuo dati accessio etiam ex nudo pacto præstanda est.* L'accessoire (l'intérêt) du blé ou de l'orge, *donnés en mutuum,* doit être payé, même en vertu d'un simple pacte. » (L. 12. C. 4, 32.) « *Oleo quidem vel quibuscumque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio additamenta usurarum ejusdem materiæ suasit admitti.* De l'huile ou des fruits quelconques étant donnés en *mutuum,* le compte d'un prix incertain veut qu'une adjonction d'intérêts de même nature soit admise. » (L. 23. C. 4, 32.)

3° En cas de prêt d'argent fait par une ville, la simple convention de payer des intérêts oblige l'emprunteur à payer les intérêts convenus. (L. 30. D, 22, 1.)

4° Enfin Justinien a décidé qu'en cas de prêts d'argent faits par les banquiers, *argentarii*, la convention de payer des intérêts obligerait l'emprunteur à payer les intérêts convenus. (*Nov.*, 136, ch. 4.)

§ VI. — DES RISQUES DES CHOSES PRÊTÉES

2067. Lorsqu'une fois l'emprunteur a reçu les choses prêtées, les risques de ces choses sont à sa charge, c'est-à-dire que, si elles viennent à périr par cas fortuit ou si elles lui sont enlevées par un voleur, il devra en supporter la perte, en ce sens qu'il restera obligé à restituer des choses pareilles, en quantité et qualité, à celles qu'il a reçues : « *Et ille quidem, qui mutuum accepit, si quolibet casu, quod accepit, amiserit, nihilominus obligatus permanet.* » (L. 1, § 4. D. 44, 7.)

§ 2. « ... Celui qui a reçu un *mutuum* — si, par quelque cas fortuit, il a perdu ce qu'il a reçu, par exemple par un incendie, une ruine, un naufrage, un vol, une incursion d'ennemis — reste néanmoins obligé. »

2068. Toutefois la charge des risques, pour l'emprunteur, n'est pas un des éléments essentiels du *mutuum*, c'est un élément naturel. Aussi les parties peuvent convenir que les risques ne seront pas à la charge de l'emprunteur et qu'ils resteront à la charge du prêteur. (N° 2049.)

§ VII. — DE L'ACTION QUI RÉSULTE DU *MUTUUM* AU PROFIT DU PRÊTEUR

2069. Du *mutuum* résulte une action appelée *condictio*, par laquelle le prêteur peut exiger de l'emprunteur la restitution des choses prêtées. Nous verrons la *condictio* résulter de plusieurs autres contrats, et même de plusieurs autres faits juridiques qui ne sont pas des contrats.

Il y a, comme nous le verrons plus tard, deux espèces de *condictio* : la *condictio certi* et la *condictio incerti*.

En vertu du *mutuum*, l'emprunteur seul est obligé. Aussi, au premier abord, on a peine à comprendre que le prêteur puisse être obligé. Et cependant le prêteur peut devenir débiteur de l'emprunteur dans certains cas :

1° Le prêteur a livré à l'emprunteur des choses vicieuses, des choses gâtées, dont l'emprunteur n'a pu faire usage. Il serait injuste que l'emprunteur fût tenu de restituer une pareille quantité de

choses de bonne qualité. Dans ce cas, le défaut d'usage des choses prêtées ne donnera pas à l'emprunteur une action, mais une exception : l'exception de dol. En effet, si le prêteur, dans ce cas, a l'audace de réclamer à l'emprunteur une quantité de choses de bonne qualité égale à la quantité de choses gâtées qu'il a prêtées, l'emprunteur repoussera son action par l'exception de dol.

2° Il peut se faire que, par suite des vices des choses prêtées, l'emprunteur ait éprouvé une perte ; par exemple, le prêteur lui a prêté du vin gâté, que l'emprunteur a mélangé avec du bon vin, de sorte qu'il a gâté le tout? Dans ce cas, l'emprunteur aura une action pour se faire indemniser du montant de la valeur de son bon vin qu'il a perdu. Mais cette action ne résulte pas du *mutuum*. Elle résulte du préjudice qu'il a éprouvé. C'est le prêteur qui lui accordera cette action, appelée action *præscriptis verbis*, et dont nous étudierons plus tard les caractères, le but et les applications diverses.

§ VIII. — PREUVE DU *MUTUUM*

2070. Nous verrons plus tard que celui qui se prétendait créancier en vertu d'un *mutuum* devait, comme tout créancier, prouver sa créance ; mais qu'il ne pouvait la prouver par un écrit chirographaire, émané de la main de son débiteur ; et nous verrons la cause de cette règle.

§ IX. — DIFFÉRENCES ENTRE LE *MUTUUM* ET LE *QUASI-USUFRUIT*

2071. Le *mutuum*, qui, au premier abord, ressemble au quasi-usufruit, en diffère : 1° par *le mode* de constitution (*contrat* au lieu de *testament*) ; 2° par son *terme* : le *mutuum* est fait pour un temps déterminé ; le quasi-usufruit ne s'éteint qu'à la mort de l'usufruitier ; 3° par la *satisdatio* que le quasi-usufruitier doit donner au nu-propriétaire, et qui n'existe pas dans le *mutuum* ; 4° par la *transmissibilité* du droit de l'emprunteur à ses héritiers, tandis que l'usufruit s'éteint nécessairement à la mort de l'usufruitier.

2072. Pour que le *mutuum* soit valable, il faut, comme nous l'avons vu, que le prêteur soit propriétaire des choses prêtées et capable de les aliéner. Quant à l'emprunteur, il faut, pour que le *mutuum* soit valable quant à lui, qu'il soit capable de s'obliger. Mais nous verrons plus tard un cas particulier, dans lequel des personnes étaient incapables de s'obliger par *mutuum*, lorsque le *mutuum* avait pour objet une somme d'argent. Ces personnes étaient

les fils de famille. Nous verrons aussi la cause de cette incapacité. (Sénatus-consulte Macédonien.)

ARTICLE II. — DU *COMMODATUM*

2073. Le commodat est un contrat par lequel une personne qui reçoit un certain objet pour s'en servir gratuitement s'oblige à le rendre en nature :

§ 2. « *Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione.* De même celui à qui une chose est donnée, c'est-à-dire livrée en commodat, pour qu'il s'en serve, est obligé *re* et tenu de l'action *commodati.* »

Ainsi, d'après le § 2 de notre titre, le commodat est un contrat par lequel celui auquel une certaine chose est donnée, *datur*, est obligé *re*. Dans cette définition du commodat, le mot *datur* n'est pas employé dans le sens ordinaire du mot *dare*, qui signifie transférer la propriété. Dans le commodat, il y a bien *aliquid datum*, mais la *datio* qui intervient n'a pas pour but, ni d'après l'intention des parties, ni d'après les règles du droit romain, de transférer la propriété.— En d'autres termes, dans le commodat, la tradition n'a pas le même but que dans le *mutuum* : le commodant n'entend transférer ni la propriété ni la possession de la chose prêtée. La propriété et la possession continuent à lui appartenir : « *Rei commodatæ et possessionem, et proprietatem retinemus,* » dit Pomponius. « *Nemo enim commodando rem facit ejus cui commodat,* » dit Ulpien. (L. 8.— L. 9. D. 13, 6.)

Le seul effet de la tradition, dans le commodat, est de conférer au commodataire le droit de se servir de la chose prêtée. Et il ne faut pas croire que du commodat il résulte, pour le commodataire, *un droit d'usage*. L'usager a, sur la chose dont il a l'usage, un droit réel; et pour faire valoir son droit il a une action réelle, appelée action confessoire. Au contraire, le commodataire n'a que la faculté de se servir de la chose prêtée, et encore il n'a pas le droit de l'employer à toute espèce d'usage; il doit l'employer à l'usage qui a été convenu entre lui et le commodant. Sinon. il commet un *furtum usus*. (*Inst.*, liv. IV, 1, § 6.)

2074. Le commodataire a le droit de garder la chose prêtée pendant tout le temps convenu. (L. 17, § 3. D. 13, 6.) Si l'usage de la chose prêtée lui est enlevé par le commodant avant l'expiration du temps convenu, il a contre lui une action personnelle en dommages-intérêts, et non pas une action réelle.

2075. Le commodat est essentiellement gratuit. La gratuité est un des éléments essentiels du commodat. (N° 2073.) En effet, si les parties convenaient qu'une certaine somme serait payée à raison de l'usage de la chose, cette convention ne constituerait plus un commodat, mais un louage, *locatio conductio*, qui serait un contrat consensuel et non plus un contrat se formant *re*. D'où la conséquence que, si l'une des parties s'était obligée à livrer une chose, par exemple son cheval, elle serait obligée, bien qu'il n'y eût qu'un simple pacte. En d'autres termes, la convention de louer une chose oblige celui qui a promis de louer cette chose, tandis que la promesse de donner une chose en commodat n'oblige pas celui qui fait cette promesse :

§ 2. « ... Il n'y a vraiment commodat que si la chose a été acceptée par toi et prêtée sans aucune rétribution. Autrement, s'il y a rétribution, ce n'est plus un commodat, mais un louage. »

2076. La restitution de la chose prêtée en commodat ne doit être faite qu'au terme convenu. Le commodant ne peut forcer le commodataire à restituer la chose prêtée, avant l'expiration du terme convenu pour la restitution.

§ Ier. — QUELLES SONT LES CHOSES QUI PEUVENT ÊTRE DONNÉES EN COMMODAT?

2077. Peuvent faire l'objet d'un commodat toutes les choses qui sont susceptibles d'usage. — Il semble que les choses qui se consomment par le premier usage qu'on en fait ne peuvent pas faire l'objet d'un commodat, parce qu'il y aurait incompatibilité entre le droit du commodataire de se servir de la chose prêtée et son obligation de rendre identiquement la même chose en nature, *in specie*. En effet, en se servant de la chose, il la consommerait, il la détruirait, et ensuite il ne pourrait plus la restituer. — Cependant les choses qui se consomment par le premier usage peuvent faire l'objet d'un commodat, pourvu que le commodataire les emploie à un certain usage, usage tel qu'il n'entraîne pas la consommation, la destruction de la chose ; par exemple, s'il l'emploie *ad pompam et ad ostentationem*, comme disaient les jurisconsultes romains : « *Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam et ad ostentationem.* » (L. 3, § 6. — L. 4, D. 13, 6.) Exemple : un commerçant emprunte des objets de bonne qualité ou d'un grand prix, et qui se consomment par le premier usage, mais uniquement pour les placer à l'étalage de son magasin, afin de séduire les clients ; dans ce cas,

le commodataire pourra rendre *in specie* ces objets empruntés *ad pompam et ad ostentationem*. — De même des pièces de monnaie peuvent être données en commodat pour être employées à simuler un payement; mais le commodataire devra rendre *les mêmes pièces* de monnaie : « *Sæpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ ut, dicis gratia, numerationis loco intercedant.* Souvent des pièces de monnaie sont données en commodat pour être employées à simuler un payement. » (L. 4. D. 13, 6.)

La question de savoir si un immeuble pouvait être donné en commodat avait fait doute parmi les jurisconsultes romains. Labéon pensait qu'un immeuble ne pouvait être l'objet d'un commodat; mais, comme un immeuble peut être susceptible d'usage, son opinion fut rejetée : « L'interprétation de cet édit n'est pas difficile. Il n'y a qu'une chose à noter, savoir : que celui qui a conçu l'édit a fait mention du commodat, tandis que Pacuvius a fait mention de l'usage. Or Labéon dit qu'entre le commodat et l'usage il y a autant de différence qu'entre le genre et l'espèce; qu'en effet une chose mobilière peut être prêtée; qu'une chose immobilière ne peut pas l'être; qu'une chose immobilière peut être donnée en usage; mais, comme il apparaît, une chose immobilière est dite proprement *prêtée;* c'est ce que pense Cassius. Bien mieux, Vivianus dit que l'habitation peut aussi être donnée en commodat. » (L. 1, § 1. D. 13, 6. — L. 17, pr. D. 19, 5.)

§ II. — DES RISQUES DE LA CHOSE PRÊTÉE EN COMMODAT

2078. Au point de vue de la responsabilité résultant de la perte de l'objet dû, il y a une différence entre le commodat et le *mutuum.* Dans le *mutuum*, l'emprunteur est débiteur de quantités. Or, *genera non pereunt;* donc, dans le *mutuum*, si les choses prêtées périssent, elles périssent pour l'emprunteur. Dans le commodat, au contraire, le commodataire est débiteur d'un corps certain. En conséquence, si ce corps certain vient à périr par cas fortuit ou par force majeure, le commodataire est libéré, car il est de règle, en droit romain, que la perte d'un corps certain, survenue par cas fortuit ou par force majeure, libère le débiteur. Le cas fortuit est l'action d'une force inintelligente, par exemple l'action de la foudre, du feu. La force majeure est l'action d'une force intelligente, par exemple le fait de voleurs, de brigands ou d'ennemis.

Toutefois, si le corps certain, objet du commodat, a péri par un accident que plus de soins, plus de vigilance de la part de l'emprunteur, auraient empêché, ou même si la perte survenue par cas

fortuit ou force majeure résulte de l'imprudence ou de la faute du commodataire, le commodataire est responsable et doit payer au commodant la valeur de l'objet prêté et péri : « *Servus vel equus, si a latronibus, vel in bello, in alia causa commodati, occisi sunt, actio commodati datur; custodia enim et diligentia rei commodatæ præstanda est.* Si un esclave ou un cheval ont été tués par des brigands ou dans une guerre, se trouvant dans une condition autre que celle du commodat, l'action *commodati* est donnée, parce que la garde et la diligence pour la chose prêtée doivent être fournies. » (Paul, *Sent.*, II, IV, § 3.)

§ 2. « Si quelqu'un reçoit une chose pour s'en servir, il doit apporter à la garde de cette chose des soins rigoureux; et il ne suffit pas qu'il ait apporté les soins qu'il a l'habitude d'apporter à ses propres affaires, si un autre plus diligent que lui avait pu conserver la chose. Toutefois il n'est pas tenu de la force majeure ni des cas fortuits, pourvu qu'ils ne soient pas survenus par sa faute. Autrement, si ce qui t'a été prêté, tu l'as emporté avec toi en voyage, et qu'ensuite tu l'aies perdu par l'incursion des ennemis ou des voleurs, ou dans un naufrage, il n'est pas douteux que tu ne sois tenu de la restitution de la chose. »

Le commodataire est donc responsable, toutes les fois qu'une autre personne plus diligente que lui aurait empêché la perte de l'objet prêté. Ainsi il doit apporter à la garde de l'objet prêté plus de soins qu'il n'en apporte à ses propres affaires.

Cependant cette règle sur les risques de la chose prêtée peut être modifiée par la convention des parties. En effet, c'est parce que le commodat intervient ordinairement dans l'intérêt du commodataire que sa responsabilité est si grande. Mais si le commodat intervient dans un intérêt commun, ou dans l'intérêt du commodant, et dans quelques autres cas indiqués par Ulpien, le commodataire ne sera plus tenu que de son dol : « *Interdum plane dolum suum, in re commodata, qui rogavit præstabit : utputa, si quis ita convenit; vel si sua duntaxat causa commodavit, sponsæ forte suæ, vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur; vel si quis ludos edens prætor scenicis commodavit, vel ipsi prætori ultro quis commodavit.* Au contraire, quelquefois celui qui a demandé un commodat *ne doit répondre que de son dol :* par exemple, s'il en est ainsi convenu ; ou si quelqu'un a prêté seulement dans son propre intérêt, ou pour sa fiancée, ou pour son épouse, afin qu'elle soit conduite chez lui avec des habits plus élégants; ou si quelque préteur, donnant des jeux, a prêté des vêtements à des comédiens; ou si, de soi-même, quelqu'un en a prêté au préteur lui-même. » (L. 5, § 10. D. 13, 6.)

§ III. — CARACTÈRES DU CONTRAT DE COMMODAT ET ACTIONS QUI EN DÉRIVENT

2079. Le commodat est un contrat unilatéral. En effet, il ne fait naître qu'une seule obligation, qui est à la charge du commodataire. Le commodataire est obligé à rendre identiquement la chose qu'il a reçue.

2080. Toutefois il est possible qu'il y ait deux actions qui naissent du commodat, comme du *mutuum :* 1° l'action *commodati directa* qui appartient au commodant, pour forcer le commodataire à lui restituer la chose prêtée; — 2° l'action *commodati contraria*, qui appartient au commodataire; elle ne dérive pas directement du commodat, mais elle peut résulter de certains faits postérieurs au contrat de commodat. En effet, il est possible que le commodant devienne débiteur du commodataire, dans les divers cas suivants :

D'abord si les choses prêtées avaient des vices connus du commodant, ou si elles étaient gâtées, de sorte qu'elles ont causé un préjudice au commodataire, celui-ci pourra faire condamner le commodant, au moyen de l'action *commodati contraria*, à lui payer le montant du préjudice qu'il a éprouvé. Dans ce cas, c'est le dol du commodant qui est *la cause* de cette action. On rattache cette action au commodat, parce que c'est à l'occasion du commodat qu'elle est née. Ainsi ce n'est pas l'action *de dolo* qui est donnée dans ce cas. (L. 18, § 3. D. 13, 6.)

Ensuite il est possible que le commodataire ait fait des dépenses pour la conservation de la chose prêtée ? Le commodataire pourra encore, au moyen de l'action *commodati contraria*, faire condamner le commodant à lui payer le montant de ses dépenses. Dans ce cas encore, l'action *commodati contraria* ne dérive pas directement du *commodat;* mais elle se rattache à ce contrat, parce que c'est à l'occasion de ce contrat que les dépenses ont été faites pour la conservation de la chose prêtée.

2081. Le commodataire n'aura pas toujours besoin d'intenter l'action *commodati contraria*. Souvent une exception lui suffira. C'est lorsqu'il aura encore la chose prêtée à sa disposition, parce que le juge doit tenir compte non-seulement des obligations du commodataire, mais aussi des obligations du commodant. Lors donc que le commodataire aura encore la chose à sa disposition, si le commodant le poursuit en restitution, il lui opposera l'exception de dol. — Le commodataire n'aura besoin de recourir à son action *commodati contraria* que lorsqu'il n'aura plus la chose à sa disposition. C'est ce qui peut arriver dans plusieurs cas :

1° Lorsque la chose aura péri par cas fortuit ou par force majeure ;

2° Lorsque le commodataire aura fait des dépenses dont le montant sera supérieur à la valeur de la chose prêtée? — Dans ce cas, le commodant se gardera bien de réclamer la chose; aussi le commodataire devra prendre l'initiative, et intenter son action *commodati contraria ;*

3° Lorsque le commodataire n'a pas usé du droit de rétention, c'est-à-dire du droit de retenir la chose pour s'assurer le payement de ce qui lui est dû. (L. 18, § 4. D. 13, 6.)

2082. Comme il peut résulter du commodat des obligations à la charge des deux parties, et, par suite, deux actions, des interprètes du droit romain ont qualifié le commodat de : contrat synallagmatique imparfait, parce que ce contrat ne crée pas *de suite*, mais peut créer plus tard des obligations à la charge des deux parties.

§ IV. — DU *PRECARIUM*

2083. Il y a *precarium* lorsqu'une personne, sur la prière d'une autre personne, lui concède la possession d'une chose avec réserve de la faculté de reprendre cette chose lorsqu'il lui plaira : « *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur, tamdiu quamdiu is qui convenit patitur.* » (L. 1, pr. D. 43, 26.)

2084. Le *precarium* ressemble au commodat : car celui, qui prête une chose la prête de manière à ne pas rendre propriétaire celui qui la reçoit ; mais il lui permet seulement de se servir de la chose prêtée : « *Et est simile commodato : nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciet rem accipientis; sed ut ei uti re commodata permittat.* » (L. 1, § 3. D. 43, 26.)

2085. Le *precarium*, dit Ulpien, est une espèce de libéralité qui dérive du droit des gens. Mais elle diffère de la donation en ce que celui qui donne, donne sans intention de reprendre jamais la chose. Au contraire, celui qui concède à précaire donne sous la condition de recouvrer la chose quand il lui plaira de rompre le *precarium* : « *Quod genus liberalitatis ex jure gentium descendit. Et distat a donatione, eo quod qui donat, sic dat : ne recipiat; at qui precarium concedit, sic dat, quasi tunc receptum, cum licuerit precarium solvere.* » (L. 1, § 1, § 2. D. 43, 26.)

2086. Le *precarium* ressemble au commodat en ce que ni dans le *precarium* ni dans le commodat la propriété de la chose n'est transférée. Mais il y a entre le *precarium* et le commodat plusieurs différences :

1° Le précariste a la possession de la chose à lui concédée à précaire. Le commodataire n'a pas la possession de la chose prêtée : « *Meminisse nos oportet eum, qui precario habet, etiam possidere.* » (L. 4, § 1. D. 43, 26.)

2° Il n'y a que les choses corporelles qui puissent faire l'objet d'un commodat. Au contraire, le *precarium* peut avoir pour objet même des choses incorporelles : « *Precario habere etiam ea quæ in iure consistunt possumus.* » (L. 15, § 2. D. 43, 26.)

3° Le commodataire doit apporter à la garde de la chose prêtée la surveillance la plus exacte. Au contraire, le précariste n'est tenu que de son dol, et de la faute qui se rapproche du dol : « *Eum quoque precario teneri voluit prætor, qui dolo fecit, ut habere desineret. Illud adnotatur, quod culpam non præstat is qui præcario rogavit, sed dolum solum præstat; quanquam is qui commodatum suscepit, non tantum dolum, sed etiam culpam præstat, nec immerito dolum solum præstat, is qui precario rogavit: cum tantum hoc ex liberalitate descendat ejus, qui precario concessit; et satis sit, si dolus tantum præstetur, culpam dolo tamen proximam contineri quis merito dixerit.* Le préteur a voulu que celui qui a reçu une chose à précaire, et qui a cessé, par dol, de posséder, soit tenu. On remarque qu'il ne répond pas de sa faute, celui-là qui a demandé une chose à précaire, mais seulement de son dol, quoique celui qui a reçu une chose à commodat réponde, non-seulement de son dol, mais encore de sa faute. Et c'est avec raison qu'il ne répond que de son dol, celui qui a demandé une chose à précaire ; parce que c'est seulement de la libéralité de celui qui a concédé le précaire que son droit dépend, et qu'il suffit qu'il réponde de son dol. Cependant quelqu'un dira exactement qu'il est responsable de la faute proche du dol. » (L. 8, § 3. D. 43, 26.) Cette faute, comprise dans le dol, le même jurisconsulte, Ulpien, l'appelle *culpa lata* : « *Et generaliter erit dicendum in restitutionem venire dolum, et culpam latam duntaxat cætera non venire.* » (L. 8, § 6. D. 43, 26.)

4° Le commodant doit laisser, à la disposition du commodataire, la chose prêtée, jusqu'à l'expiration du terme convenu. Le concédant à précaire est libre de retirer la chose au précariste quand il lui plaît. (L. 2, § 2. D. 43, 26.)

5° Le commodataire n'a que la simple *possessio naturalis* de la chose prêtée. Le précariste a la possession *ad interdicta*, et, par suite, les interdits *retinendæ possessionis* et les interdits *recuperandæ possessionis*, à l'encontre de tous autres que le concédant. (L. 17. D. 43, 26.)

6° Le commodant a l'action *commodati directa* contre le com-

modataire, pour le faire condamner à rendre la chose prêtée. Le concédant à précaire n'a pas d'action contre le précariste pour reprendre la chose concédée à précaire ; il n'a qu'un interdit, appelé interdit *de precario* : « L'interdit *de precario* a été introduit à bon droit, car il n'y avait, à ce titre, aucune action civile. En effet, la condition du *precarium* se rapproche plus des donations et d'une cause de bénéfice que d'un contrat. » (L. 14. D. 43, 26.)

7° Le commodant peut exercer l'action *commodati directa* non-seulement contre le commodataire, mais aussi contre ses héritiers. Au contraire, pendant longtemps, plusieurs jurisconsultes refusaient au concédant le droit d'intenter l'interdit *de precario* contre les héritiers du précariste, et ne lui accordaient, contre ces derniers, que l'interdit *de clandestina possessione*, et plus tard, à la place de cet interdit, l'interdit *uti possidetis*. Mais le jurisconsulte Ulpien accordait au concédant à précaire l'interdit *de precario*, même contre les héritiers du précariste. Paul, au contraire, refusait au concédant l'interdit *de precario* contre les héritiers du précariste : «*Heres ejus qui precariam possessionem tenebat, si in ea manserit, magis dicendum est clam videri possidere; nullæ enim preces ejus videntur adhibitæ, et ideo persecutio ejus rei semper manebit, nec interdicto locus est.* Il vaut mieux dire que l'héritier de celui qui tenait une possession précaire, s'il est resté dans cette possession, paraît posséder clandestinement. En effet, aucunes prières ne paraissent avoir été employées par lui ; en conséquence, la poursuite de la chose restera toujours contre lui, et il n'y a pas lieu à l'interdit. » (Paul, *Sent.*, V, VI, § 12.) — Néanmoins l'opinion d'Ulpien, qui accordait au concédant l'interdit *de precario* non-seulement contre le précariste, mais encore contre ses héritiers, a été consacrée par une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien. (L. 2. C. 8, 9.)

8° Les héritiers du commodataire étaient tenus, *pour le tout*, du dol du défunt. (L. 12. D. 44, 7.) Au contraire, les héritiers du précariste n'étaient tenus que jusqu'à concurrence du profit qu'ils avaient retiré du dol du défunt. (L. 8, § 8. D. 43, 26.)

2087. Quelle est l'origine du *precarium*? Je vais indiquer le système présenté par M. de Savigny, reproduit et combattu par M. Vernet :

« Il est difficile d'expliquer l'existence, à côté du commodat, d'une autre institution appelée à répondre aux mêmes besoins sociaux. Il est fort difficile aussi d'expliquer pourquoi on suit, dans le *precarium*, une autre règle, touchant la faute, que celle qui est

suivie dans le commodat. Enfin comment se pourrait-il qu'il y eût une controverse sur la question de savoir si l'héritier du concessionnaire était tenu de l'interdit *de precario?* Il est évident qu'à l'origine l'idée de contrat fut absolument étrangère à l'introduction du *precarium*, qui se présenta comme un corollaire de la théorie prétorienne de la possession et des interdits possessoires. M. de Savigny prétend que tout cela s'explique, en admettant que le *precarium* tire son origine des rapports des patriciens avec leurs clients. Les patriciens obtenaient du peuple de grandes concessions prises sur l'*ager publicus*, qu'ils concédaient ensuite par portions à leurs clients, à la condition de révoquer cette concession *ad nutum*. Cette partie d'*ager publicus*, concédée au client par le patricien, aurait joué le même rôle dans leurs rapports réciproques que le *peculium servi vel filii familias* dans les rapports de l'esclave ou du fils vis-à-vis du maître ou du père (Festus, v° *Patres :* « *Quique agrorum partes adtribuerint tenuoribus perinde ac liberis* ») ; et, de même que le *pater familias* pouvait *adimere peculium*, de même le patricien pouvait toujours révoquer la concession qu'il avait faite. Dans ce système, les rapports de clientèle expliquaient pourquoi le concessionnaire n'est pas tenu, quant à la faute, d'une manière aussi rigoureuse que le commodataire. Enfin M. de Savigny explique la persistance du *precarium*, après la disparition de ces rapports de clientèle entre les patriciens et les plébéiens, par l'emploi que l'on fit de cette institution en matière de nantissement, pour concilier la sûreté du créancier avec le désir de laisser néanmoins au débiteur l'usage de la chose engagée. Gaïus nous apprend, en effet, que de son temps encore le débiteur transférait à son créancier, par mancipation ou *in jure cessio*, la propriété de la chose qu'il voulait lui donner en gage, *contracta fiducia*, c'est-à-dire à la condition que le créancier lui en retransférerait la propriété après avoir été payé, et que le créancier lui en concédait l'usage par un *precarium*. (Gaïus, II, § 60.) Ce dernier point est certain, mais quant à l'origine du *precarium*, le système ingénieux de M. de Savigny, que nous venons d'exposer, ne s'appuie malheureusement que sur un texte peu probant de Festus, et nous croyons que sur ce point l'on en est encore aux conjectures, et qu'il faut se résoudre à confesser son ignorance tant qu'on n'aura pas découvert de documents précis sur la question. » (*Textes choisis sur la théorie des obligations en droit romain*, par M. Prosper Vernet, agrégé de la faculté de droit de Paris, pages 76, 77. — 1865.)

ARTICLE III. — DU *DEPOSITUM*

2088. Le dépôt est un contrat par lequel une personne qui reçoit une chose pour la garder s'oblige à la restituer, dès que la restitution lui sera demandée. Celui qui livre la chose s'appelle déposant; celui qui la reçoit en garde s'appelle dépositaire.

Le déposant, en livrant la chose au dépositaire, a pour but de se débarrasser de la garde de la chose. Le dépositaire a pour but de rendre un service au déposant.

2089. Le dépôt est un contrat qui se forme *re*, c'est-à-dire par la tradition d'une ou plusieurs choses. L'obligation du dépositaire ne prendra naissance que lorsque la chose ou les choses qui font l'objet du dépôt lui auront été livrées. Si une personne, par une simple convention, promet à une autre personne de recevoir en dépôt une chose de cette autre personne, dans quelques jours, il n'y aurait là qu'une simple promesse, une simple convention, qui ne serait pas obligatoire. Aussi la personne qui l'a faite ne serait pas obligée.

Ainsi, pour que le contrat de dépôt puisse se former, il faut donc, outre la volonté des parties, qu'il y ait tradition, qu'il y ait *aliquid datum*, qu'il y ait une *datio*. Mais la *datio*, dans le dépôt, ne transfère pas au dépositaire la propriété des choses déposées, parce que telle n'est pas la volonté des parties : la propriété et la possession restent au déposant. Le dépositaire n'acquiert que la simple détention, la *possessio naturalis*.

2090. A la différence du commodataire, le dépositaire n'a pas le droit de se servir des choses déposées. Si le dépositaire se servait des choses déposées, contrairement à la volonté du déposant, il commettrait un *furtum : furtum usus*.

2091. Le dépositaire n'acquiert ni la propriété ni la possession de la chose déposée. Cependant nous avons vu qu'à l'origine de la législation romaine, et encore au temps de Gaïus, le déposant transférait quelquefois au dépositaire la propriété de la chose déposée. C'est ce qui avait lieu lorsque le déposant, voulant, par exemple, s'absenter pour un certain temps, et désirant qu'une chose à laquelle il attachait un grand prix fût mise en complète sécurité, en transférait la propriété à celui auquel il la confiait, de sorte que, si la chose venait à être enlevée au dépositaire par un voleur, le dépositaire pût la revendiquer. (Gaïus, II, § 60.)

2092. Le dépositaire, en recevant la chose, s'oblige à la surveiller gratuitement. S'il reçoit une rétribution, il n'y a plus dépôt,

mais *locatio operarum*, c'est-à-dire louage de services. Et alors il n'y aurait plus un contrat se formant *re;* il y aurait un contrat consensuel.

§ Ier. — RESPONSABILITÉ DU DÉPOSITAIRE

2093. La responsabilité du dépositaire, quant à la garde de la chose déposée, s'apprécie d'une toute autre manière que celle du dépositaire ; en effet, c'est le dépositaire qui rend un service au déposant puisqu'il s'oblige gratuitement à prendre soin de la chose déposée. Aussi n'est-il responsable que de son dol. S'il n'y a pas eu de sa part mauvaise intention, s'il n'y a eu seulement qu'un défaut de soins dans la garde de la chose, il n'est pas responsable de la perte de la chose (L. 20. D. 16, 3) :

§ 3. « Est encore obligé *re* celui chez lequel une chose est déposée, et le déposant a contre lui l'action de dépôt, pour l'obliger à restituer la chose même qu'il a reçue. Mais le dépositaire est seulement tenu de son dol; il ne répond pas de sa faute, c'est-à-dire de son incurie et de sa négligence. Aussi est-il en sécurité, lors même qu'il a apporté si peu de soins à la garde de la chose qu'elle a été volée, et cela est juste, car celui qui a livré en garde une chose à un ami négligent doit s'imputer son imprudence. »

S'il y a eu un terme fixé pour la restitution de la chose déposée, le déposant n'est pas tenu d'attendre l'expiration entière du délai fixé, parce que le dépositaire, n'ayant pas le droit de se servir de la chose, n'est privé d'aucun avantage par la restitution qu'il en fait : « Si je t'ai donné en dépôt une chose pour que tu la rendes après ta mort, je puis toujours agir contre toi, ou contre ton héritier, par l'action de dépôt ; car je peux changer de volonté et reprendre le dépôt avant ta mort. De même, si je t'ai déposé une chose pour qu'elle soit rendue après ma mort, je pourrai agir par changement de volonté, et mon héritier pourra agir par l'action de dépôt. » (L. 1, § 45, § 46, 16, 3.)

§ II. — QUELLES SONT LES CHOSES QUI PEUVENT FAIRE L'OBJET D'UN DÉPÔT

2094. Régulièrement les meubles sont seuls susceptibles de faire l'objet d'un dépôt.

§ III. — DES ACTIONS QUI RÉSULTENT DU DÉPÔT

2095. Le dépôt peut donner lieu à deux actions :
1° L'*actio depositi directa* au profit du déposant. Par cette action

le déposant peut réclamer la restitution de la chose. « Il est écrit dans le troisième livre du *Digeste* de Julien que le déposant peut agir de suite par l'action de dépôt; car celui-là agit par dol qui a reçu la chose en dépôt et qui ne la rend pas à celui qui la demande. Cependant Marcellus dit que celui-là ne paraît pas toujours agir par dol qui ne rend pas à celui qui demande. En effet, ne peut-il pas se faire que la chose soit en province, ou dans des greniers qu'on n'a pas la faculté d'ouvrir au moment de la condamnation, ou que la condition sous laquelle le dépôt a été fait ne soit pas encore accomplie? » (L. 1, § 22. D. 16, 3.)

2096. L'action *depositi directa* peut être intentée pour le tout contre l'héritier, à raison du dol du défunt. C'est ce que nous apprend le jurisconsulte Ulpien : « L'action de dépôt peut être intentée pour le tout contre l'héritier, à raison du dol du défunt, car, bien qu'en toute autre matière l'héritier ne soit tenu du dol du défunt que jusqu'à concurrence du profit qui lui est parvenu, cependant, ici, le dol résulte du contrat et de la réclamation de la chose; c'est pourquoi, s'il n'y a qu'un seul héritier, il est tenu pour le tout; s'il y en a plusieurs, chacun est tenu pour sa part. » (L. 7, § 1. D. 16, 3.)

« Si, dans l'action de dépôt, j'agis contre l'un des héritiers à raison du fait du défunt, je dois agir contre chacun en proportion de sa part héréditaire. Mais si je l'actionne en vertu de son propre délit, je n'agis pas pour partie, et c'est avec raison, parce que l'estimation du dommage se réfère pour le tout à celui qui a commis le dol. » (L. 9. D. 16, 3.)

« L'action de dépôt ne compète pas non plus contre les cohéritiers, qui sont exempts de dol. » (L. 10. D. 16, 3.)

2° L'*actio depositi contraria* au profit du dépositaire. — En effet, il est possible que la chose déposée ait été affectée de vices qui ont pu occasionner un dommage au dépositaire. Celui-ci pourra, par l'action *depositi contraria*, réclamer le montant du dommage qu'il a éprouvé. — D'un autre côté, le dépositaire peut avoir fait des dépenses pour la conservation de la chose déposée, et il est juste qu'il en soit dédommagé; or, c'est par l'action *depositi contraria* qu'il pourra réclamer le montant de ses dépenses. — Le dépositaire n'aura pas toujours besoin d'intenter cette action pour obtenir ce qui lui sera dû par le déposant. En effet, supposons que le déposant vienne réclamer, par l'action *depositi directa*, la chose déposée, le dépositaire pourra opposer au déposant l'exception de dol, si celui-ci refuse de payer ce qu'il doit. Mais le dépositaire devra prendre l'initiative et intenter l'action *depositi contraria* toutes les fois qu'il ne sera pas poursuivi par le déposant. Ceci peut arriver : lorsque la chose

déposée aura péri, après le dommage éprouvé, ou après les dépenses de conservation faites par le dépositaire.

§ IV. — DIFFÉRENCES ENTRE LE COMMODAT ET LE DÉPÔT

2097. I. Le commodat s'applique aux meubles et aux immeubles; le dépôt, aux meubles. II. Le commodat est dans l'intérêt du commodataire; le dépôt est dans l'intérêt du déposant. Il en résulte : 1° que le dépositaire ne peut se servir de la chose déposée sans commettre un *furtum usus*, passible de l'action *furti;* 2° que le terme stipulé pour la restitution du dépôt empêche le dépositaire de se décharger du dépôt avant l'échéance, mais n'empêche pas le déposant de réclamer son dépôt quand il le veut; 3° que le dépositaire n'est responsable que de son dol, et non de sa simple faute, tandis qu'il en est autrement dans le commodat; car celui qui reçoit un service doit le reconnaître par des soins tout particuliers; 4° que le dépositaire peut répéter, par l'action *depositi contraria*, toutes les dépenses qu'il a faites et qui concernent la jouissance de la chose ou sa conservation. En effet, ne jouissant pas, il n'y a pas à appliquer ici le principe qui met les charges de jouissance au compte du commodataire.

2098. Il y a plusieurs opérations qui se rapprochent beaucoup du *dépôt*, et qui cependant en diffèrent par des nuances très-tranchées. Tels sont : 1° le *dépôt irrégulier;* 2° le *dépôt nécessaire* ou *misérable;* 3° le dépôt d'une chose litigieuse, spécialement appelé *séquestre.*

2099. I. **Dépôt irrégulier.** — Quelquefois les parties peuvent convenir que le dépositaire pourra consommer les choses déposées, c'est-à-dire en disposer en qualité de propriétaire et les employer à tel usage qu'il lui plaira. Ainsi une somme d'argent, par exemple, peut être déposée, avec faculté pour le dépositaire de s'en servir et de l'employer à tel usage qu'il lui conviendra, à la condition de tenir toujours à la disposition du déposant une somme égale à celle qui lui a été remise.

2100. Cependant il semble que cette convention offre plus d'analogie avec le *mutuum* qu'avec le dépôt. C'est ce qu'observe le jurisconsulte Paul dans le texte suivant, tout en décidant que cette convention constitue un dépôt, appelé *dépôt irrégulier*, si telle a été la volonté des parties : « Lucius Titius Sempronius, salut. Je vous fais savoir, par cette lettre écrite de ma main, que les cent écus que vous m'avez confiés tel jour, et qui m'ont été comptés par l'esclave Stichus, votre homme d'affaires, sont entre mes mains, et que je

vous les rendrai à votre première demande, quand et où vous voudrez. » Paul ajoutait : « On s'est demandé ce qu'on devait décider quant aux intérêts? J'ai répondu qu'il y avait lieu à l'action de dépôt, car confier une chose à quelqu'un, ce n'est pas autre chose que la lui déposer. Cela est vrai si les parties ont voulu faire que les pièces d'argent seraient rendues; car s'il a été seulement convenu qu'il serait payé pareille somme, l'affaire sort des limites très-connues du dépôt. Dans cette question, si l'action de dépôt ne tient pas, puisque l'on convenait que ce ne serait pas la même chose qui serait rendue, on ne dira pas facilement qu'il faudra tenir compte des intérêts. Il est vrai qu'il a été établi que, dans les actions de bonne foi, l'arbitrage du juge pourrait tenir lieu d'une stipulation. Mais il est contraire à la bonne foi et à la nature du dépôt que des intérêts puissent être demandés par celui qui a fourni une somme gratuitement et à titre de bénéfice pour celui qui l'a reçue. Si, cependant, il a été convenu, dans le principe, que des intérêts seraient dus, la loi du contrat sera observée. (L. 24. D. 16, 3.) Dans la loi 25, § 1 (16, 3), au Digeste, Papinien donne la même décision, en termes encore plus précis : « Celui qui a reçu une somme d'argent non scellée, s'engageant à rendre une somme égale à la somme reçue, et qui s'en est servi pour son usage, sera, après sa mise en demeure, condamné à payer les intérêts par l'action *depositi.* » Le jurisconsulte Paul dit encore : « Si j'ai déposé un sac d'argent, ou de l'argent marqué d'un signe, et que celui chez lequel il a été déposé s'en soit servi *sans mon consentement*, l'action de dépôt et l'action *furti* me compéteront contre lui. Si celui chez lequel une somme d'argent a été déposée s'en sert *avec ma permission*, il sera obligé de me payer des intérêts, comme dans les autres actions de bonne foi. » (L. 29. D. 16, 3.)

2101. Il y avait divers intérêts pratiques à distinguer et à décider, dans les différentes hypothèses que je viens d'indiquer, la question de savoir s'il y avait dépôt ou *mutuum* :

1° Le dépôt était un contrat de bonne foi dans lequel le juge, appelé à apprécier les obligations résultant de ce contrat, avait des pouvoirs beaucoup plus étendus que n'en avait le juge appelé à apprécier les obligations résultant d'un *mutuum*, contrat de droit strict.

2° Les pactes ajoutés au contrat de dépôt, au moment même où il était fait, étaient valables, s'identifiaient, s'incorporaient au contrat auquel ils étaient adjoints, et leur exécution pouvait être demandée et obtenue par l'action même résultant du contrat. Ainsi la convention de payer les intérêts de la somme donnée en dépôt irrégulier était valable, efficace, s'incorporait au contrat de dépôt,

et son exécution pouvait être demandée et obtenue par l'action résultant du dépôt. Au contraire, nous avons vu que la convention de payer des intérêts, jointe à un *mutuum*, n'était pas valable, ne s'incorporait point au contrat, et que son exécution ne pouvait être ni demandée ni obtenue par la *condictio* qui résultait du *mutuum*.

2102. II. **Dépôt nécessaire ou misérable.** — Le dépôt ordinaire est celui dans lequel le déposant choisit lui-même librement, spontanément, volontairement, celui auquel il veut confier sa chose. Au contraire, le dépôt nécessaire est celui dans lequel le déposant n'a pas la faculté de choisir celui auquel il veut confier sa chose, parce qu'il est contraint, — par suite d'accidents, de circonstances malheureuses,— de déposer les choses qui lui appartiennent chez le premier venu, où elles pourront être en sécurité. Aussi ce dépôt est-il encore appelé quelquefois dépôt *misérable*, parce qu'il est imposé par des circonstances malheureuses : incendie, ruine, tumulte, naufrage, accidents de mer.

2103. Quel intérêt pratique y a-t-il, en droit romain, à distinguer le dépôt volontaire du dépôt nécessaire ? Lorsque le dépositaire a reçu les choses déposées en dépôt nécessaire, si, sur la demande en restitution faite par le déposant, il nie avoir reçu le dépôt, sa dénégation aura pour effet de lui faire infliger, par le juge de l'action *depositi*, une condamnation au double de la valeur des choses déposées. En pareil cas, les jurisconsultes romains disaient que, dans l'action *depositi*, *inficiatio crescit in duplum*. Au contraire, lorsque le dépositaire a reçu une chose en dépôt volontaire, il n'est pas condamné à payer, à titre de peine, le double de la valeur de la chose. Mais si son retard à restituer la chose a causé un dommage au déposant, celui-ci pourra le faire condamner à des dommages-intérêts.—Pourquoi, en cas de dépôt nécessaire, le dépositaire, qui niait ce dépôt, était-il condamné, à titre de peine, outre la restitution des choses déposées, au double de leur valeur ? Cela s'explique par les circonstances dans lesquelles se fait le dépôt nécessaire. En effet, nous savons que le dépôt nécessaire se fait en cas d'incendie, de naufrage, etc., et, lorsque le dépôt s'effectue dans de pareilles circonstances, le déposant est dans l'impossibilité d'énumérer dans un écrit les objets qu'il dépose, objets qui peuvent être assez nombreux, notamment en cas d'incendie ; d'un autre côté, le déposant a été dans la nécessité de s'adresser au premier venu pour lui confier les choses qu'il veut sauver. Ces diverses circonstances de fait ont, sans doute, été prises en considération pour faire punir avec sévérité le dépositaire nécessaire qui niait le dépôt.—Mais pourquoi la peine a-t-elle été portée au double de la valeur des choses

déposées? Cette aggravation de peine s'explique par l'un des caractères du contrat de dépôt. En effet, nous savons que le dépôt est un contrat de bonne foi, c'est-à-dire un contrat dans lequel chaque partie doit être exempte de dol pour n'encourir aucune responsabilité ; or le législateur romain a sans doute voulu punir plus sévèrement le dépositaire nécessaire, qui, en niant le dépôt, fait preuve d'une déloyauté et d'une malhonnêteté toutes particulières.

2104. III. **Du séquestre.** — Il arrive parfois que le dépositaire acquiert la possession de la chose déposée. En effet, lorsque deux personnes sont en procès relativement à la propriété d'une chose litigieuse, dont chacune se prétend propriétaire, elles peuvent convenir que la chose litigieuse sera remise à un dépositaire, qui la gardera pendant l'instance qui va s'engager entre elles. Dans ce cas, le dépositaire prend le nom de *séquestre*, et le contrat lui-même prend aussi le nom de *séquestre*. « Le séquestre, dit Modestin, est celui chez qui plusieurs personnes, entre lesquelles il y a procès, déposent la même chose. » (L. 110. D. 50, 16.) — Toutefois ce n'est pas, dans tous les cas où il y a séquestre, que le dépositaire acquière la possession de la chose déposée. En effet : 1° ou bien les parties peuvent convenir que le séquestre ne possédera pas la chose litigieuse pendant l'instance, mais qu'il n'en sera qu'un détenteur, qu'un *possessor naturalis*, auquel cas le séquestre se trouvera avoir possédé la chose litigieuse pour celle des parties qui gagnera le procès ; 2° ou bien les parties peuvent convenir que le séquestre aura la possession de la chose litigieuse, afin que ni l'un ni l'autre des plaideurs ne puisse invoquer cette possession pour accomplir l'usucapion pendant l'instance. — Cette distinction entre les deux hypothèses que je viens d'indiquer est présentée par le jurisconsulte Julien dans le texte suivant : « Je pense qu'il importe d'examiner dans quelle intention une chose est déposée chez un séquestre ; car, si elle a été déposée la possession omise (c'est-à-dire sans la possession), et que cela ait été ouvertement approuvé par les parties, sa possession ne profitera pas aux parties pour l'usucapion. Mais si elle a été déposée pour être gardée, il est constant que cette situation profitera au vainqueur pour l'usucapion. » (L. 39. D. 41, 2.)

2105. Il ne faut pas confondre le séquestre, qui a lieu lorsqu'une chose litigieuse est remise en dépôt, avec le dépôt d'une chose appartenant à plusieurs propriétaires. Il y a, en effet, entre ces deux dépôts, cette différence : que le séquestre doit restituer la chose à celle des parties qui gagne le procès ; tandis que, lorsque plusieurs copropriétaires ont remis leur chose commune en dépôt,

le dépositaire doit rendre la chose à tous les déposants. C'est ce qu'expriment très-bien les jurisconsultes Florentinus et Paul. (L. 17, pr., et L. 6. D. 16, 3.)

ARTICLE IV. — DU GAGE — PIGNUS

(*Inst.*, III, XVI.)

§ 4. « Le créancier, qui a reçu une chose en gage, est aussi obligé *re;* et le débiteur a contre lui l'action *pigneratia*, pour l'obliger à rendre la chose même qu'il a reçue. Mais comme le gage est donné en faveur des deux contractants (en faveur du débiteur, parce qu'il lui fait trouver plus aisément de l'argent; en faveur du créancier, parce qu'il rend sa créance plus sûre), on a décidé qu'il suffisait que le créancier gardât la chose avec soin : s'il l'a fait, et que néanmoins la chose ait péri par quelque cas fortuit, il n'est point responsable et peut toujours exiger le payement de ce qui lui est dû.

2106. Nous avons vu, dans le premier livre, quel était le droit réel, qui, en droit romain, portait le nom de *gage*, et qui se transforma, sous l'impulsion du préteur, pour devenir l'*hypothèque*. Assez de détails ont alors été donnés pour qu'il n'y ait rien à ajouter sur la nature toute spéciale de ce droit ; ce qui nous reste à faire ici, c'est d'examiner le *contrat* (qui donne naissance au *droit réel* étudié en son lieu et place), ainsi que les droits et les devoirs, résultant dudit contrat, à l'égard des deux parties contractantes.

Le gage primitif est un contrat accessoire par lequel un débiteur, ou un tiers dans l'intérêt du débiteur, remet au créancier, pour sûreté d'une dette, un objet que ce dernier s'oblige à lui restituer lors du payement.

On voit donc que ce gage est un contrat accessoire, garantissant une obligation principale, sans qu'il y ait lieu de considérer si cette obligation est sanctionnée par le droit civil ou si elle est naturelle ; elle peut même être future ou conditionnelle. Mais le contrat de gage ne peut intervenir à l'occasion d'une convention immorale ou illicite. (L. 9. § 1, D. 13, 7.)

§ Ier. — CONSTITUTION DU GAGE

2107. Le gage est *volontaire* s'il repose sur une convention ou une disposition de dernière volonté (*pignus conventionale — pignus testamentarium*) ; il est *necessaire* s'il repose sur l'ordre du magistrat ou sur une disposition légale. (L. 26, pr. D. § 1, D. 13, 7.)

§ II. — QUELLES CHOSES PEUVENT ÊTRE DONNÉES EN GAGE?

2108. Ce sont les choses immobilières et les choses mobilières, mais principalement ces dernières ; les immeubles dépendent sur-

tout du domaine de l'hypothèque. — Quoique les choses incorporelles ne soient pas susceptibles de tradition proprement dite, comme le but du gage est de constituer une garantie résultant de la possibilité de vendre à un moment donné, on admet qu'on peut donner en gage les choses incorporelles susceptibles d'être aliénées moyennant un prix d'argent : créances (L. 18, pr. D. 13, 7) ; servitudes réelles et personnelles ; droits d'emphytéose, de superficie ; droit de gage lui-même ; offices transmissibles et aliénables, qui comportent des traitements ou émoluments.

Le contrat de gage se forme entre le créancier d'une part et le débiteur ou un tiers intervenant d'autre part.

§ III. — DROIT DU CRÉANCIER GAGISTE

2109. I. Il peut vendre la chose, s'il n'est pas, à l'échéance, absolument désintéressé. On a vu que cette faculté de vendre ne fut pas toujours accordée de plein droit au créancier : 1° *en principe*, elle lui était refusée (L. 73, D, 47, 2) ; une convention seule pouvait l'y autoriser ; 2° puis on admit qu'il y avait toujours convention tacite, et qu'alors, à défaut de convention formelle, le créancier pourrait vendre, mais seulement après trois sommations ; en même temps on admettait la clause contraire replaçant les choses sous les principes de l'ancien droit ; 3° enfin on admit que la *clause contraire* aurait pour seule conséquence de ne permettre au créancier de vendre qu'après trois sommations. (L. 14, § 15. D. 44, 3 ; — L. 4, D. 13, 7.)

II. Si le créancier gagiste perd la possession, il la recouvrera au moyen des interdits possessoires. (L. 16, D. 41, 3 ; — L. 35, § 1, D. 13, 7.)

§ IV. — OBLIGATIONS DU CRÉANCIER GAGISTE

2110. I. Il doit restituer le gage après entière satisfaction donnée à sa créance ; comme conséquence de cette obligation principale, il doit, comme le commodataire, veiller à la conservation du gage. La chose, qui périt par cas fortuit, reste aux risques du débiteur. Le créancier est responsable de son dol, de sa faute lourde, et même de toute faute qu'un père de famille diligent aurait évitée (faute légère). (L. 13, § 1 ; — L. 14. D. 13, 7.)

II. Si le créancier gagiste, non payé, a procédé à la vente (*distractio pignoris*), il est comptable, envers le débiteur, de l'excédant du prix de vente sur le montant de la créance.

Ces diverses obligations sont sanctionnées par l'action *pignera-titia directa*, accordée au débiteur.

Le créancier qui se sert de la chose commet un *furtum usus*, passible de l'action *furti;* ceci ne s'applique d'ailleurs que si le gage porte sur une chose mobilière. (Gaïus, L. 54, pr. D. 47, 2.)

2111. On vient de voir que la principale obligation du créancier gagiste était de restituer le gage après entière satisfaction donnée à sa créance. — Il va sans dire que cette satisfaction ne résulte pas uniquement du payement. C'est ce que démontre le passage suivant d'Ulpien (L. 9, § 3. D. 13, 7) : « *Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum. Sive aliis pignoribus sibi caveri voluit ut ab hoc recedat, sive fidejussoribus, sive res data, sive pretio aliquo, vel nuda conventione : nascitur pigneratitia actio. Et generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si ut ipse voluit sibi cavit licet in hoc deceptus sit.* »

2112. Bien plus, d'après une constitution de Gordien (L. un. C. 8, 27), si le débiteur, qui a payé intégralement la dette garantie par une constitution de gage, est tenu d'une autre dette, actuellement exigible, envers le même créancier, ce débiteur commet *un dol* en demandant la restitution de la chose mise en gage, avant d'être libéré de sa dette chirographaire ; aussi n'obtiendra-t-il pas cette restitution. C'est là une exception considérable au principe de gage, et, sans rechercher si l'équité suffisait pour autoriser cette sorte de gage *forcé* en faveur d'une créance chirographaire, il faut remarquer que la constitution de Gordien tempère immédiatement le principe qu'elle contient, en décidant que le créancier gagiste ne saurait invoquer ce droit de gage vis-à-vis d'un créancier hypothécaire postérieur. Dans cette théorie, le second créancier, pour être protégé par le gage accordé au premier créancier, n'a besoin que d'offrir à celui-ci le montant de la dette dont le gage était la garantie. (V. aussi L. 9, §§ 3, 4, 5 ; — L. 11, § 2, 3 ; — L. 24, § 3, D. 13, 7.)

2113. A côté de l'action *pigneratitia directa*, accordée au débiteur pour faire exécuter par le créancier ses diverses obligations, on accorde au créancier une action dite *pigneratitia contraria*, qui lui permet de faire valoir son droit dans certaines situations déterminées. C'est par cette action qu'il se fera indemniser : 1° des dépenses par lui faites pour la conservation du gage ; 2° du préjudice que ce gage lui aurait causé par suite d'une faute imputable au débiteur ; 3° enfin du préjudice qu'il éprouve de ce fait que la chose qui lui a été remise en gage était une *res aliena*, ou une chose déjà hypothéquée à un tiers. (LL. 8, 16, § 1 ; — LL. 32, 36, § 1.

D. 13, 7.) Dans cette dernière hypothèse, il y aurait même poursuite criminelle, *stellionatus nomine*, si celui qui a remis la chose en gage était de mauvaise foi et avait laissé ignorer au créancier cette circonstance capitale, qui pouvait ôter toute valeur à la garantie résultant du gage.

2114. Le créancier, qui ne saurait, nous l'avons dit, user de la chose engagée sans commettre un *furtum usus*, peut prendre les fruits de la chose engagée, mais à charge de les imputer sur le montant de ce qui lui est dû : « *Ex pignore percepti fructus imputantur in debitum : qui si sufficiunt ad totum debitum, solvitur actio et redditur pignus; si debitum excedunt, qui supererunt redduntur, videlicet mota actione pigneratitia.* » (Const. de Sévère et Antonin. L. 1, C. 4, 24.) Ainsi, c'est par l'action *pigneratitia directa* que le débiteur poursuivra la restitution des fruits qui excéderaient la dette principale, comme la restitution de l'objet même du gage.

Cette question des fruits nous conduit à une convention toute spéciale, accessoire au gage, et désignée sous le nom d'*antichrèse*.

§ V. — ANTICHRÈSE

2115. L'antichrèse est une convention, faite au moment où la chose est remise en gage, par laquelle le créancier gagiste obtient du débiteur le droit de percevoir les fruits de la chose donnée en gage, pour lui tenir lieu d'intérêts. (L. 11, § 1, D. 20, 1; LL. 14 et 17. C. 4, 33.)

Cette faculté doit-elle être formellement spécifiée? « *Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratæ ad modum legitimum usuras retinere.* » (L. 8, D. 20, 2.) D'après ce texte de Paul, il pourrait donc y avoir une *clause tacite* d'antichrèse; toutefois il y aurait cette différence importante que, d'après cette clause tacite, le créancier ne pourrait prendre les fruits que jusqu'à concurrence de l'intérêt ordinaire, sauf à tenir compte du surplus. (V. art. 2,085 et 2,089 du Code civil); — tandis que l'antichrèse conventionnelle, contrat aléatoire ou à forfait, paraît donner au créancier le droit de prendre *tous les fruits en bloc*, sans considérer si la somme qu'ils représentent dépasse le taux ordinaire d'intérêt, correspondant à la dette garantie par le gage.

§ VI. — PACTE COMMISSOIRE OU *LEX COMMISSORIA*

2116. On a déjà vu cette autre convention accessoire au contrat de gage. C'était un pacte par lequel, dans l'ancien droit, les parties

convenaient, au moment de la constitution du gage, que le prêteur, au cas de non-payement à l'échéance, deviendrait propriétaire absolu de la chose, sans avoir à tenir compte au débiteur de la différence entre le montant de la créance et la valeur de la *res pignerata.* Cette clause fut absolument proscrite par Constantin : « *Placet infirmare eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri.* » (L. 3, C. 8, 35.) Cette défense de Constantin a passé dans le Code civil, pour la rédaction de l'article 2078.

2117. Avant de passer aux contrats qui se forment *verbis*, il est bon de résumer, de la façon la plus concise, les caractères communs aux *trois contrats* de gage, de dépôt, de commodat, par opposition au *mutuum*

I. Ces trois contrats se forment *re* comme le *mutuum;* ils en diffèrent en ce qu'ils transfèrent la possession, et non la propriété. — Il résulte du caractère précédent que, dans ces trois contrats, il n'est pas nécessaire, comme pour le *mutuum*, que le *tradens* soit propriétaire de la chose.

II. Dans ces trois contrats, la chose livrée est une *species;* dans le *mutuum,* elle est considérée *in genere.* D'où résulte, notamment, que, dans le *mutuum*, si la chose périt par cas fortuit, l'emprunteur n'est pas libéré, puisqu'un *genus* ne périt pas, tandis que, dans les trois autres, la chose périssant par cas fortuit, l'obligation de l'*accipiens* s'éteint faute d'objet.

III. Le *mutuum* est un contrat unilatéral, qui ne peut jamais donner lieu qu'à une action directe. — Les trois autres, contrats unilatéraux au moment de leur formation, peuvent aboutir à des obligations réciproques garanties, celles du *tradens* par les actions directes, celles de l'*accipiens* par les actions contraires : — de dépôt, de gage, de commodat. On les appelle pour ce motif *contrats synallagmatiques imparfaits.*

IV. Les trois contrats sont des contrats de bonne foi; le *mutuum* est un contrat de droit strict.

CHAPITRE II

CONTRATS QUI SE FORMENT VERBIS

(*Inst.*, III, XV.)

PRÉLIMINAIRES

2118. Nous savons que la base même, l'élément essentiel du contrat, est l'accord des volontés des contractants, dont l'un entend

devenir débiteur et l'autre entend devenir créancier. L'*obligation verbale* étant un contrat suppose donc nécessairement l'accord de deux volontés dans le but de former un *vinculum juris*. Il en résulte, cela va sans dire, que si deux personnes ont prononcé les paroles solennelles consacrées à la *stipulation*, sans avoir l'intention de s'obliger, il n'y aura pas de contrat formé : « *Nec enim*, dit Paul, *si per jocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero :* SPONDES? *et tu responderis :* SPONDEO, *nascetur obligatio.* » (L. 3, § 2. D. 44, 7.)

Le seul contrat verbal dont s'occupent les *Institutes* est la *stipulation*. De son côté, la rubrique du titre XV, aux *Institutes*, *De verborum obligatione*, semble bien indiquer qu'il n'y a qu'*une seule* obligation verbale, et en effet tous les textes que contient ce titre ne concernent que la *stipulation*. Or il est certain qu'à côté de la stipulation il y avait deux autres obligations verbales, la *dictio dotis* et la *jurata promissio liberti*, qui diffèrent de la stipulation : 1° *par leur forme*, qui ne comporte ni interrogations ni réponse ; 2° par *leur fonction*, car elles n'interviennent que dans des hypothèses tout à fait spéciales. (*Epitome* de Gaïus, L. II, tit. IX, § 3 et 4.)

Il est d'autant plus nécessaire de dire quelque mots de ces deux contrats *verbis*, que le titre *De verborum obligatione*, qui ne s'applique qu'à la stipulation, ne saurait fournir à leur sujet aucun renseignement. On peut même s'étonner que les rédacteurs du *Digeste*, qui laissaient systématiquement de côté ce qui concernait ces deux contrats aient conservé la rubrique générale *De verborum obligationibus*, à un titre du *Digeste* qui ne s'occupait que de la stipulation. (45, 1.)

2119. 1° *Dictio dotis.*— « *Sunt et aliæ obligationes, quæ nulla præcedente interrogatione contrahi possunt, id est, ut si mulier, sive sponso uxor futura, sive jam marito, dotem dicat.* » En d'autres termes, il y a *dictio dotis* lorsque, sans interrogation préalable de celui qui va devenir créancier, le mari, le fiancé, la femme ou la future épouse se constituaient une dot en faveur de leur conjoint ou de leur futur conjoint. Cet engagement pouvait d'ailleurs être pris, également, par le débiteur de la femme, sur la délégation de celle-ci, ou par son ascendant paternel. (Gaïus, *Epitome*, L. 4I, 2 IX, § 3.) On voit donc qu'à la différence de la *stipulation*, qui exige une demande et une réponse, la *dictio dotis* résulte simplement d'une déclaration orale de la personne qui devient obligée, sans qu'il soit même établi que la personne gratifiée ait besoin d'adhérer *verbis* à la déclaration de l'autre partie.

Cette *dictio dotis* était devenue inutile et disparut probablement à l'époque où, par un simple pacte, toute personne put valablement

s'obliger à fournir une dot au mari. (L. 6. C. 5, 11.) Dans tous les cas, il est certain qu'elle n'existe plus à l'époque de Justinien, ce qui n'a pas empêché les rédacteurs du *Digeste* d'insérer dans ce recueil un assez grand nombre de textes qui la concernent, et qui ne donnent plus un sens raisonnable, si on les applique à un autre mode de constitution de la dot. (L. 31, § 1, D. 46, 2; p. 51 et suiv., *Des obligations solidaires en droit romain*, par M. Demangeat.)

2120. 2° *Jurata promissio liberti.* — Un maître veut affranchir son esclave, mais en même temps il veut se réserver le droit d'exiger de lui certains services, *operæ*. Or il est de principe absolu que l'esclave ne peut s'obliger *civilement* envers son maître; d'un autre côté, une fois l'esclave affranchi, le *manumissor* ne possède aucun moyen coercitif pour le forcer à lui rendre certains services déterminés. Voilà le biais, assez bizarre d'ailleurs, qui permet de garantir les droits que le maître veut se réserver : avant l'affranchissement, le maître demande à l'esclave de lui promettre, *par serment*, les *operæ* à exécuter quand il sera devenu libre; puis il l'affranchit; et, immédiatement, l'affranchi renouvelle son serment. C'est ce *second serment* qui forme le contrat. Si un tel contrat rentre dans les contrats *verbis*, c'est que le serment qui le forme est prononcé de *vive voix*.

Voici maintenant ce qui justifie notre imputation de bizarrerie appliquée à cette combinaison. C'est que le premier serment, fait par l'esclave sur le point d'être affranchi, est absolument nul en droit civil, et on ne le fait prêter que dans l'espérance que l'affranchi n'aura pas l'impudeur de refuser de confirmer, par un nouveau serment, ce serment sans valeur *civile*, qu'il vient de prêter un instant auparavant. Or il me semble que, si l'affranchi a la conscience assez large pour ne pas s'engager valablement — dès que les formalités de la *manumissio* sont accomplies — à exécuter ces obligations qu'il sait très-bien avoir été la condition formelle de son affranchissement, il n'aura pas grand scrupule à laisser son patron désarmé en présence d'un premier serment sans effet juridique.

2121. Quoi qu'il en soit, cette façon de s'obliger est accessible aux impubères eux-mêmes. (L. 7, § 5, D. 38, 1; — L. 44, § 2, D. 40, 12.) Il va de soi qu'un tel serment ne produirait aucun lien de droit, si l'affranchissement, au lieu d'être un acte spontané du maître, n'intervenait qu'en exécution d'une obligation antérieure, et, *a fortiori*, si la *manumissio* était nulle, comme s'appliquant à un homme libre possédé à tort comme esclave.

2122. Comme contrat verbal, la *jurata promissio liberti* est ga-

rantie par une *condictio*, et soumise en général aux règles particulières qui régissent les contrats *verbis;* elle jouit par exemple de la faculté d'être garantie par *sponsio* et de s'éteindre par voie d'*acceptilatio*.

2123. La *jurata promissio liberti* n'est pas plus mentionnée par les *Institutes* de Justinien que la *dictio dotis;* faut-il en conclure que, comme cette dernière, elle soit tombée en désuétude? Il est difficile de l'admettre, en présence du grand nombre de textes qui la concernent, et que Tribonien et ses collègues ont insérés sans changement dans le *Digeste*. Il est toutefois probable qu'elle était peu usitée en pratique; en effet, d'un côté on pouvait parfaitement remplacer le second serment par une simple stipulation (L. 44, D. 40, 12; — LL. 3, 7, § 2;—L. 10, D. 38, 1), et, d'un autre côté, la non-exécution, par l'affranchi, d'une convention qui — quoique dénuée de valeur juridique, comme faite avec l'esclave — n'en était pas moins, *en équité*, la cause et la condition de l'affranchissement subséquent, — devait donner ouverture à une action de dol contre l'affranchi récalcitrant.

2124. Ce qui précède n'offrant d'ailleurs qu'un intérêt historique ou de nomenclature, nous passons de suite à la seule obligation verbale qui ait de l'intérêt, et un immense intérêt, la STIPULATION.

ARTICLE PREMIER. — STIPULATION

(*Inst.*, III, XV.)

§ Ier. — GÉNÉRALITÉS. — FORMES.

2125. La stipulation n'est pas, comme le *mutuum* ou la vente, un contrat ayant un but bien spécifié et des effets déterminés. C'est au contraire un moule dans lequel on jette une infinie variété de conventions, pour leur donner *la force obligatoire*, au lieu de les laisser au rang des simples pactes. C'est dans ce sens que Justinien dit, en parlant des stipulations conventionnelles : « *Quarum totidem genera sunt quot, pœne dixerim, rerum contrahendarum.* » (*Inst.*, § 3, III, XVIII.)

La stipulation se présente toujours sous la même forme extérieure, avec les mêmes conditions de validité et de nullité, résultant de la forme et des conditions auxquelles elle doit se soumettre; mais cet *uniforme* identique couvre toutes les conventions qui peuvent entrer dans l'imagination des parties, en tant que, bien entendu, elles n'ont rien d'illicite, de contraire aux lois et aux bonnes mœurs. — En d'autres termes, comme l'indique l'étymologie du mot stipulation,

c'est un moyen de sanctionner et de rendre obligatoires les conventions de toute nature.

2126. Du reste, rien n'est plus simple et plus net, plus susceptible d'éviter les erreurs et les ambiguïtés, que les formes ou solennités dans lesquelles la stipulation doit se circonscrire :

Pr. L'obligation se contracte par paroles (*verbis*), au moyen d'une interrogation et d'une réponse, lorsque nous stipulons qu'on nous donnera ou qu'on fera quelque chose. Ce genre d'obligation donne naissance à deux actions : la *condictio*, quand la stipulation est certaine, et l'action *ex stipulatu*, quand la stipulation est incertaine. Le mot stipulation vient de *stipulum*, qui, chez les anciens, signifiait *ferme*, et qui lui-même paraît venir de *stips* (souche).

§ 1. Les paroles usitées dans les stipulations étaient les suivantes : *Spondes? Spondeo; Promittis? Promitto; Fidepromittis? Fidepromitto; Fidejubes? Fidejubeo; Dabis? Dabo; Facies? Faciam.* Il est indifférent que la stipulation soit conçue en latin, en grec ou en toute autre langue, pourvu que chacun des contractants ait l'intelligence de la langue dans laquelle la stipulation est faite. Il n'est pas même nécessaire que les deux contractants se servent du même idiome : il suffit que la réponse concorde avec l'interrogation. Deux Grecs peuvent contracter cette obligation en se servant de la langue latine.

Ces paroles solennelles étaient anciennement en usage; mais, depuis, la constitution de Léon a supprimé la nécessité des paroles solennelles; et, pourvu que les deux parties soient d'accord et qu'elles aient également l'intelligence de ce qui se dit, peu importe de quels termes elles se servent.

2127. Ainsi la stipulation suppose essentiellement une interrogation suivie d'une réponse. Aucune forme, avons-nous dit, n'est plus propre à garantir la volonté sérieuse des parties et à manifester avec précision l'objet de la dette qui prend naissance. Cet avantage, joint à celui de pouvoir s'appliquer aux conventions les plus diverses, fait de la stipulation un contrat si important que c'est dans le titre qui la concerne que les jurisconsultes romains déterminent les règles générales qui régissent toute la matière *des obligations*.

2128. La stipulation suppose un échange de paroles entre les parties contractantes, et, comme nous le dit le texte ci-dessus, ces paroles, à l'origine, étaient strictement déterminées. Mais plus tard il intervint sans doute une certaine tolérance dans ce formalisme : c'est ainsi qu'Ulpien, dans l'hypothèse d'un homme interrogé ainsi : *Dabis?* et répondant : *Quidni?* au lieu de *dabo*, le considère néanmoins comme obligé : « *Is utique in ea causa est ut obligatur.* » (L. 1, § 2, D. 45, 1.) Il va sans dire que, si cette réponse : *Pourquoi pas?* n'empêche pas la formation du contrat de stipulation, celle-ci serait, à plus forte raison, valable, si le verbe de la réponse n'était pas le même que celui de la demande. La constitution de Léon, de janvier 469, consacre cette tolérance, en décidant que les parties sont absolument libres d'employer telles expressions que bon leur semble, pourvu que le mutuel consentement soit indiscutable.

2129. Notre texte tranche également une autre question concernant ces nécessités de forme, en décidant que les parties pourront se servir, pour l'interrogation et la réponse, du latin, du grec ou de toute autre langue. En effet, ce n'était pas sans hésitation qu'on avait admis la validité d'une stipulation dont l'interrogation et la réponse auraient été prononcées dans une langue étrangère. Gaïus admettait bien qu'on pouvait stipuler en grec, en disant par exemple : Δὼσεις; Δὼσω, au lieu de : *Dabis? Dabo;* mais il gardait le silence sur les idiomes autres que le grec. De son côté, Ulpien, tout en admettant que la demande peut être en latin et la réponse en grec, paraît exprimer des doutes sur la possibilité de l'emploi des langues autres que le latin et le grec [1].

2130. Quoiqu'il en soit, il est incontestable que la forme *Spondes? Spondeo* est uniquement réservée aux citoyens romains : « Mais cette manière de stipuler : *Dari spondes? Spondeo*, est exclusivement propre aux citoyens romains. Les autres sont du droit des gens : aussi sont-elles valables pour tous les hommes, qu'ils soient citoyens romains ou étrangers ; et quoi qu'elles aient été prononcées en grec, comme ainsi, par exemple : Δὼσεις; Δὼσω· — Ὁμολογεῖς; Ὁμολόγω· — Πιστειχελεύεις; Πιστειχελεύω· — Ποιήσεις; Ποιήσω, elles sont valables même entre citoyens romains, pourvu qu'ils aient l'intelligence de la langue grecque ; à l'inverse, quoique énoncées en latin, ces stipulations sont valables même entre étrangers, pourvu qu'ils entendent le latin. Mais cette formule de stipulation : *Spondesne? Spondeo*, est tellement propre aux citoyens romains qu'on ne peut la traduire en grec, bien qu'on dise qu'elle est née d'un mot grec. » (Gaïus, III, 93 [2])

2131. Il va sans dire que l'interrogation est faite par celui qui va devenir créancier, et la réponse par celui qui va devenir débiteur. L'interrogation prend spécialement le nom de *stipulatio*, et la réponse celui de *sponsio* ou de *promissio*.

2132. De ce qui précède résulte qu'au point de vue de *la forme*

---

1. *Sed utrum hoc usque ad græcum sermonem tantum protrahimus, an vero et ad alium, pœnum forte vel assyrium vel cujus alterius linguæ, dubitari potest. Et exstat scriptura Sabini, sed et verum patitur ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen ut uterque alterius linguam intelligat, sive per se, sive per verum interpretem.* (L. I, § 6, D. 45, 1.)

2. Il est intéressant de traduire ici le § 94, sans qu'il soit besoin de le commenter : « On dit aussi qu'un étranger ne s'oblige par cette formule que dans un cas, celui où notre empereur interroge, touchant la paix, le chef d'un peuple étranger : Vous engagez-vous à rester en paix? ou quand il est lui-même interrogé. Ceci me paraît subtil, parce que, dans le cas où le pacte n'est pas observé, on n'exerce pas l'action *ex stipulatu*, mais la chose se décide par le droit de la guerre. »

la stipulation n'est valable que si une question a précédé une réponse (question et réponse orales), et si cette question et cette réponse ont été faites dans un langage déterminé. Ce n'est pas tout; il faut encore une certaine continuité entre l'interrogation et la réponse. Il faut en d'autres termes que l'opération forme un véritable *tout*, comme nous avons vu la validité du testament dépendre de sa confection *uno contextu;* en d'autre termes, il faut qu'aucun acte juridique, aucun espace de temps dépassant quelques minutes, ne s'intercale entre la demande et la réponse; en effet, si la réponse ne suivait pas presque immédiatement l'interrogation, on ne saurait dire que le promettant a bien entendu promettre ce qu'avait demandé le stipulant, demande dont le souvenir pourrait ne plus être précis; s'il en était autrement, le caractère si net et si *déterminatif* de ce mode de contracter disparaîtrait pour faire place à l'hésitation et à l'incertitude.

§ II. — AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE CETTE FORME DE CONTRACTER

2133. Nous avons dit plus haut que cette forme de contracter a pour avantage de déterminer, avec une précision rigoureuse, l'objet et l'étendue de l'obligation, qui ne peut être que la manifestation indiscutable de la volonté des parties. Elle évite donc toutes les difficultés et les procès résultant de la nécessité d'interpréter rétroactivement les intentions des parties. — Mais elle offre plusieurs inconvénients : 1° jusqu'à Léon, le moindre changement dans la formule empêche la formation de l'obligation; 2° consistant essentiellement dans une demande et une réponse orales, elle ne peut être employée ni par les sourds, ni par les muets, ni par les absents, car la présence simultanée et face à face des parties est indispensable. — Faut-il en conclure que jamais l'absent, le muet, le sourd, ne peuvent devenir créanciers ou débiteurs par voie de stipulation? Évidemment non; nous savons en effet que l'esclave peut emprunter, en faveur de son maître, la capacité juridique de ce dernier; or le maître pourrait parfaitement stipuler ou promettre s'il n'y avait pas un incident *matériel* qui l'empêchât, *en fait*, de prononcer les formules exigées; l'esclave, qui n'est pas soumis à ces empêchements, pourra donc stipuler, spontanément ou par ordre, en faisant l'interrogation et en recevant la réponse; et le droit civil considérera la créance comme directement acquise au maître; l'esclave pourra promettre également pour son maître, non pas il est

vrai sur sa propre initiative, mais en vertu d'un ordre régulier, et le maître sera obligé *jure prætorio*.

2134. Nous verrons plus loin (*aux stipulations inutiles*) toutes les causes de nullité qui peuvent résulter de la violation des principes que nous avons étudiés jusqu'à présent, au sujet du consentement ou accord des volontés et des formes ou solennités afférentes au contrat verbal de stipulation.

§ III. — ACTIONS QUI DÉRIVENT DE LA STIPULATION

2135. Deux actions distinctes naissent de la stipulation, suivant qu'elle est *certa* ou *incerta* : « *Duæ proficiscuntur actiones, tam condictio si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu si incerta.* » Ainsi, suivant que la stipulation sera *certa* ou *incerta*, l'action à laquelle elle donnera naissance sera elle aussi *certa* ou *incerta*. Cette action, qu'elle soit *certa* ou *incerta*, est toujours une *condictio*, et, par conséquent, une action *stricti juris*. Toutefois, si l'expression *condictio* s'applique plus spécialement à l'action dérivant de la *stipulatio certa*, d'un autre côté on désigne de préférence, par l'expression *actio ex stipulatu*, l'action dérivant de la *stipulatio incerta*.

Il faut remarquer d'ailleurs que cette division, énoncée par Justinien, est peu scientifique. On verra en effet (aux actions) que l'action résultant d'une stipulation est une *action personnelle* et par suite une *condictio*, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la stipulation est certaine ou incertaine. Toute la différence consistera en ce que la *condictio*, résultant de la *stipulation certaine*, sera une *condictio certa*, tandis que la *condictio*, résultant de la *stipulation incertaine*, sera une *condictio incerta ;* et ces deux *condictiones*, bien que de même nature et soumises à certains principes communs, sont néanmoins régies par des règles spéciales très-différentes. C'est cette distinction que les *Institutes* ont voulu accentuer, en qualifiant l'une de *condictio certa* et l'autre d'*actio ex stipulatu ;* — mais ces deux dénominations n'indiquent pas des actions différentes, parfaitement déterminées : cela est si vrai que les textes (L. 68, D. 45, 1. — L. 10, § 1, D. 2, 14) sanctionnent, par une action *ex stipulatu*, la *stipulatio pœnæ*, qui est évidemment *certa ;* — et que, d'autre part, l'action dérivant d'une stipulation incertaine est si bien une *condictio* que nous verrons des *condictiones incertæ* opposées aux *condictiones certæ*. En d'autres termes, ce qu'il faut dire, c'est que toute action née d'une stipulation peut indifféremment s'appeler action *ex stipulatu*, si l'on se réfère au contrat duquel elle tire son origine, ou *condictio*, si on envisage la place qu'elle occupe dans la classification des actions.

En résumé, nous dirons donc, sans nous préoccuper davantage de la distinction de mots établie par Justinien, que la *stipulatio certa* est garantie par une *condictio certa*, et la *stipulatio incerta* par la *condictio incerta*, laquelle peut prendre également le titre d'*actio ex stipulatu*. — Remarquons d'ailleurs, dès à présent, que, primitivement, la *condictio certa* s'appliquait exclusivement à l'obligation ayant pour objet une somme d'argent déterminée, et que les autres *certæ* étaient poursuivies par la *condictio triticaria*.

Reste à savoir maintenant dans quels cas la stipulation est *certa*, dans quels cas elle est *incerta*.

2136. La stipulation est certaine, quand elle a pour objet un corps certain, une somme fixe, une chose *in genere* parfaitement déterminée; c'est-à-dire quand l'énoncé même de la formule indique d'une façon précise la nature, la qualité, la quantité de l'objet stipulé. C'est ce que dit Gaïus (L. 74, D. 45, 1) : « *Certum est quod ex ipsa pronunciatione apparet quid* (nature), *quale* (qualité), *quantumque* (quantité) *sit*, *ut ecce : aurei decem*, *fundus Tusculanus*, *homo Stichus*, *tritici africi optimi modii centum...* » Il faut remarquer cette dernière expression; en effet, la stipulation de 100 mesures de bon froment (et non du meilleur froment) d'Afrique ne serait pas *certa*, car, si la qualité la meilleure est *une*, la bonne qualité comporte bien des degrés : « *Boni appellatione non est certæ rei significatio, cum id quod bono melius sit ipsum quoque bonum sit.* » (L. 75, D. 45, 1.)

2137. Du reste, pour que la stipulation soit *certa*, il n'est pas nécessaire que, à l'audition de l'interrogation, toute personne puisse se rendre immédiatement compte de l'étendue de l'obligation contractée. Ainsi sera *certa* la stipulation du vin que vous avez dans votre cellier : « *vinum quod in horreo est;* » en effet, il n'y a qu'une vérification matérielle à faire pour savoir exactement ce qui a été stipulé, sans qu'il puisse s'élever aucune discussion sur l'exécution d'une telle convention. Il en est différemment si je stipule ce que Seius me doit : « *Quod mihi Seius debet dare spondes,* » quoique cette dette de Seius consiste en un *certum*, sur lequel il ne peut y avoir aucune hésitation.

2138. Il ne me paraît pas possible de tirer une autre conclusion du texte d'Ulpien qu'on va lire (L. 75, §§ 5 et 6, D. 45, 1), et que je cite en entier, car M. Demangeat l'interprète d'une façon diamétralement opposée à mon appréciation, prétendant qu'on y trouve la preuve de l'*assimilation* entre les deux espèces ci-dessus posées : « § 5. *Qui vinum aut oleum vel triticum, quod in horreo est, stipulatur, certum stipulari intelligitur.* — §. 6. *Qui vero a Titio ita stipulatur : Quod mihi Seius debet dare spondes? et qui ita stipulatur : Quod ex*

testamento mihi debes, dare spondes? incertum in obligationem deducit, licet Seius certum debeat vel ex testamento certum debeatur, quamvis istæ species vix separari possint ab ea quam proposuimus de vino vel oleo vel tritico, quod in horreo repositum est.

« Celui qui stipule le vin, l'huile ou le froment qui est dans son cellier est réputé faire une stipulation *certa.* Mais celui qui stipule ainsi de Titius : — Promets-tu de me donner ce que Seius me doit? ou : Promets-tu de me donner ce que tu me dois en vertu d'un testament? — contracte une obligation *incerta*, bien que Seius doive un *certum*, et que ce soit un *certum* qui soit dû en vertu du testament; et cependant ces espèces se distinguent à peine de celle que nous avons proposée, c'est-à-dire de la stipulation du vin, de l'huile ou du froment qui est dans un cellier. »

2139. Quel peut être le motif qui a fait ranger, dans deux classes différentes, ces deux stipulations, qui nous semblent bien, comme à Ulpien, fort peu différer entre elles? C'est probablement celui-ci : dans la première espèce, la *stipulatio* est *certa*, parce qu'il n'y a qu'une vérification MATÉRIELLE à faire pour connaître la quantité et la qualité du vin, de l'huile ou du froment qui se trouve dans votre grenier ou cellier, sans qu'aucune *difficulté de droit* puisse s'élever sur la détermination de la chose. Au contraire, dans la seconde espèce, qui constitue, nous dit-on, une *stipulatio incerta*, on peut craindre des contestations sur l'étendue et même sur l'existence de cette dette, qui doit mesurer l'étendue de la stipulation.

2140. La stipulation *incertaine* est en général facile à distinguer; c'est celle qui n'est pas *certaine;* or nous savons quelles sont les conditions auxquelles une *stipulatio* est *certa.* Sans donner de grands détails, il convient de citer quelques exemples. Ainsi il y a *stipulatio incerta :* 1° quand l'objet de la stipulation n'apparaît pas d'une façon bien déterminée (un usufruit, cent mesures de blé, l'enfant qui naîtra de l'esclave Aréthuse); 2° quand on stipule un fait ou une abstention, car la quantité due n'apparaît pas dans la formule du contrat (L. 75, § 7, 45, 1); 3° quand on stipule une *alternative*, le choix étant laissé au débiteur, car il faut attendre qu'il ait choisi, pour savoir quel sera l'objet de la dette; 4° quand on stipule une certaine somme d'argent *in annos singulos*, car l'importance de la dette résultera du nombre d'annuités à payer; 5° quand on stipule, comme on l'a vu plus haut, *cent mesures de bon froment... ce que Seius me doit... ou ce qui m'est dû en vertu de tel testament*, car, dans ces différentes hypothèses, on ne pourrait évaluer immédiatement, ni d'une façon invariablement uniforme, l'intérêt précuniaire qui résume l'objet de la stipulation. Aussi a-t-on soin, le plus souvent, d'insérer, pour le cas d'in-

exécution, une *clause pénale*, qui constitue précisément l'estimation préalable, par les parties elles-mêmes, de l'avantage que le créancier entend retirer de la stipulation.

2141. Si l'objet de la stipulation, au lieu d'être seulement plus ou moins difficile à déterminer, était absolument indéterminé, de telle sorte que l'objet de l'obligation pût devenir dérisoire, une telle stipulation serait *absolument nulle*, car elle ne permettrait pas de supposer, dans l'esprit des contractants, une volonté sérieuse de s'obliger ou de devenir créancier. Tel est le cas où l'on aurait, par exemple, *stipulé du blé*, sans indication d'aucune mesure, de telle sorte que le débiteur pourrait se libérer avec quelques grains de blé.

§ IV. — MODALITÉS

(*Inst.*, III, XV.)

§ 2. « Toute stipulation est pure et simple, à terme, ou sous condition. Elle est pure et simple, par exemple : Promettez-vous cinq écus d'or? Et alors on peut demander à l'instant ce qui a été promis. »

§ 3. « Si vous stipulez en ces termes : Promettez-vous de me donner dix écus d'or par an tant que je vivrai? l'obligation est réputée pure et simple et se perpétue, même après la mort du stipulant, parce qu'on ne peut pas devoir pour un certain temps; toutefois la demande, formée par l'héritier du stipulant, serait repoussée par l'exception *pacti conventi*. »

2142. Ainsi toute obligation est pure et simple, ou affectée d'une modalité quelconque, c'est-à-dire modifiée dans son existence, dans son objet ou dans son exécution. Les *Institutes* citent deux modalités, les seules, il est vrai, qui aient une grande importance : le *terme* et la *condition*. Mais ce n'étaient pas les seules modalités qui pussent affecter une stipulation. C'est ce que nous apprend un texte célèbre de Paul (L. 44 pr. D. 44, 7), qui énumère quatre *causæ obligationum*, comme il appelle les modalités, à savoir : le *dies* (terme), la *conditio* (condition), le *modus* (alternative), l'*accessio* (qui ne peut se traduire).

Le *terme* et l'*accessio* affectent l'*exécution* de l'obligation; la *condition* affecte l'*existence* même de l'obligation; quant au *modus*, il affecte l'objet de l'obligation.

2143. Il faut bien remarquer, du reste, que ces modalités ne sont pas spéciales à la stipulation, et nous les rencontrerons, comme nous les avons déjà rencontrées souvent, dans le cours de cet ouvrage.

2144. La stipulation est *pura* si elle n'est affectée d'aucune modalité. Ulpien va même plus loin, en prétendant que celui qui a stipulé, sous une condition *quæ omnino exstatura est*, *pure videtur stipulari*, parce que, dans ce cas, la condition n'a que l'effet d'un terme. — Il nous est impossible de comprendre une telle théorie;

sans doute nous ne ferons aucune difficulté d'admettre que la *condition*, dont l'*arrivée est certaine*, puisse être assimilée à un *terme*, au *dies incertus;* mais reste toujours une stipulation *à terme*, qui, par cela même, ne peut être considérée comme une obligation pure et simple. On peut dire qu'une telle stipulation n'est pas *conditionnelle*, mais, à mon avis, on ne peut dire rien de plus. En effet, si je comprends bien le texte, il s'agit d'une condition qui se réalisera *certainement*, mais qui n'est pas encore réalisée. On ne peut donc pas assimiler cette situation, à celle où j'ai stipulé quelque chose, « *si in cælum non ascenderis* »; car, dans cette dernière hypothèse, il est dès à présent certain que la condition négative ne pourra jamais s'accomplir, et que, par conséquent, on peut la considérer comme non écrite, ce qui laisse à la stipulation, qui en était affectée, le caractére d'être pure et simple. Mais ce n'est aucunement le cas, dans notre texte d'Ulpien; si bien qu'il serait impossible de dire que le *dies venit*; or précisément l'essence de la stipulation *pura* est d'être telle que *hic et nunc* « ET CESSIT ET VENIT DIES ».

2145. Ceci nous conduit à étudier ce qu'on entend par ces expressions : « *dies venit... dies cedit.* » Voici ce qu'en dit Ulpien (L. 213, pr. D. 45, 1) : « *Cedere diem significat incipere deberi pecuniam; venire diem significat eum diem venisse quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc conditione.* » Ainsi le *dies cedens* se confond avec la naissance de l'obligation, et le *dies veniens* avec l'exigibilité de la dette qui en résulte.

A. L'obligation *pure et simple* prend immédiatement naissance, et, comme rien ne modifie son exécution, celle-ci peut être immédiament poursuivie.

B. Quant à l'obligation *à terme*, elle prend immédiatement naissance; c'est un droit irrévocablement acquis pour celui qui devient créancier; mais il y a terme et délai pour l'exécution, qui ne pourra être poursuivie qu'à l'arrivée du terme.

C. L'obligation conditionnelle, au contraire, n'existe pas en réalité; elle constitue plutôt une promesse d'obligation future, dont la réalisation dépendra d'un événement qui pourra très-bien ne pas arriver; dès lors, non-seulement, comme dans l'obligation à terme, l'exécution d'une telle obligation ne saurait être poursuivie dès à présent, mais même on ne sait si le lien de droit, prévu dans cette stipulation, se formera jamais; il y a seulement l'espérance d'une dette future, et, par conséquent, impossibilité d'en poursuivre l'exécution jusqu'à l'arrivée de la condition.

2146. On comprend parfaitement que des différences aussi profondes, dans l'exercice même et le principe de l'obligation pure et simple, à terme ou conditionnelle, produise des effets considérables dans la pratique. Ainsi le débiteur *à terme*, qui paie avant l'arrivée du terme, *paie bien*, car, tout en ayant le droit de n'exécuter son obligation qu'au bout d'un certain temps, il est bien en réalité débiteur, dans toute l'énergie du mot ; — le débiteur conditionnel, au contraire, qui paie avant l'arrivée de la condition, pourra réclamer ce qu'il vient de payer, par une *condictio indebiti ;* en effet, non-seulement il n'était pas obligé de payer immédiatement, mais, bien plus, il n'était pas même débiteur, puisque la condition (de laquelle résultait la *fécondation* ou la *stérilité* de la stipulation *sub conditione*) était encore pendante ; dès lors il a payé ce qu'il ne devait pas, et il pourra le réclamer par l'action dérivant du paiement de l'indû.

Remarquons aussi que le patrimoine du créancier sera plus ou moins accru, selon qu'il aura stipule purement et simplement, à terme, ou sous condition. Dans le premier cas, l'exigibilité étant immédiate, et la solvabilité du débiteur n'ayant pas le temps de varier, le créancier acquiert bien tout ce qu'il désirait acquérir. Dans le second, l'existence de la dette est certaine, mais certaines circonstances, et entre autres l'insolvabilité du débiteur, peuvent survenir entre la formation du lien de droit et son exécution, et diminuer dans une proportion considérable l'avantage que le créancier comptait retirer de la stipulation ; enfin le créancier conditionnel ne peut compter en rien sur le bénéfice de l'obligation contractée, puisque, loin de savoir à quel moment et dans quelle condition elle se réalisera, il ne sait même pas si elle existera jamais.

I. — **Du terme : DIES.**

(*Inst.*, III, xv.)

§ 2. ... On stipule à terme, quand la stipulation fixe un délai pour le paiement, par exemple : Promettez-vous de me donner dix écus d'or aux premières calendes de mars? Ce que nous stipulons à terme nous est dû immédiatement, mais ne peut être demandé qu'à l'échéance du terme. On ne peut même pas exiger le paiement le jour de l'échéance, parce que ce jour doit être laissé tout entier à celui qui doit payer. En effet, tant que ce jour n'est pas passé, on ne peut pas dire que le débiteur n'a pas payé le jour de l'échéance. »

§ 5. « Souvent on insère dans la stipulation la mention d'un lieu, par exemple : Promettez-vous de me donner à Carthage? Cette stipulation, quoiqu'elle paraisse faite purement, emporte cependant, par elle-même, un certain délai, celui nécessaire au débiteur pour fournir l'argent à Carthage. En conséquence, si quelqu'un stipule, à Rome, de cette manière : Promettez-vous de donner *aujourd'hui à Carthage?* la stipulation sera inutile, parce que l'exécution de la promesse est impossible. »

2147. Le terme est un événement qui doit sûrement arriver, et jusqu'à l'arrivée duquel l'exercice du droit est suspendu, ou à l'arrivée duquel l'exercice du droit doit cesser.

2148. En effet, quoique, dans les généralités de cette matière, nous ayons, par opposition à l'obligation pure et simple ou conditionnelle, parlé d'un seul genre de terme, il y en a, en réalité, deux très-distincts : le terme *suspensif*, dont l'effet est de retarder l'exigibilité de l'obligation ; le terme *extinctif*, dont l'effet est de faire cesser l'exigibilité d'une obligation qui ne devait durer que pendant un certain temps. — C'est ce que dit Paul (L. 44. § 1. D. 44, 7) : « ... *Vel ex die incipit obligatio, aut confertur in diem. Ex die, veluti : Kalendis Martii dare spondes? cujus natura hæc est ut ante diem non exigatur. Ad diem autem : Usque ad Kalendas dare spondes?...* »

2149. Dans l'un comme dans l'autre de ces deux termes, le *dies venit*, et, de plus, dans le second, le *dies cessit*, sauf à disparaître, avec l'obligation elle-même, à un moment déterminé.

2150. 1° *Terme suspensif.*— En prenant, pour exemple du terme suspensif, l'espèce mentionnée aux *Institutes*, il faut dire que l'obligation prend immédiatement naissance, mais que le créancier ne peut immédiatement en exiger l'exécution : « *Cessit dies, nondum venit.* »

2151. L'époque de l'échéance de l'obligation peut être déterminée par l'énonciation d'un jour, d'un mois ou d'une année. Or, tant que la dernière seconde du jour, du mois, de l'année — où la volonté des parties a fixé l'exigibilité de la dette résultant de la stipulation — n'est pas accomplie, il n'y a point *retard* de la part du débiteur, et le créancier ne saurait poursuivre. Par exemple : si j'ai stipulé que vous me donnerez dix sous d'or le premier jour des kalendes de mars? Vous ne pouvez me poursuivre que le deuxième jour des dites kalendes. Si j'ai stipulé que vous me donnerez au mois de mars? Je ne pourrai vous poursuivre que le premier jour d'avril. Enfin, si j'ai stipulé que vous me donnerez en cette année? Je ne pourrai vous poursuivre que le premier jour de l'année qui suivra l'année énoncée au contrat. En d'autres termes, l'unité de temps fixée par l'échéance appartient tout entière au débiteur ; « *Dies termini computatur in termino.* »

2152. Les principes précédents offrent un grand intérêt. On sait en effet combien, en droit romain, était grande la rigueur des principes qui régissaient *les actions*. Ainsi, par exemple, celui qui demandait plus qu'il ne lui était dû, qui commettait une *plus-petitio*, n'obtenait pas même la portion *justifiée* de cette demande exagérée ; elle était repoussée pour le tout, et, ce qui était plus grave, le

créancier ne pouvait plus porter une seconde fois en justice sa demande rectifiée. Or cette peine de la plus-pétition était encourue par celui qui réclamait l'exécution d'une dette, avant l'échéance, parce qu'agir ainsi était réclamer plus que ce à quoi on avait droit, et, par conséquent, commettre une plus-pétition.

2153. Il faut toutefois remarquer que, si j'ai stipulé que vous me donnerez, *aujourd'hui*, dix écus d'or, il semblerait que le créancier ne pourrait exercer de poursuites que le lendemain, puisque, jusqu'à la dernière seconde du jour où la stipulation prend naissance, l'exécution est possible ; par suite, on ne devrait point considérer le débiteur comme en retard. Toutefois, comme, dans cette espèce spéciale, l'intention des parties n'a point été de fixer un terme proprement dit, mais, bien au contraire, de spécifier l'exigibilité *immédiate* de la dette, le créancier pourra poursuivre *hic et nunc* l'exécution de la stipulation : « *In proposito enim diem non differendæ actionis, insertum videri, sed quo præsens ostendatur esse responsum.* » (L. 118, § 1, D. 45, 1.)

2154. 2° *Terme tacite.* — Les *Institutes* nous disent que, dans certaines circonstances, une stipulation, dont la forme extérieure est celle d'une stipulation pure et simple, peut être, en réalité, virtuellement affectée d'un terme.

2155. Ainsi j'ai stipulé que vous me donneriez un fonds de terre, un esclave? Tant qu'il ne s'est pas écoulé un temps suffisant pour vous permettre d'effectuer, à mon profit, le transport de la propriété de cet esclave, de ce fonds de terre, je ne pourrai vous poursuivre. De même, si j'ai stipulé que vous me donnerez à Carthage, bien qu'aucun terme ne soit spécifié, il est évident que je ne pourrai vous intenter une action qu'après l'expiration d'un laps de temps suffisant pour vous permettre de vous rendre à Carthage, ou d'y faire parvenir l'ordre de payer.

2156. Nous ne multiplierons pas les exemples, car il suffit d'avoir signalé la question, pour bien montrer que l'existence d'un *terme tacite* résulte des circonstances mêmes de la dette contractée, et que ce point spécial est essentiellement une *question de fait* et d'appréciation. Un seul principe peut être posé en pareille matière ; c'est qu'on ne doit admettre ce terme tacite que si l'objet même de l'obligation ne se prête pas à une exécution immédiate ; il ne faudrait donc pas se croire autorisé à pousser les présomptions plus loin que ce qui est indispensable ; on ne saurait, par exemple, déduire l'existence d'un terme de certaines circonstances susceptibles de faire préjuger l'intention des parties.

2157. On verra, d'un autre côté, aux *stipulations inutiles*, qu'on

ne pouvait effacer, par l'adjonction d'un terme tacite, la nullité résultant, pour une obligation, de l'impossibilité absolue de l'exécuter d'après les termes mêmes dans lesquels elle a été contractée. Exemple : si j'ai stipulé que vous me donnerez *aujourd'hui à Carthage*... cette obligation sera radicalement nulle, parce que l'exécution de votre promesse est impossible [1].

2158. Il ne suffit pas de dire que, dans telle stipulation, il convient d'adjoindre un terme tacite; il faut encore déterminer quelle sera la durée de ce terme. Ce second point trouve, ainsi que le premier, sa solution dans les circonstances de fait : en d'autres termes, la dette sera exigible quand il sera démontré, *en fait*, que le débiteur a eu le temps de l'acquitter.

2159. 3° *Terme incertain.* — Le *dies incertus* peut désigner deux situations différentes : 1° un événement futur et incertain pour l'énoncé duquel on s'est servi de la conjonction *cum*, qui caractérise ordinairement le terme, au lieu d'employer la conjonction *si*, qui caractérise la condition; c'est alors une véritable condition; — 2° un événement futur et certain, mais dont on ignore l'époque de réalisation; c'est un véritable *terme*, et la stipulation qui en est frappée doit être réglementée par les principes qui régissent les conventions à terme. (LL. 17 et 18, D. 12, 6.) Toutefois, si le *dies incertus* affecte une disposition testamentaire, il doit, en général, être traité comme une condition. (L. 75, D. 35, 1.)

2160. On peut s'étonner de cette différence qui existe entre le *dies incertus* affectant une convention entre-vifs, et le *dies incertus* affectant une disposition *mortis causa;* en d'autres termes, pourquoi, dans une disposition testamentaire, traite-t-on le terme incertain autrement que le terme certain?

2161. Voici l'explication qu'en donne M. Accarias. (T. II, p. 766 et 767) : « Quand j'institue un héritier *post quinquennium quam moriar*, la disposition littéralement interprétée signifierait que l'héritier *ab intestat* peut faire adition dès mon décès, et qu'au bout de cinq ans l'institué pourra le dessaisir en faisant lui-même adition. Ce résultat étant inadmissible, on répute le terme non écrit et l'institution pure et simple. Au contraire, quand l'institution est ainsi conçue :

---

1. Un texte de Gaïus (L. 141, § 4, D. 45, 1) expose une hypothèse, dans laquelle une telle stipulation serait valable, parce que des dispositions, préalablement prises par les futurs contractants, suppriment, en fait, l'impossibilité qui paraît résulter des termes de la stipulation. Ce n'est là qu'une espèce curieuse, qui ne déroge nullement au principe, et qui confirme ce que nous avons dit, à savoir : que la présence d'un terme tacite doit résulter des circonstances mêmes qui ont précédé la formation de la stipulation; qu'il y a là purement et simplement une question de fait.

Titius heres esto, quum Mævius morietur, l'interprétation la plus littérale ne permet pas de soutenir que le défunt ait voulu permettre à l'héritier *ab intestat* de faire adition du vivant de Mævius. D'un instant à l'autre, en effet, Mævius peut mourir, et cela suffit pour faire planer une incertitude permanente sur la vocation de l'héritier légitime. Or, c'est une règle absolue que l'adition est nulle toutes les fois que celui qui la fait n'a pas une vocation à la fois certaine en elle-même et connue de lui. C'est cette règle qu'on applique en assimilant le terme incertain à une condition. Il n'est pas douteux, du reste, que tout ceci s'applique exclusivement au *dies incertus a quo*. Si, en effet, il s'agit d'un *dies ad quem*, si par exemple Titius a été institué *donec Mævius moriatur*, l'assimilation d'un pareil terme à une condition ne mènerait à rien, puisque la condition *ad quam*, comme le *dies ad quem*, est réputée non écrite. L'institution *donec Mævius moriatur* vaut donc comme institution pure et simple. »

2162. Ce n'est point ici le lieu de discuter cette explication trop subtile; tout ce qu'on doit dire, en raison, c'est que le terme incertain — c'est-à-dire qui arrivera certainement, mais à une époque qu'il est impossible de déterminer d'avance — devrait produire exactement le même effet que le terme certain. C'est cette loi du bon sens qu'on applique aux conventions entre-vifs, et, dès lors, toutes les subtilités ne pourront démontrer le véritable fondement d'une exception inexplicable, en ce qui concerne le testament. (V. pour plus de détails : 1° testaments : *modalités;* — stipulations inutiles : *modalités*.)

2163. 4° *Terme extinctif.*

§ 3. « Si vous stipulez en ces termes : Promettez-vous de me donner dix écus d'or par an tant que je vivrai? L'obligation est réputée pure et simple, et se perpétue même après la mort du stipulant, parce qu'on ne peut pas devoir pour un temps ; toutefois la demande de l'héritier sera repoussée par l'exception de pacte. »

2164. Dans cette espèce, qui nous présente l'exemple d'une *rente viagère* constituée au profit du stipulant, il semblerait que la mort de ce dernier devrait arrêter de plein droit le cours des prestations. Il n'en est rien ; en effet, l'ancien droit ne considérait pas l'expiration d'un certain laps de temps comme susceptible d'éteindre une obligation. Dès lors, en droit pur, le caractère temporaire de l'obligation disparaissait, et, malgré la mort du stipulant, son héritier pouvait parfaitement continuer à réclamer en justice les prestations périodiques, qui, dans l'intention bien nette des parties, devaient cesser au décès du bénéficiaire. Toutefois ce résultat, si contraire à l'équité, avait frappé le préteur, qui permit au débiteur

de repousser la demande de l'héritier, au moyen de deux exceptions : l'exception *pacti conventi*, et l'exception *doli mali*. C'est ce que dit Paul (L. 44, § 1, D. 44, 7) : « On admet que l'obligation ne peut être contractée, pas plus qu'un legs ne peut être fait, pour durer jusqu'à une certaine époque ; en effet, une dette, une fois contractée envers quelqu'un, ne peut s'éteindre que par des modes déterminés. Toutefois, le temps expiré, le stipulant serait repoussé, en sa demande, par l'exception de pacte ou de dol... »

2165. Il en serait de même si, — au lieu de l'espèce mentionnée aux *Institutes*, parce qu'elle est facile à saisir,— on supposait que Titius a stipulé dix sous d'or jusqu'à telle époque déterminée. Dans cette hypothèse, comme dans les précédentes, l'ancien droit civil,— dominé par le principe de la perpétuité des obligations, et se trouvant ainsi pris dans le dilemme d'avoir à considérer l'obligation comme nulle par suite de l'apposition de ce terme, ou de considérer cette condition elle-même comme non avenue,—adoptait ce dernier parti. Dès lors l'arrivée du terme n'éteignait pas *ipso jure* l'obligation, et le stipulant pouvait intenter une action parfaitement fondée en droit. Heureusement pour le débiteur, les deux exceptions que Paul signale venaient le protéger contre ces injustes prétentions.

2166. Il ne faut pas confondre le cas où j'ai stipulé *decem aureos quoad vivam...*, et le cas où les *decem aurei annui* m'ont été légués. Ces deux hypothèses diffèrent en effet entre elles profondément, comme Pomponius le résume d'une façon si concise (L. 16, § 1, D. 45, 1) : *Stipulatio hujusmodi in singulos annos*, UNA est et INCERTA et PERPETUA... » Le legs n'a aucun de ces trois caractères ; reprenons les en détail :

2167. 1° *Una?* Quand il s'agit d'une stipulation *in singulos annos*, toutes les annuités se réunissent en un seul tout, se résument en une créance unique, dont tout le bénéfice est acquis, *hic et nunc*, au stipulant et à ses héritiers, s'il est *sui juris*, au *paterfamilias* et à ses héritiers, si le stipulant est *alieni juris*. Toutefois, quoique le droit à l'ensemble soit dès à présent acquis, le payement de cette créance s'échelonne en une série de termes successifs.

2168. Le legs d'annuités, au contraire, se divise en autant de legs distincts qu'il y a d'annuités ; le premier de ces legs successifs est pur et simple ; chacun des autres est subordonné à cette condition que le légataire n'aura pas cessé de vivre au début de l'année à laquelle il s'applique : « *Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cujus sententia vera est, plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale...* (Paul, L 4. D. 33, 1.)

2169. 2°... *Incerta?* Dans la stipulation *per singulos annos*, on ne peut préciser, dès l'origine, la somme totale que le débiteur aura à fournir. En effet, si le montant de chaque annuité est absolument déterminé, l'ensemble des obligations du débiteur se compose du montant de cette annuité, multiplié par le nombre des années pendant lesquelles ces annuités devront être payées. Or ce nombre d'années est indéterminé, et, par suite, le bénéfice résultant de la stipulation.

2170. Ce caractère a une influence considérable sur l'exigibilité des annuités. En effet, l'action devra être *incerta* comme la stipulation qu'elle est appelée à sanctionner, et l'*intentio* de la formule sera conçue en ces termes : « *Quiquid paret Numerium Negidium Titio dare, facere, oportere.* » Par cette action, Titius obtiendra bien le paiement des annuités échues, mais il ne pourra plus désormais agir pour les annuités à échoir, parce qu'une seule demande a eu pour effet de déduire en justice sa créance tout entière. C'est à cette triste situation du créancier que le préteur a porté remède, en lui permettant de faire insérer, chaque fois qu'il agit, en tête de la formule, la *prescriptio* : « *Ea res agatur, cujus rei dies fuit,* » qui restreint précisément aux termes échus l'effet novateur de la demande en justice, sans préjudicier aux termes non échus.

2171. A la différence de la stipulation, le legs d'annuités est *certum;* il se décompose en autant de legs que le légataire vivra d'années : le montant de chacun des legs est parfaitement déterminé; le nombre seul de ces legs est inconnu. A chaque échéance, le légataire réclamera le terme échu, par une *condictio*, et ce faisant, sans qu'il soit besoin de *præscriptio*, il ne préjudiciera pas aux annuités futures.

2172. *Remarque.* — Ce qui a été dit plus haut des conséquences produites, sur le droit du stipulant, par l'élément incertain de la stipulation *quoad vivam*, s'applique également à toute stipulation dont l'effet doit cesser à l'arrivée d'un *terme incertain*. Si, au contraire, on stipulait une somme fixe payable en plusieurs termes, il y aurait, comme dans le legs d'annuités, autant de créances distinctes que de termes, et chaque prestation serait poursuivie par une *condictio certa*, sans qu'on eût à s'occuper des termes non échus.

2173. 3°... *Perpetua.* Titius a stipulé *decem aureos annuos quoad vivet?* L'héritier pourra actionner le débiteur, même après la mort de Titius, car cette mort n'éteint pas *ipso jure* le droit résultant de le stipulation. Il est vrai que le débiteur reçoit encore ici, de l'équité prétorienne, une exception qui lui permettra de repousser une telle demande; mais cette concession de la pratique n'en

laisse pas moins le principe subsister. Comment maintenant justifier ce principe? Probablement par ce fait, que la stipulation d'annuités, étant envisagée comme un tout indivisible, sans fractionnement possible, les annuités ne sont considérées que comme les produits périodiques d'une créance perpétuelle, laquelle, survivant à la mort du créancier, laisse survivre également les produits périodiques qui en dérivent immédiatement.

2174. Dans le legs d'annuités, au contraire, les choses se passent autrement, parce que les legs sont toujours envisagés comme faits *intuitu personæ*. Dès lors le légataire disparaissant, ses héritiers n'ont rien à réclamer, moins parce que la mort du légataire met fin à un droit existant que parce qu'elle fait défaillir la condition à laquelle était subordonnée la naissance successive d'une série de droits. On sait, en effet, que la *diei cessio* des legs conditionnels ne s'opère qu'au moment de l'événement de la condition, et que le légataire, mort avant le *dies cedens*, ne transmet aucun droit à ses héritiers. Or la condition, sous-entendue dans l'espèce, est, pour le légataire, d'être vivant au moment où commencera une des périodes à laquelle est attachée une prestation.

2175. Les différences doctrinales que nous venons de signaler entre le legs et la stipulation d'annuités ne me paraissent reposer sur aucun motif sérieux. Elles dérivent, sans doute, de ces subtilités formalistes, si chères aux jurisconsultes romains ; c'est ce qui est fâcheux, puisqu'elles conduisent à énoncer des propositions comme celles-ci : le legs d'annuités est *certain*, parce qu'il n'y a qne le nombre des annuités qui est inconnu ; la stipulation d'annuités est *incertaine*, parce qu'on ne connaît pas le montant de la dette qui en résulte. Or, en pratique, y a-t-il une différence entre les deux espèces, et est-il un moyen humain de calculer mieux l'une que l'autre dette, puisque, dans l'une comme dans l'autre, le montant de la dette résultera précisément du produit du montant de chaque annuité, par un nombre d'années indéterminé, dès le principe, aussi bien dans un cas que dans l'autre ?

II. — De la condition : CONDITIO.

(*Inst.*, III, xv.)

§ 4. « La stipulation est faite sous condition, lorsque l'obligation est différée jusqu'à un certain événement, en sorte que la stipulation n'ait effet qu'autant que telle chose arrivera ou n'arrivera pas, par exemple : Promettez-vous de me donner cinq écus d'or si Titius est fait consul? Si on stipule de cette manière : Promettez-vous de me donner tant si je ne monte pas au Capitole? c'est comme si on stipulait pour le temps de sa mort.

« De la stipulation conditionnelle résulte seulement l'espérance que la chose sera due, et nous transmettons cette espérance à nos héritiers, si nous venons à mourir avant l'événement de la condition. »

§ 6. « Les conditions qui se réfèrent au temps présent ou passé annulent immédiatement l'obligation, ou n'en diffèrent pas du tout l'existence ; par exemple : Promettez-vous de me donner, si Mævius a été consul; ou bien : si Mævius est vivant? Car, si ces choses ne sont pas vraies, la stipulation est nulle; si elles sont vraies, elle est obligatoire à l'instant même. En effet, ce qui est certain dans la nature des choses, quoique incertain par rapport à nous, ne suspend pas l'obligation.

2176. La condition est un événement futur et incertain, jusqu'à l'arrivée duquel la *formation* du droit est tenue en suspens.

2177. Cette définition ne s'applique qu'à la condition qu'on peut appeler *suspensive*. Il faut remarquer, en effet, que, à l'exemple du terme, qui peut être suspensif ou extinctif, la condition peut être soit suspensive, soit extinctive ou résolutoire, suivant qn'elle tient en suspens la formation ou l'extinction du droit. Dans la première hypothèse, le droit n'est pas encore né, et la stipulation n'a d'autre effet que de faire naître l'espérance qu'un droit naîtra plus tard; dans la seconde, au contraire, le droit naît immédiatement, mais sera résolu si la condition se réalise. Nous ne consacrons pas de paragraphe spécial à cette seconde hypothèse, par la raison qu'elle ne se présente, pour ainsi dire, jamais en pratique, et cela se comprend. En effet, la situation juridique qui résulte d'une telle stipulation est identique à celle qui résulte de l'apposition d'un terme extinctif, avec cette seule différence que le terme extinctif doit certainement arriver, tandis que la condition résolutoire peut ne pas se réaliser, et, par suite, laisser subsister indéfiniment le droit. Or nous avons vu que le droit civil annulait le terme extinctif et considérait l'obligation comme pure et simple ; il en décidait de même en ce qui concernait la condition résolutoire. Le créancier peut immédiatement poursuivre le débiteur, ce qui est tout naturel, et si, plus tard, la condition résolutoire ne se réalise pas, la situation sera exactement la même que si, dès le principe, la stipulation avait été pure et simple. Mais il en sera de même, avons-nous dit, en raison du droit civil, même au cas où la condition résolutoire se réaliserait, puisque ledit droit civil la considère comme non avenue ? Oui, sans doute, en théorie; mais en pratique le préteur devait appliquer, à cette condition résolutoire, la même modération d'équité qu'au terme extinctif. Dès lors, si le créancier forme sa demande après l'arrivée de la condition, il sera repoussé par l'exception *pacti conventi*, ou par l'exception *doli mali;* rien de plus simple. Mais que faire si le créancier, comme il en avait en tout cas le

droit, s'est fait payer avant l'arrivée de la condition? Celle-ci survenant, le débiteur pourra-t-il répéter ce qu'il a payé, en se fondant sur ce que la cause de son obligation a cessé d'exister? M. Accarias pense que cette répétition devait être probablement concédée. Mais les textes ne sont pas formels, et nous savons que, si le préteur était très-disposé à faire prévaloir les vœux de l'équité, contre la rigueur du droit civil, au moyen d'exceptions, il était beaucoup plus réfractaire à leur donner satisfaction au moyen d'une action. Toutefois, sans discuter autrement cette question de détail, il faut avouer que la loi 1, § 2 (D. 12, 7), paraît bien corroborer l'opinion de M. Accarias.

2178. Après cette longue dissertation, revenons à la condition suspensive, telle que la comprend la définition. (N° 2176.)

Lorsqu'on stipule sous condition, *nec venit nec cessit dies;* non-seulement le stipulant ne peut rien exiger, mais encore il n'est pas créancier : *Spes est tantum debitum iri*, il n'y a qu'une espérance de voir cet embryon d'obligation se convertir un jour en une créance exigible à son profit. En d'autres termes, la stipulation ne devient efficace, ne produit d'effet qu'à l'arrivée de la condition.

2179. Et cependant, bien que, pendant que la condition est encore en suspens, il n'y ait, à proprement parler, ni créancier ni débiteur, le promettant n'en est pas moins, *hic et nunc*, tenu, obligé pour le cas où la condition viendrait à se réaliser; si bien que cette condition serait réputée accomplie, si, par un moyen quelconque, il l'empêchait frauduleusement de se réaliser. De son côté, le stipulant, s'il ne peut exiger l'exécution de l'obligation conditionnelle, peut néanmoins prendre certaines mesures conservatoires, par exemple, en demandant le bénéfice de séparation des patrimoines, si le promettant vient à mourir ne laissant qu'un héritier insolvable ou peu solvable.

On s'est demandé, dans le même ordre d'idées, si le stipulant pouvait se faire envoyer en possession *rei servandæ causa*, et on cite deux textes de Paul, dont l'un dit *oui* et l'autre dit *non* (L. 6 pr. et L. 14, § 2, D. 42, 4); il paraît difficile d'expliquer cette contradiction, et de présumer si la pratique romaine avait adopté l'affirmative ou la négative.

2180. Remarquons enfin, pour bien déterminer le caractère du lien du droit qui résulte d'une stipulation conditionnelle, que les créances et les dettes de cette nature comptent dans le calcul de la quarte Falcidie, de la quarte Légitime, de la quarte Antonine, de la quarte Pégasiénne, et, bien plus, que le créancier conditionnel a

le droit de faire révoquer, comme faits en fraude de ses droits, les affranchissements qui diminueraient, d'une façon fâcheuse pour la sécurité de ses intérêts hypothétiques, le patrimoine de son débiteur conditionnel. (L. 27, pr. D. 40, 9.)

2181. L'obligation *sub conditione* ne constitue donc pas seulement pour le stipulant une *simple espérance;* et cependant, tant que ce germe n'a pas été vivifié par l'arrivée de la condition, la créance n'a point, à proprement parler, d'existence actuelle; l'action intentée serait repoussée : le débiteur, qui paierait par erreur, et *pendente conditione*, pourrait répéter jusqu'à l'événement de la condition; jusque-là aussi, le créancier pourrait refuser le paiement; le créancier, qui ferait défaillir la condition, ne serait pas considéré comme diminuant son actif, et ses créanciers ne sauraient combattre, par la Paulienne, l'effet de cet acte lésant frauduleusement leurs droits éventuels. Enfin, comme le fait remarquer M. Accarias, si la stipulation conditionnelle avait pour but de nover une créance antérieure, la novation ne s'opérerait pas *pendente conditione.*

2182. Maintenant que nous sommes bien fixés sur les propriétés particulières de l'obligation conditionnelle, il faut envisager d'autres règles auxquelles est soumise une telle convention.

2182 *bis*. Tout d'abord, il faut remarquer que le stipulant et le promettant peuvent venir à mourir, sans que la situation juridique de l'obligation conditionnelle en soit modifiée. Les héritiers seront exactement dans la position où étaient leurs auteurs. C'est ce que dit Justinien, au § 25 (III, XIX) des *Institutes* : « Si quelqu'un a stipulé sous condition, et meurt avant l'arrivée de cette condition, son héritier pourra agir, car la condition se réalise postérieurement. Il en est de même en ce qui concerne le promettant. Toutefois il va sans dire que cette règle cesse de s'appliquer, par la force même des choses, lorsqu'il s'agit de conditions qui ne pourraient se réaliser sans le fait personnel de la partie aujourd'hui décédée. »

2182 *ter*. Étudions maintenant quel sera l'effet de la condition s'accomplissant. — Cet événement aura un effet rétroactif au jour même de la stipulation, c'est-à-dire que tous les rapports juridiques, qui en résulteront, seront réglés comme si la stipulation avait été pure et simple, comme si l'obligation avait pris naissance le jour même du contrat. Cette fiction est d'autant plus remarquable dans l'espèce qu'elle est repoussée en matière de testament. On sait, en effet, qu'une condition, affectant une disposition testamentaire, si elle vient à s'accomplir, ne produit point d'effet rétroactif, et que cette disposition testamentaire n'est réputée produire effet qu'au moment précis où la condition s'accomplit.

2183. Quoi qu'il en soit des motifs de cette différence, il faut noter plusieurs conséquences de cette fiction de rétroactivité :

2184. 1° Le stipulant était *alieni juris;* or, au moment où la condition s'accomplit, il est devenu *sui juris*, ou est passé sous une autre puissance? Le bénéfice de la stipulation sera acquis à la personne en la puissance de laquelle il se trouvait quand il a contracté. (L. 78 pr. D. 45, 1.)

2185. 2° Une dette conditionnelle peut faire l'objet d'une *acceptilatio*, dont l'effet demeure suspendu, tant que la condition n'est pas réalisée, mais qui, à l'arrivée de la condition, éteindra le droit, au moment même où il prend naissance; ceci prouve bien que la condition rétroagit, puisqu'il est de principe que l'acceptilation ne peut précéder l'existence de l'obligation. (L, 12, D. 46, 4.)

2186. 3° Une société est formée entre plusieurs individus, qui conviennent que les dettes, contractées pendant la société, par l'un quelconque des associés, seront supportées par tous les autres; l'un des associés s'oblige conditionnellement, et la société prend fin *pendente conditione?* Les autres associés devront fournir, à celui qui s'est engagé, des garanties; en effet, si la condition se réalise, le contrat sera réputé s'être formé pendant la société, ce qui oblige les co-associés à contribuer à cette dette, en faveur de celui qui avait seul contracté. (L. 27, D. 17, 2.)

2187. 4° L'enfaut émancipé, et venant à la succession du *pater familias* par une *bonorum possessio*, devra rapporter ses créances conditionnelles, qui seront par conséquent, si la condition se réalise, réputées acquises du vivant même du *de cujus*. (L. 2, § 3, 37, 6.)

2188. 5° Je contracte une obligation conditionnelle avec Primus, et, en garantie, je lui hypothèque ma maison; puis j'emprunte à Secundus, et je lui hypothèque la même maison? La condition se réalisant, c'est l'hypothèque de Primus qui sera préférée; en effet, garantie accessoire de l'obligation conditionnelle, elle est réputée avoir pris naissance en même temps que l'obligation conditionnelle, c'est-à-dire à une époque antérieure à celle où la seconde hypothèque a été consentie; or : « *Prior tempore, potior jure.* » (L. 11 pr. et § 1, D. 20, 4.)

2189. Nous avons vu que le *terme* pouvait parfois être sous-entendu, et résulter clairement des circonstances mêmes de la stipulation. Il en est de même de la condition, et voici l'exemple qu'en donne le jurisconsulte Paul (L. 4, §§ 2 et 3, D. 2, 14) : « Une stipulation a été faite, *dotis causa*, avant le mariage; on sous-entend la condition *si nuptiæ secutæ fuerint*. D'où résulte : 1° que le stipulant serait repoussé, s'il poursuivait, avant le mariage, l'exécution

de la convention; 2° que, le mariage ne s'accomplissant pas, la stipulation est considérée comme non avenue.

2190. 1° *Condition négative.* — Quelques auteurs distinguent la condition *positive* et la condition *négative.* Notre § 4 nous donne un exemple de chacune. Dans tout ce qui vient d'être dit, on s'est surtout préoccupé de la condition positive, c'est-à-dire de la condition à l'arrivée de laquelle l'existence de l'obligation est subordonnée : « *Si Titius consul factus fuerit... dare spondes?* »

2191. Reste à parler de la condition négative, c'est-à-dire de la condition à la non-arrivée de laquelle l'existence de l'obligation est subordonnée : « *Si in Capitolium non ascendero... dare spondes?* » (*Inst.*, § 4, de n. t.) Cette condition négative qui, de plus, a le caractère de pouvoir défaillir pendant toute la vie du stipulant, est, par cela même, assimilée par les *Institutes* à la stipulation *cum moriar.* Or cette assimilation est absolument inexacte. En effet, si, dans l'un comme dans l'autre cas, il faut attendre la mort du stipulant pour agir, si, en d'autres termes, l'action *ex stipulatu* ne peut être exercée que par l'héritier du stipulant, il faut distinguer que la stipulation *si in Capitolium non ascendero* est une obligation purement conditionnelle, tandis que la stipulation *cum moriar* est une véritable obligation à terme, à terme incertain, il est vrai, mais incertain seulement quant à l'époque de l'événement du terme. Il résulte de cette différence que, dans cette dernière hypothèse, l'obligation existe dès à présent, tandis que, dans la première, jusqu'à la mort du stipulant, on ne sait si la condition ne viendra pas à défaillir, entraînant avec elle l'extinction de l'obligation conditionnelle.

On peut même aller plus loin et dire que, dans la condition négative, on peut très-bien imaginer certaines situations dans lesquelles, du vivant du stipulant, il deviendrait certain qu'il ne pourra plus faire défaillir la condition [1]. Dans ce cas, le stipulant pourra agir immédiatement. En ce qui concerne la stipulation *cum moriar*, au contraire, jamais l'action ne pourrait être intentée, *vivente adhuc stipulatore* [2].

---

1. Telle serait l'hypothèse suivante : J'ai stipulé dix, si je ne monte pas au sommet de tel édifice déterminé. Or cet édifice est démoli complétement. Il est dès à présent certain que le promettant ne peut plus espérer voir défaillir la condition, et, dès lors, il n'a plus qu'à payer sa dette.

2. En matière de legs, la différence entre la condition négative *si in Capitolium legatarius non ascenderit*, et le terme *cum legatarius morietur*, est encore plus marquée. En effet, le principe général est, en cette matière, que le legs est réputé fait *intuitu personæ*, et que, par conséquent, il faut, autant que possible, faire personnellement profiter le légataire de la disposition faite en sa faveur. Dès lors, dans le legs *cum legatarius morietur*, les termes précis et formels de la disposition ne permettent d'intenter l'action *ex testamento*

2192. Nous avons dit, en tête de cette matière, que la condition était un événement futur et incertain. Un de ces caractères manquant, il n'y a pas véritablement de condition. Voici plusieurs applications de cette règle :

2193. 2° *Condition qui se réfère ad præteritum vel ad præsens tempus.* —Il n'y a point de *condition*, lorsque les parties contractantes ont subordonné l'existence de l'obligation à un fait présent ou passé, mais sur l'arrivée duquel elles ne sont pas fixées. Notre § 6 nous donne un exemple d'une telle condition : *Me promettez-vous de me donner si Titius a été consul; ou : si Mævius est vivant*? — Il y a bien l'emploi de la conjonction *si*, caractéristique de la condition; il y a bien aussi un doute sur un fait; mais, comme la situation des parties ne dépend pas du hasard d'un événement *futur*, que tout se résume en une vérification à faire, on décide, à bon droit, que cette incertitude sur un fait déterminé, passé ou présent, ne constitue pas une véritable condition. Dès lors, si la vérification du fait, à l'existence duquel se référait l'intention des parties, donne un résultat affirmatif (dans l'espèce : si Mævius est vivant..., si Titius a été consul), l'obligation se trouve avoir eu le caractère d'une obligation pure et simple dès le jour du contrat. (L. 10, § 1, D. 35, 1.) — Si, au contraire, la vérification du fait, inconnu des parties, donne un résultat négatif (dans l'espèce : si Titius n'a jamais été consul..., si Mævius est mort), il n'y a rien de fait, le contrat n'a pas été formé. En d'autres termes, cette condition est considérée comme impossible; à ce titre, les effets de son adjonction varient suivant qu'elle figure dans un testament ou un acte entre-vifs. (L. 45, D. 28, 5. — L. 6, § 1, D. 35, 1. — L. 69, D. 45, 1.)

2194. Ceci ne présente pas seulement un intérêt scientifique, mais aussi un intérêt pratique considérable. Un exemple : j'ai stipulé sous une condition proprement dite, et je poursuis le payement de cette dette conditionnelle, avant l'arrivée de la condition? Je serai repoussé comme ayant commis une *plus petitio*, et je perdrai complétement mon droit, lors même que la condition se réaliserait au cours du procès.— Si, au contraire, j'ai stipulé sous une condition qui se réfère à un événement passé ou présent, je puis poursuivre *hic et nunc* l'exécution de mon droit, avant même qu'on sache si l'événement existe ou est arrivé, et je triompherai, pourvu que, avant la

---

qu'après la mort du légataire; tandis que, dans le legs *si legatarius in Capitolium non ascenderit*, on autorise le légataire à exiger le payement immédiat du legs, comme s'il était pur et simple, en fournissant la caution Mucienne. Dans ce cas, je le répète, on a dérogé à la lettre, pour que, conformément à l'intention probable du testateur, le légataire pût profiter personnellement du legs.

sentence, je puisse prouver que le fait existe ou a existé. (*Inst. Just.*, § 33, 4, 6.)

2195. Les *Institutes* ne parlent de cette pseudo-condition qu'à propos de la stipulation; mais elle offrirait autant d'intérêt dans les autres matières. Ainsi, pour ne citer que deux exemples :

A. Les risques seront pour l'acheteur, dans une vente affectée d'une condition qui se réfère *ad præteritum vel ad præsens tempus;* ils sont un contrat pour le vendeur dans une vente réellement conditionnelle. (L. 8, pr. D. 18, 6.) — *B*. Un testament ne sera pas annulé par la circonstance que le fils *suus* a été institué sous une condition qui se refère *ad præteritum vel ad præsens tempus*, bien que le principe absolu soit que toute condition non potestative, apposée à l'institution du *suus*, fasse considérer celui-ci comme *præteritus*, ce qui entraîne la nullité du testament. (L. 10, § 1, D. 28, 7 [1].)

2196. 3° *Condition dont la réalisation est certaine.* — Il n'y a véritablement condition que là où il s'agit d'un événement futur et aussi d'un événement *incertain*. Si donc les parties, au moment même du contrat, sont certaines que le fait, mis *in conditione*, arrivera, l'obligation ne sera aucunement suspendue. C'est ce que dit Ulpien (L. 9, § 1, D. 46, 2) : « Celui qui stipule sous une condition, qui se réalisera dans tous les cas, est réputé stipuler purement. »

2197. De ceci résulte que, si la condition apposée à une stipulation est *de ne pas faire une chose impossible*, non-seulement la stipulation est valable, mais elle est pure et simple, puisqu'on sait très-bien que jamais la condition ne pourra défaillir.

2198. Il faut bien entendre, dans notre dernière proposition, que l'impossibilité d'accomplir un certain fait soit bien complète. Telles sont les hypothèses suivantes :

1° Il s'agit de faits physiquement impossibles... « *si cœlum digito non tetigeris*... » l'impossibilité où vous êtes de jamais toucher le ciel du doigt fait ressortir l'intention de donner naissance à une obligation pure et simple.

---

1. Voici un autre exemple, également tiré de la matière des testaments. On sait qu'un testament est rompu par un testament postérieur, alors même que ce second testament serait fait sous une condition qui vient à défaillir. (*Inst.* Just, § 2, 2, 17.) Or ce second testament a été fait sous une condition qui précisément se réfère *ad præteritum vel ad præsens tempus*. Voici la décision que nous donne Pomponius (L. 16, D. 28, 3) : « *Quæ conditio si vera est* (id est, si Titius consul fuit), *ita est institutus heres ut superius testamentum rumpatur : tunc enim ex hoc heres esset. Si vero consul Titius non fuit, superius testamentum non est ruptum. Quod si ad præsens tempus conditio adscripta est herede instituto* (veluti si Titius consul est), *eumdem exitum habet : ut, si sit, possit heres esse, et superius testamentum rumpatur ; si non sit, nec possit heres esse nec superius testamentum rumpatur.* »

2° Il s'agit de faits juridiquement impossibles... « *de ne pas vendre une chose sacrée, de ne pas épouser votre propre sœur;* » de telles conditions sont traitées comme impossibles, et, par conséquent, suivant la distinction qui vient d'être faite, annulent l'obligation, si elles sont positives; la laissent pure et simple, si elles sont négatives.

3° Il s'agit de conditions apparentes; mais l'*incertitude* manque au fait établi comme condition, ce qui fait considérer comme pure et simple l'obligation contractée sous une telle condition. C'est ce qui arrive, nous l'avons vu, dans les conditions qui se réfèrent *ad præteritum vel ad præsens tempus*.

Remarque. — Si, au contraire, j'ai stipulé de vous : « *si cœlum digito tetigisti,* » c'est-à-dire en subordonnant la formation de l'obligation à l'exécution d'un fait impossible, on ne peut voir, dans une telle convention, qu'une plaisanterie, et dès lors, non-seulement on ne tient pas compte de l'insertion d'une telle condition, mais encore on considère l'obligation comme nulle, par défaut de volonté.

Appendice : Clause pénale.

2199. La clause pénale est une modalité d'une espèce toute particulière, parce qu'elle peut parfois se confondre avec une obligation alternative. Dans tous les cas, elle se rapproche intimement de la condition.

§. 7. « La stipulation peut avoir pour objet, non-seulement des choses, mais encore des faits : comme lorsqu'on stipule que quelque chose sera fait ou ne sera pas fait; mais c'est une bonne précaution d'ajouter une peine à ces sortes de stipulations, afin qu'il n'y ait pas d'incertitude sur l'importance de la stipulation, et que le créancier, en cas de non-exécution de la promesse principale, n'ait pas à prouver la quotité du dommage qu'il éprouve. Par exemple, quand quelqu'un stipule qu'on fera quelque chose pour lui, il doit ajouter la peine de cette manière : Si cela n'est pas fait, promettez-vous de me donner dix écus d'or à titre de peine? Mais si on fait promettre à quelqu'un, par une même stipulation, qu'il fera certaines choses, et qu'il n'en fera pas d'autres, il faut se servir de cette clause : Promettez-vous de me donner dix écus d'or, à titre de peine, si vous faites quelque chose contre notre convention, ou si vous ne faites pas les choses suivant notre convention ? »

Le texte précédent est parfaitement clair, et n'a besoin que de quelques développements.

Il est vrai qu'il ne considère la clause pénale que comme une obligation conditionnelle *accessoire*, venant corroborer une stipulation de faire ou de ne pas faire. Mais si le texte a pris pour exemple l'espèce qui est la plus apte à faire comprendre le mécanisme et

l'intérêt de la clause pénale, il faut dire que celle-ci présente la même utilité, toutes les fois que l'obligation a pour objet, non-seulement un fait ou une abstention, mais aussi toute prestation dont le juge pourrait difficilement apprécier la valeur.

2200. En effet, toutes les fois que l'on n'a pas stipulé la dation d'une somme d'argent, l'obligation n'étant pas exécutée, le juge pourrait être fort embarrassé pour déterminer quel intérêt le stipulant avait à l'exécution de la convention, et, par conséquent, quelle est la somme d'argent à laquelle il doit condamner le débiteur récalcitrant. L'adjonction de la clause pénale supprime toute incertitude, parce que, précisément, elle est réputée évaluer, *par avance*, le préjudice que la non-exécution de l'obligation causerait au créancier. (L. 11, D. 46, 5.)

2201. D'un autre côté, l'adjonction d'une clause pénale est un puissant stimulant pour engager le débiteur à s'exécuter. En effet, comme, en général, on a soin de stipuler, comme peine, une somme beaucoup plus considérable que la valeur de l'objet stipulé, il en résulte que le promettant récalcitrant a tout intérêt à remplir ses obligations, au lieu de devenir débiteur de la *pœna*.

2202. Nous verrons enfin que l'adjonction d'une clause pénale peut valider la stipulation faite dans l'intérêt d'un tiers, stipulation qui, sans cela, serait radicalement nulle, comme ne présentant pas, pour le stipulant, un intérêt appréciable en argent. (*Inst.* Just., § 19, III, XIX.)

2203. La *stipulatio pœnæ* est, dans un sens général, celle qui ne doit avoir son effet que si le débiteur fait ou ne fait pas quelque chose. Elle est donc éminemment conditionnelle, la *pœna* n'étant qu'un moyen de contrainte. La stipulation, dite clause pénale, n'est pas seulement une stipulation conditionnelle, mais aussi, comme l'indique le but qu'elle se propose, elle constitue essentiellement une stipulation accessoire à une autre stipulation principale. En voici deux exemples : 1° *Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?* — 2° *Pamphilum dari spondes? Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?*

Bien que, dans l'une et l'autre hypothèse, l'intention des parties soit bien clairement de faire porter l'obligation sur Pamphile, et de ne permettre au créancier d'exiger 100 que si le débiteur ne lui donne pas Pamphile, néanmoins l'énoncé différent de ces deux espèces produit certaines différences d'application.

2204. En effet, dans la première, il n'apparaît au premier abord qu'une obligation conditionnelle de donner 100, *la condition* étant précisément cette condition négative *de ne pas donner* Pam-

phile. Il est vrai qu'en fait c'est Pamphile que le stipulant a désiré acquérir, et, comme ledit Pamphile vaut probablement moins de 100, le promettant aimera mieux faire défaillir la condition, en livrant Pamphile, que de devenir débiteur de 100. — Mais, bien que l'effet pratique soit le même, il n'en est pas moins certain que l'esprit n'aperçoit pas, à proprement parler, une obligation principale et une obligation accessoire.

2205. Ce caractère, au contraire, apparaît clairement dans la seconde espèce. Il y a une première stipulation, *la principale*, qui repose bien sur Pamphile ; elle est dès à présent complète, et on pourrait s'en tenir là. Mais, pour garantir que le promettant livrera bien Pamphile, on formule la seconde stipulation, *conditionnelle* et bien réellement *accessoire*, puisqu'il n'y aura lieu de l'exécuter que si l'obligation principale reste sans effet.

2206. Cette différence entre les deux hypothèses n'est pas sans conséquences pratiques. En voici deux :

2207. 1° Si, dans la première hypothèse, la *pœna* consiste en une chose hors du commerce, ou en un fait impossible, tout est nul, — puisque c'est cette *pœna* même qui est la véritable stipulation, — bien qu'on puisse se dispenser de l'exécuter en payant une autre dette. — Dans la seconde hypothèse, au contraire, la *pœna* est considérée comme une condition ; dès lors, si elle consiste en une chose hors du commerce ou en un fait impossible, elle est nulle, considérée comme non avenue ; mais, comme elle n'est qu'une stipulation *accessoire*, elle n'a aucune influence sur la stipulation *principale*, qui se suffit à elle-même et reste parfaitement valable.

2208. 2° Dans la première hypothèse, le promettant ne sera valablement poursuivi qu'après qu'il aura perdu la possibilité de donner Pamphile ; c'est l'application des principes de la condition négative suspensive.

Dans la seconde hypothèse, au contraire, dès que le promettant a eu la possibilité, ne fût-ce que pendant un instant, de donner Pamphile, il peut être immédiatement poursuivi, car la condition de l'obligation accessoire est réalisée. (L. 115, § 2. D. 45, 1.)

2209. Quoi qu'il en soit, le caractère de la stipulation pénale est clairement déterminé, et nous pouvons poser en principe que c'est une stipulation *accessoire*, puisqu'elle présuppose l'existence d'une obligation principale, dont elle assure le paiement. Il en résulte que, sauf le cas de la stipulation pour autrui, si, par hasard, l'obligation principale est nulle, par une cause quelconque, la clause pénale disparaîtra également, en vertu du principe : « *Accessorium se-*

quitur principale. » C'est ce que dit formellement Ulpien (L. 69. D. 45, 1) : « *Nec pœna rei impossibilis committetur.* [1] »

2210. Reste à examiner trois points importants :

2211. 1° A quel moment la peine est-elle encourue? D'après ce qui vient d'être dit, la stipulation conditionnelle est commise, c'est-à-dire la peine est encourue, au moment même où l'exécution de l'obligation principale est exigible. Or ce moment peut varier suivant les hypothèses.

2212. Si l'obligation principale a été contractée à terme, il suffit qu'elle soit encore inexécutée à l'expiration du terme pour que la clause pénale soit immédiatement encourue, par le fait même de

---

1. M. Accarias ne pense pas que la *stipulatio pœnæ* soit une stipulation accessoire. Voici ce qu'il dit (T. II, p. 296, 297) : « Dans ma conviction, ce point de vue n'a rien de romain. Mais gardons-nous de l'équivoque. Sans doute la stipulation pénale est subordonnée à l'inexécution du fait compris dans l'obligation qui la précède; à ce point de vue, il ne me répugnera pas de l'appeler accessoire, par opposition à cette dernière qui sera principale. Cette réserve faite, je formule ainsi ma doctrine : L'obligation dite principale n'a d'autre valeur ici que celle d'un fait mis *in conditione*, et par conséquent la stipulation pénale n'est gouvernée que par les règles ordinaires des obligations conditionnelles. C'est ce que démontrent deux décisions qu'il suffira de généraliser : 1° Quand vous me promettez *Titio dari* ou *Titium daturum*, la nullité de cette promesse, on le sait déjà, ne fait aucun obstacle à la validité de la stipulation pénale qui l'accompagne. Or, si celle-ci n'est qu'un accessoire, où est donc le principal? Et comment parler de dommages-intérêts dus pour inexécution d'une obligation qui ne s'est pas formée? Je conclus que la nullité de la première obligation n'entraîne pas par elle-même et forcément la nullité de la peine stipulée. Que si néanmoins ce résultat se produit fort souvent, ce n'est que par application des règles relatives aux obligations conditionnelles. Par exemple, la stipulation principale étant contraire aux lois et aux mœurs, il est visible que son inexécution ne saurait former l'objet d'une condition licite, et qu'en conséquence tout est nul. Pareillement, si la stipulation principale a pour objet l'esclave Stichus, et qu'à l'insu des parties Stichus soit déjà mort, la peine n'est pas due. Mais pourquoi cela? Est-ce parce que la première stipulation manque d'objet? non, mais plutôt parce que dans la pensée des contractants la condition consiste à ne point exécuter une obligation qu'ils croient valable. Si donc ils savent l'un et l'autre que Stichus est mort, la *stipulatio pœnæ* vaut comme subordonnée à la condition de ne pas faire quelque chose d'impossible. En résumé, et d'une manière générale, pour apprécier la validité de la *stipulatio pœnæ*, il faut faire abstraction de l'obligation principale et ne regarder que deux choses : l'objet de cette obligation pouvait-il être mis *in conditione*, et comment les parties ont-elles entendu la condition? 2° Paul, supposant qu'un esclave promis *sub pœna* vient à être tué par un tiers, décide sans hésiter que dans l'action de la loi Aquilia le débiteur se fera tenir compte du préjudice que le meurtre lui cause. Or ce meurtre ayant éteint l'obligation de donner l'esclave, en quoi consiste le préjudice, si ce n'est dans l'exigibilité de la peine? Mais ici encore on cherche en vain de quoi elle serait l'accessoire, et comment l'exécution d'une obligation entièrement anéantie donnerait lieu à des dommages-intérêts. La décision de Paul s'explique donc seulement par ces deux idées, que la condition est accomplie et qu'il n'y a pas à examiner quelles circonstances en ont déterminé l'accomplissement. »

l'échéance du terme et sans sommation préalable. On n'a même point à examiner si l'inexécution provient d'un événement de force majeure (par exemple, si le débiteur est mort et son hérédité encore vacante au moment de l'échéance du terme). (L. 12, C. 8, 38. — L. 77. D. 45, 1.)

2213. Ceci démontre bien la doctrine générale qui considère la peine, non pas comme représentant des *dommages-intérêts* dus par le débiteur qui n'exécute pas son engagement, mais bien comme devenant l'objet d'une obligation que l'accomplissement de la condition rend exigible.

2214. Si l'obligation est pure et simple, on discutait. Certains jurisconsultes, considérant la condition de ne pas faire comme pendante tant que le fait est possible, voulaient que la peine fût encourue seulement au moment où l'exécution de l'obligation principale serait devenue impossible ; les autres, au contraire, se conformant à l'intention des parties (qui était évidemment d'assurer une prompte exécution de l'obligation), voulaient que la peine fût encourue aussitôt que l'obligation principale était devenue possible. (L. 115, § 2. D. 45, 1.)

2215. 2° La peine une fois encourue, quel est exactement le droit du créancier ? En principe, le créancier peut choisir entre l'exécution de l'obligation principale et le paiement de la peine ; il ne peut pas cumuler le bénéfice des deux stipulations, à moins qu'il ne puisse inférer, des clauses du contrat ou de toutes autres circonstances, que ce cumul a bien été dans l'intention des contractants. (L. 111, § 2, 45, 1.)

2216. En dehors de ce cas spécial, avons-nous dit, le créancier peut et doit choisir entre le *principal* et la *peine ;* et même, s'il a intenté la moins avantageuse des deux actions, on lui permet d'exercer l'autre pour le surplus. (L. 41 et 42, 17, 2.)

2217. Faut-il admettre, comme certains interprètes, que cette dernière faculté n'est accordée que si la clause pénale garantit les obligations résultant d'un contrat de société ou de vente ? Il est vrai que nous en trouvons deux applications au *Digeste*, l'une en matière de vente (L. 28, 19, 1), l'autre en matière de société (L. 41 et 42, 17, 2). Mais cela ne suffit pas pour faire conclure à une application restreinte d'une faculté qui n'est que l'interprétation rationnelle des intentions des parties.

2218. Il est plus difficile de savoir si le créancier possède toujours le droit d'option entre la poursuite du principal et la poursuite de la *pœna ;* un texte de Paul (L. 44, § 6, 44, 7) paraît bien démontrer la négative. En effet, le jurisconsulte, envisageant l'hy-

pothèse de deux stipulations, dont la seconde est pénale, décide expressément que, la condition une fois accomplie, la peine absorbe le principal, et qu'il s'opère une sorte de novation ; s'il en était ainsi, la première stipulation étant remplacée par la stipulation pénale, c'est celle-ci seulement dont on devrait poursuivre l'exécution ; Papinien, de son côté, énonce formellement cette opinion. (L. 115, § 2. 45, 1.)

2219. M. Accarias résout la difficulté par une distinction : ou la peine a été stipulée à la suite d'un contrat *stricti juris*, et alors elle peut seule être demandée ; ou, au contraire, elle a été stipulée à la suite d'un contrat *de bonne foi*, et alors le choix est laissé au créancier. Cette distinction, purement arbitraire, me paraît difficile à appuyer par des textes, et dès lors elle doit être repoussée jusqu'à plus ample informé.

2220. Pour expliquer la contradiction entre le principe général que nous avons posé et les textes formels de Paul et de Papinien, que faut-il faire, sinon remarquer que tout principe comporte des exceptions ? Eh bien ! le principe, en cette matière, je le répète, est que le créancier peut à son gré exiger le principal ou exiger la *pœna*, mais qu'il ne peut cumuler le bénéfice de ces deux stipulations. Or ce principe, ce double principe, pour parler plus correctement, l'un positif et l'autre négatif, comporte plusieurs exceptions, restrictives ou extensives, comme on va le voir :

2221. 1° La peine peut être considérée, non pas comme un succédané de l'obligation principale, mais comme une sorte d'indemnité, pour le retard dans l'exécution, pour l'ennui causé par une poursuite exercée mal à propos. Dans une telle hypothèse, le créancier pourra cumuler et poursuivre la peine en même temps que l'objet de l'obligation principale. Voici un exemple de cette situation, présenté par Hermogénien. (L. 16. D. 2, 15.) Il s'agit d'une transaction : « *Qui fidem licitæ transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et pœna quam si contra placitum fecerit, rato manente facto, stipulanti recte promiserat, præstare cogetur.* » Ainsi une transaction est intervenue, et Primus s'est engagé, *sub pœna*, à ne pas agir contre Secundus. Puis il poursuit Secundus, au mépris de la transaction ? Il sera repoussé, au principal, par une exception tirée du pacte intervenu ; mais, de plus, il devra payer *la peine*, en compensation du trouble qu'il a causé à Secundus, en l'attaquant injustement.

2222. 2° La seconde exception est celle qui est invoquée, comme règle, par les deux textes de Paul et de Papinien cités plus haut. (N° 2218.) Posons une espèce : *Pamphilum dari spondes ? Si Pamphi-*

lum non dederis, centum dari spondes? On peut, en effet, à la lecture d'un tel énoncé, se demander quelle a été la véritable intention des contractants. Ont-ils entendu que l'inexécution de l'obligation principale n'aurait d'autre effet que de permettre au créancier d'agir, au mieux de ses intérêts, soit en réclamant simplement l'exécution de l'obligation principale, soit en exigeant le payement de la *pœna?* Ont-ils entendu, au contraire, que la *pœna*, par une sorte de novation tacite, se substituerait à la première obligation et deviendrait seule exigible? C'est cette dernière opinion qui a prévalu.

2223. 3° La troisième exception est celle dans laquelle le créancier ne peut poursuivre ni l'exécution de l'obligation principale ni le paiement de la peine. — Ceci se présente quand l'exécution de l'obligation principale est demeurée impossible sans la faute du débiteur, par exemple si l'objet de la stipulation a péri par la faute d'un tiers; en effet, le principal n'existant plus, l'accessoire doit disparaître également. — Cette décision résulte logiquement des principes précédemment exposés au sujet de la nature de la stipulation pénale.

2224. Cependant il est incontestable que Paul paraît bien décider le contraire, quand il dit, en parlant de la loi Aquilia : « *Si servum occidisti quem sub pœna tradendum promisi, utilitas venit in hoc judicium.* » (L. 22. pr. D. 9, 2.) — J'avais promis de donner mon esclave Pamphile à Titius; et, en cas d'inexécution, à lui donner 100, à titre de peine. Puis vous tuez Pamphile par dol ou imprudence? Paul décide qu'en vertu de la loi Aquilia je puis vous forcer à me payer, non pas seulement la valeur de Pamphile, mais l'*intérêt*, l'UTILITAS, que j'avais à ce qu'il ne fût pas tué, c'est-à-dire précisément le montant de la peine encourue. Mais cette hypothèse ne peut se présenter que si je deviens débiteur de la peine, même au cas où c'est sans ma faute que l'exécution de l'obligation principale est devenue impossible; or cette situation serait précisément la négation du principe posé. — M. de Vangerow explique cette contradiction apparente en admettant que, d'après Paul, les parties avaient voulu établir, non pas deux obligations, dont l'une *pura* et l'autre accessoire et conditionnelle, mais bien une *stipulatio pœnæ* qui seule doit donner action, au moment où, par une cause quelconque, l'autre stipulation ne pourra être exécutée.

En d'autres termes, si je comprends bien le savant romaniste, la *stipulatio pœnæ* serait une stipulation principale, sous une condition négative.

(Comparez : L. 22 pr. D. 9, 2, et L. 44, § 6, D. 44, 7. La première de ces lois est une conséquence de la seconde.)

III. — De l'alternative : MODUS

2225. « Modus *obligationis est*, dit Paul, *cum stipulamur decem aut hominem; nam alterius solutio totam obligationem interimit; nec alter peti potest, utique quamdiu utrumque est.* » (L. 44, § 3, D. 44. 7.)

2226. Ainsi l'obligation alternative est celle qui comprend deux objets, un seul de ces objets pouvant être exigé. Cette stipulation est *certa*, en ce sens que, dès qu'elle se forme, elle repose sur tel et tel objet, et non sur d'autres objets; mais quel est précisément l'objet qu'on pourra réclamer? Pour le savoir, il faut attendre que celui auquel le choix appartient se soit prononcé. En aucun cas, d'ailleurs, les deux objets ne peuvent être dus simultanément, et, s'ils avaient tous deux été livrés par erreur, l'ex-débiteur pourrait en répéter un par une *condictio indebiti*. (L. 32, pr. D. 12. 60.)

2227. Ceci posé, il est important de savoir à qui appartient le choix. Le choix appartient au débiteur, si les termes du contrat ne l'accordent pas expressément au créancier. — Cette décision n'est pas sans intérêt, car, à côté de l'avantage souvent considérable qui peut être attaché à la faculté de choisir, il importe, en droit, de savoir auquel des contractants appartient cette faculté. En voici plusieurs exemples :

1° Si le choix est laissé au débiteur, la *stipulatio* est *incerta*, ce qui exclut toute détermination dans la formule de l'action à intenter. En effet, si le créancier spécifiait, dans sa demande, l'un des objets dont le choix appartient au débiteur, il commettrait une *plus petitio*, succomberait dans sa demande, et, de plus, ne serait plus recevable à intenter une nouvelle action. (*Inst. de Just.*, § 33, IV, VI.) — Cet inconvénient ne se présenterait pas si le choix appartenait au créancier, qui pourrait alors poursuivre, de prime abord, l'objet qu'il préférerait.

2° Supposons que les deux objets ont été livrés par erreur? — Si le choix appartenait au débiteur, celui-ci pourra répéter, par la *condictio indebiti*, celui des deux objets qu'il voudra ne pas donner. — Si, au contraire, le choix appartenait au créancier, le débiteur conserverait toujours le droit d'exercer la *condictio indebiti*, mais le choix serait conservé au créancier, qui restituerait l'objet qu'il ne voudrait pas garder [1].

---

1. Cette doctrine consacrée par Justinien n'avait pas du reste été admise sans controverse. Comparez : L. 10, C. 4, 5. — L. 26, § 13, D. 12, 4.

3° Enfin l'attribution du choix est importante, quand il s'agit de déterminer les conséquences de la perte de l'une des choses stipulées :

2228. *A*. Si le choix appartient au débiteur : — la perte survenue par cas fortuit, ou par le fait du débiteur, convertit l'obligation alternative en une obligation pure et simple, restreinte à l'objet subsistant, qui seul peut et doit être demandé déterminément par le créancier, sans que celui-ci commette une *plus petitio*. Remarquons toutefois que, si la chose a péri *par cas fortuit*, le débiteur était probablement admis à offrir le prix de la chose détruite, à la place de celle qui existe encore.

2229. *B*. Si le choix appartient au créancier : — *a*. la chose périssant par cas fortuit, l'obligation devient pure et simple et ne porte plus que sur la chose qui reste ; — *b*. la chose périssant par le fait du créancier, celui-ci est réputé avoir opté, et le débiteur est libéré ; — *c*. la chose périssant par le fait du débiteur, le créancier peut demander, à son gré, soit la valeur de la chose qui a péri, soit l'objet qui subsiste encore.

IV. — De l'ACCESSIO.

2230. « *Accessio in obligatione*, dit Paul, *aut personæ aut rei fit : personæ cum mihi aut Titio hominem stipulor : rei, cum mihi decem, aut Titio hominem stipulor,—ubi quæritur an ipso jure fiat liberatio, homine soluto Titio.* » (L. 44, § 4. D. 44, 7.)

2231. Ce texte nous montre que l'*accessio* peut se présenter dans deux hypothèses différentes.

La première hypothèse, *accessio personæ*, suppose que j'ai voulu devenir personnellement créancier, et cela pour le tout ; l'adjonction de Seïus ne produit pas un droit de créance même partiel en faveur de ce dernier, mais constitue une situation destinée à faciliter tout à la fois le recouvrement de la créance et la libération du promettant. Le débiteur peut en effet se libérer, en payant entre les mains de Seïus, chargé de recevoir, aussi bien que le stipulant, et appelé pour cela : *adjectus solutionis gratia*.

2232. Ce rôle d'*adjectus* peut être rempli par toute personne *sui* ou *alieni juris*, alors même que cette personne *alieni juris* serait précisément sous la puissance du stipulant. On comprend même que ce dernier cas devait être le plus fréquent ; il était en effet naturel que le stipulant, prévoyant qu'il ne serait pas présent au moment du payement, donnât à son fils, ou à son esclave, ce mandat spécial de recevoir un payement valable.

2233. L'*adjectus*, n'étant pas créancier, ne peut faire aucun acte de disposition quant à la créance; mais il est mandataire, et, à ce titre, il peut refuser la mission qui lui est conférée; quoique *alieni iuris*, c'est à lui-même que le paiement doit être fait; ses pouvoirs ne passent pas à ses héritiers, et cessent absolument, non-seulement par sa mort, mais encore par sa *capitis deminutio*.

2234. Toutefois ce mandat déterminé est d'une nature toute spéciale, qui le fait différer en quelques points du mandat proprement dit. Ainsi, tandis que le mandat peut être révoqué au gré du mandant, l'*adjectio*, faisant partie de la stipulation, et ayant peut-être déterminé la formation de celle-ci, est comme elle irrévocable; par suite, le débiteur demeure libre de se libérer entre les mains de l'*adjectus*, malgré la défense du créancier. — Cette décision n'offre du reste que peu d'inconvénients, même au cas où l'*adjectus* ne présenterait plus au créancier les mêmes garanties qu'au moment de la stipulation. En effet, aussitôt la dette échue, le créancier peut en poursuivre l'exécution, et l'effet novateur de la *litis contestatio* fait tomber l'*adjectio* comme l'obligation elle-même.

2235. La deuxième hypothèse présente une combinaison hybride de l'*accessio personæ* et du *modus*. Dans cette espèce, on se demandait si le débiteur, en payant l'esclave à Titius, se libérait. En effet, Titius, n'étant qu'un véritable *adjectus solutionis gratia*, ne pouvait recevoir qu'à ce titre un payement libératoire; or pouvait-on le considérer comme un *adjectus*, quant à la dette d'un esclave sur lequel je n'aurais dû avoir aucun droit, puisque j'avais précisément stipulé 10 pour moi, et non pas un esclave? Cela était si vrai que je ne pourrais évidemment poursuivre le payement de cet esclave. — On pouvait donc dire que cet esclave, ne pouvant être donné qu'à Titius, lequel n'est pas créancier, n'était réellement pas *in obligatione;* en le livrant, le débiteur payait donc ce que le créancier n'aurait pu lui réclamer personnellement, et l'intention seule des parties pouvait faire considérer ce payement comme une *datio in solutum*. Dès lors, tout en admettant que, en fait, la dette pût être considérée comme éteinte, *ex æquo et bono*, on ne pouvait considérer cette *datio in solutum* comme libératoire *ipso jure* que dans l'opinion qui assimilait, en principe, la *datio in solutum* au payement. Telle devait donc être la décision des Sabiniens. Les Proculiens, au contraire, devaient considérer une action des créanciers comme introductible, malgré la *datio in solutum*, sauf à la paralyser par une exception de dol. Les textes manquent sur cette matière. Il est vrai que la première décision paraît résulter de la loi 34 (§ 2. D. 46, 3), ainsi conçue : « *Si homo Titio datus fuisset, promissor a me libera-*

tur; et antequam homo daretur, ego decem petere possum... » mais on ne sait si le mot *liberatur* indique une libération *ipso jure*, ou seulement une libération *exceptionis ope* : or, c'est précisément là la question.

§ V. — STIPULATIONS INUTILES

(*Inst.*, III, XIX.)

2236. On entend par stipulations inutiles (*inutiles*, *nullius momenti*), celles qui ne produisent aucun lien de droit, au moins d'après les règles du droit civil.

Cette nullité peut provenir de plusieurs causes, et nous classerons ces causes en quatre catégories, suivant que la nullité résulte : 1° de l'objet ou de la cause de la stipulation ; 2° de l'incapacité des parties ; 3° de l'absence de consentement, ou des formes défectueuses dans lesquelles la stipulation a été faite ; 4° des modalités qui affectent la stipulation.

I. — Nullités résultant de l'objet ou de la cause de la stipulation.

2237. Il n'y a pas d'obligation sans *objet*, c'est-à-dire sans une chose qu'on promet de livrer, de donner, de faire.

En principe, on est parfaitement libre de faire porter la stipulation sur un objet quelconque.

Pr. « Toutes les choses tant mobilières qu'immobilières, susceptibles de propriété privée, peuvent faire l'objet d'une stipulation. »

2238. Mais ce principe n'est point absolu et comporte de nombreuses exceptions.

§ 1. « La stipulation est inutile quand elle a pour objet une chose qui n'existe pas ou qui ne peut exister dans la nature ; par exemple l'esclave Stichus qui est mort, et qu'on croyait vivant ; ou un hippocentaure, qui est un être chimérique. »

§ 2. « Il en est de même lorsque quelqu'un stipule qu'on lui donnera une chose sacrée ou religieuse, qu'il croyait être dans le commerce ; ou une chose publique destinée à perpétuité à l'usage du peuple, comme la place publique, le théâtre ; ou un homme libre qu'il croyait esclave ; ou une chose qui n'est pas dans le commerce par rapport à lui ; ou enfin une chose qui lui appartient déjà. Et il ne faut pas croire que la stipulation reste en suspens parce qu'il est possible qu'une chose publique devienne propriété privée, qu'un homme libre devienne esclave, que le stipulant acquière le droit de commerce qu'il n'a pas pour le moment sur la chose : car, dans tous les cas précités, la stipulation est nulle immédiatement. Réciproquement, si une chose, qui lors du contrat pouvait faire l'objet de la stipulation, est ensuite tombée dans l'un des cas qui la mettent hors du commerce et qui ont été énumérés ci-dessus, la stipulation

s'éteint. La stipulation serait pareillement nulle dès le principe, quoique faite de cette manière ou de toute autre semblable : Promettez-vous de me donner Lucius Titius, quand il sera devenu esclave ? car les choses qui ne sont pas soumises à la propriété privée ne peuvent en aucune manière former l'objet d'une obligation. »

§ 24. « La stipulation est nulle, quand la cause en est illicite ; par exemple, si quelqu'un promet de commettre un homicide ou un sacrilége. »

§ 22. « Celui qui doit être un jour propriétaire d'une chose ne la peut stipuler pour l'époque où elle lui appartiendra. »

2239. Toutes ces dispositions peuvent se résumer de la façon suivante : pour qu'une stipulation soit valable, il faut que son objet : 1° soit existant ou puisse exister ; 2° soit *in commercio* en général ; 3° soit *in commercio* du stipulant en particulier ; 4° soit licite, conforme aux lois et aux bonnes mœurs.

2240. 1° Une stipulation doit nécessairement avoir un objet, et ajoutons un objet *sérieux*. Dès lors, si le promettant s'oblige à donner une chose qui n'existe pas, ou qui ne peut exister, la stipulation est nulle.

2241. Il est bien entendu que cette nullité n'atteint que la stipulation de donner une chose qui n'existe pas et ne peut exister. D'où résulte qu'on stipule très-valablement une chose qui n'existe pas au moment de la stipulation, mais qui *pourra* exister, en d'autres termes, une *chose future*, — comme : l'enfant qui naîtra de l'esclave Aréthuse, la récolte qui poussera sur tel champ, — sauf, bien entendu, à reporter l'exécution au moment où l'objet stipulé existera, c'est-à-dire après la naissance de l'enfant, après la récolte du champ. (L. 75, § 4, D. 45, 1.)

Est nulle également l'obligation de faire une chose *impossible;* mais cette nullité ne se produit, bien entendu, que si l'impossibilité d'accomplir le fait stipulé est *absolue;* en effet, le promettant ne pourrait prétendre à la nullité de l'obligation, en se fondant sur ce que l'exécution en est extrêmement difficile. (L. 137, § 4, D. 45, 1.)

2242. 2° Pour qu'un objet puisse être stipulé, il faut qu'il soit susceptible de propriété privée. Dès lors sera nulle la stipulation qui portera : 1° sur une chose hors du commerce (choses sacrées ou religieuses, choses publiques, etc.) ; 2° sur un homme libre ; en effet, non-seulement l'homme libre n'est pas *in commercio*, mais il n'est pas même *une chose ;* 3° sur une chose appartenant à l'ennemi ; car les Romains considèrent les *res hostiles* comme n'existant pas.

2243. 3° Pour que la stipulation soit valable, il ne suffit pas que l'objet soit *in commercio* d'une façon générale ; il faut encore qu'il soit *in commercio* du stipulant en particulier.

Ainsi : 1° un citoyen romain, qui exerçait une fonction *in pro-*

vincia, ne pouvait stipuler un immeuble de cette province (L. 62, pr. D. 18, 1); 2° le maître, contraint de vendre un esclave qu'il maltraitait, ne pouvait plus stipuler qu'on lui donnerait cet esclave (*Inst.*, § 1, I, VIII); 3° dans le Bas-Empire, les hérétiques, les Juifs, les païens ne pouvaient être propriétaires d'un esclave chrétien, et, *a fortiori*, le stipuler. (C. 1, 10.)

2244. Remarquons immédiatement que les principes précédents ne s'appliquent qu'au cas où c'est le *stipulant* qui n'a pas le *commercium* de la chose stipulée. Il en serait tout autrement si c'était le *promettant* qui n'avait pas le *commercium* de la chose promise. Dans ce cas, la stipulation serait parfaitement valable et se traduirait, pour le promettant imprudent, en une condamnation pécuniaire représentant les dommages-intérêts à réclamer, par le créancier, au débiteur qui ne peut exécuter le contrat dans les termes mêmes où il a été conçu. C'est du moins ce que paraît bien dire Ulpien, dans la loi 34 (D. 45, 1) : « Il y a une grande différence entre stipuler ou promettre la chose dont on n'a pas le *commercium*; si je stipule la chose dont je n'ai pas le *commercium*, on décide que la stipulation est inutile ; si, au contraire, quelqu'un me promet la chose dont il n'a pas le *commercium*, c'est à lui-même qu'il nuit et non à moi. »

2245. Par analogie avec la nullité résultant du fait que la chose n'est pas *in commercio stipulantis*, on décide que je ne puis stipuler valablement qu'on me donnera ma propre chose, par la raison bien simple que je ne saurais devenir propriétaire d'une chose qui m'appartient déjà. Nous avons vu précédemment une décision semblable en matière de legs. (*Inst.*, § 10, II, XX.) Mais il est bien entendu que je puis stipuler *qu'on me donnera une somme égale à la valeur de ma chose* (L. 82, pr. D. 45, 1); *ou qu'on me donnera la possession d'une chose dont je n'ai que le* nudum dominium; *ou qu'on me donnera ma chose si elle cessait jamais de m'appartenir*. En effet, dans ces trois hypothèses, il y aurait un véritable intérêt, pour le créancier, à poursuivre l'exécution d'une stipulation qui se traduit, pour lui, en un avantage très-caractérisé.

2246. Si j'avais eu la singulière idée de stipuler une chose, pour le cas où j'en deviendrais propriétaire, — malgré la possibilité actuelle de la dation, — la stipulation n'en serait pas moins nulle *dès à présent*, puisque la condition suspensive de la dation est précisément que *cette dation devienne impossible*.

2247. 4° D'après les principes généraux, toute convention illicite, contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, est nulle. — Serait donc nulle la stipulation par laquelle le promettant se serait en-

gagé, par exemple, à tuer quelqu'un. Cette règle se passe de commentaire.

2248. Dans tous les cas qui viennent d'être énumérés, l'obligation est nulle, ce qui signifie : 1° que le stipulant ne pourrait compenser l'impossibilité physique ou juridique d'obtenir l'exécution de la convention, en demandant au promettant une indemnité pécuniaire, représentant l'intérêt qu'il avait à la dite exécution ; 2° que l'obligation demeure inefficace, *ab initio*, et ne pourra jamais être validée, alors même que l'obstacle actuel viendrait à disparaître.

2249. Ce second point seulement demande des développements. Une stipulation est nulle, parce que l'objet stipulé est hors du commerce, soit généralement, soit spécialement par rapport au stipulant? Nous dirons que cette stipulation est *radicalement nulle* dès le principe, *faute d'objet*, et ne pourra jamais valoir, quand même la chose stipulée deviendrait plus tard susceptible de propriété privée ; par exemple : quand même l'homme libre tomberait en esclavage ; quand même la chose sacrée, religieuse ou publique, perdrait ce caractère ; quand même je viendrais à perdre la propriété de ma chose que j'avais stipulée. Et ce principe de nullité est si absolu qu'une stipulation portant sur ces objets prohibés ne pourrait être valable, alors même qu'une condition y aurait été apposée. Ainsi je stipule un homme libre, une chose publique, *sous la condition : si servus factus fuerit... si res publica esse desierit.* Une telle condition, qui reporte cependant l'exécution de la convention à un moment où elle serait parfaitement exécutable, ne peut combattre ce principe supérieur, à savoir : qu'une chose de cette nature est soustraite aux conventions particulières. Il y a donc *nullité absolue*, et la réalisation de la condition ne saurait donner rétrospectivement aucune force exécutoire à une convention nulle dès sa formation.

2250. Toutefois cette mesure rigoureuse ne s'applique qu'au cas où l'objet stipulé se trouve hors du commerce, *en général.* Si, au contraire, l'obstacle à ce que le stipulant puisse acquérir la chose est *personnel* à ce même stipulant, l'adjonction d'une condition pourra rendre la convention susceptible d'être exécutée. Ainsi j'ai stipulé ma chose sous condition, et, à l'arrivée de la condition, j'ai cessé d'être propriétaire ? La stipulation vaudra. (L. 31, D. 45, 1.) Même décision si le gouverneur d'une province a stipulé sous condition un immeuble de cette province, et s'il a cessé d'être gouverneur au moment où la condition se réalise.

2251. La seconde disposition de notre § 2 est intimement liée à

notre sujet, et cependant elle en diffère profondément. En effet, au lieu de s'appliquer à la nullité initiale de la stipulation, elle concerne l'extinction d'une stipulation valable *ab initio*, mais annulée postérieurement, parce que son objet acquiert ces mêmes caractères qui, s'ils eussent existé dès le principe, auraient empêché la formation de la stipulation.

Cette matière n'aurait donc pas dû prendre place dans le titre *De inutilibus stipulationibus*, mais bien dans le titre *Quibus modis obligatio tollitur*.

2252. Quoi qu'il en soit, voici quelques détails sur cette facile question :

J'ai stipulé de Titius une chose qui est dans le commerce ; l'obligation est parfaitement valable. Puis, avant l'exécution de cette obligation, la chose stipulée cesse d'être dans le commerce : par exemple, l'esclave stipulé meurt, le terrain stipulé devient sacré ou religieux. Il est bien évident que le stipulant ne pourra plus poursuivre l'exécution de sa créance.

Quelle sera donc la ressource du stipulant, qui se voit ainsi frustré de son droit ? Il faut distinguer :

2253. Si c'est par le fait du promettant que l'objet stipulé a cessé d'être *in commercio*, pas de doute : le stipulant, incapable de se faire attribuer l'objet même, que les principes généraux du droit protégent contre toute revendication du domaine privé, pourra, tout au moins, poursuivre le promettant pour se faire tenir compte du dommage que lui cause l'inexécution de la convention.

Si, au contraire, l'impossibilité d'exécuter l'obligation résulte d'un cas fortuit ou d'une force majeure, la stipulation est purement et simplement anéantie, sans recours possible du stipulant contre le promettant.

Mais, en dehors de ees deux cas parfaitement nets et clairs, que décider, si l'impossibiliét d'exécuter l'obligation résulte, non pas, il est vrai, du fait du promettant, mais de sa négligence, si par exemple l'esclave est mort, non pas tué par le promettant, mais parce que celui-ci ne l'a pas soigné alors qu'il était malade? La question est plus délicate ; mais Paul, dans le texte qu'on va lire, décide que ce cas sera assimilé au cas fortuit ou de force majeure, — parce que la *desidia promissoris* n'est pas le *factum promissoris*, et parce que le promettant, qui s'est bien engagé *ad dandum*, ne s'est aucunement engagé *ad faciendum*, c'est-à-dire, dans l'espèce, à soigner l'esclave.

2254. Voici le texte de Paul. Il est si clair que ce serait en troubler le sens que d'en traduire l'énergique raisonnement : « *Si servum stipulatus fuero, et nulla mora intercedente servus decesserit : si quidem*

occidat eum promissor, expeditum est; sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor? Considerantibus utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpæ hujus nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisit; an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? Quod magis probandum est : quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum, tenetur. — Si sit quidem res in rebus humanis, sed dari non possit, ut fundus religiosus vel sacer factus, vel servus manu occisus, vel etiam ab hostibus si capiatur, culpa in hunc modum dijudicatur, ut, si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel postea fuerit, et quid eorum acciderit, nihilominus teneatur; idemque fiat et si per alium, posteaquam ab hoc alienatus sit, id contigerit. Sin autem alienus fuit, et ab alio tale qui accidit, non tenetur, quia nihil fecit. » (L. 91. pr. § 1. D. 45, 1.)

Nous avons vu, plus haut que, si je stipule ma propre chose, il n'y a rien de fait. Mais supposons que j'aie stipulé à terme, par exemple une *res aliena*, et qu'avant l'échéance j'en devienne propriétaire *aliunde*, c'est-à-dire par une autre cause que celle résultant de la stipulation préalablement faite. Puis-je réclamer au promettant la valeur de cette chose qu'il se trouve maintenant dans l'impossibilité de me livrer? Il faut distinguer :

2255. 1° Si l'un des deux actes — stipulation et acquisition postérieure *aliunde* — est onéreux, et si, *a fortiori*, tous deux sont onéreux, je pourrai réclamer au promettant la valeur de la chose qu'il s'était engagé à me livrer. En effet, si les deux actes sont à titre onéreux, ce serait me faire payer deux fois l'objet que de me défendre de réclamer la valeur de cet objet, valeur qui formera précisément la contre-partie des engagements que j'avais contractés de mon côté pour me faire faire cette promesse. — Si maintenant un des deux actes est à *titre gratuit* et l'autre à titre onéreux, ce serait supprimer les effets de l'intention libérale qu'on a eue en ma faveur que de me laisser seulement la propriété de la chose, quand cette propriété m'était en tout cas acquise en échange d'engagements onéreux que j'avais acceptés.

2256. 2° Si les deux actes sont à titre gratuit, s'il y a *duæ causæ lucrativæ*, je ne pourrai plus invoquer le droit résultant de la stipulation antérieure. Pourquoi? Les commentateurs expliquent cette décision de la façon suivante : Qu'a voulu le promettant? Faire acquérir gratuitement au stipulant la propriété de la *res aliena* qui faisait l'objet de la stipulation. Or il se trouve que, par un événement postérieur, le stipulant a précisément acquis cette *res aliena* sans bourse délier. L'intention libérale du promettant se trouvant ainsi

réalisée, le stipulant aurait mauvaise grâce à venir contraindre le promettant à lui donner la valeur de cette chose que, somme toute, il possède maintenant. — Ce raisonnement ne me paraît pas du tout logique. En effet, le stipulant s'est trouvé dans cette situation favorisée d'être l'objet de deux intentions libérales. Pourquoi donc, arbitrairement, lui faire perdre le bénéfice de la première libéralité, parce qu'une seconde personne a désiré lui être agréable à son tour? Le motif m'échappe ; toutefois je dois reconnaître que les textes sont en faveur de l'opinion que je discute incidemment. (L. 83, § 6. D. 45, 1. — Comp. *Inst.*, § 6, II, xx, et nos 1483 et suiv.)

2257. *Remarque.* — On étudie souvent, d'après les *Institutes*, dans cette matière des nullités dérivant de l'objet, la *promesse du fait d'autrui* et la *stipulation en faveur d'autrui*. Cette théorie toute spéciale, et qui est traitée dans les §§ 3, 4, 19, 20 et 21 de notre titre, sera plus logiquement étudiée dans un chapitre isolé, avec les stipulations des esclaves. (V. appendice aux stipulations inutiles, nos 2294 et suiv.)

II. — **Nullités résultant de l'incapacité des parties.**

2258. L'incapacité peut résulter : 1° du défaut d'âge ; 2° de l'altération des facultés mentales ; 3° de certains rapports existant entre le promettant et le stipulant.

Reprenons ces diverses circonstances :

§ 9. « Le pupille peut faire valablement toutes sortes d'actes, pourvu que l'autorisation du tuteur intervienne dans les cas où elle est nécessaire ; par exemple, lorsque le pupille s'oblige, car, pour obliger les autres envers lui, le pupille n'a pas besoin de l'autorisation de son tuteur. »

§ 10. « Ce que nous venons de dire des pupilles doit s'entendre seulement de ceux qui ont déjà quelque intelligence ; car l'enfant (*infans*, *non fari*), et celui qui est encore près de l'enfance, ne diffèrent guère d'un fou, parce qu'à cet âge ils n'ont encore aucune intelligence. Toutefois, par une interprétation bienveillante et toute dans leur intérêt, on a bien voulu accorder aux pupilles encore près de l'enfance les mêmes droits qu'aux pupilles qui approchent de la puberté. Quant à l'impubère, qui se trouve soumis à la puissance paternelle, il ne peut s'obliger, même avec l'autorisation de son père de famille. »

§ 8. « Le fou ne peut faire aucun acte valable, parce qu'il ne sait ce qu'il fait. »

§ 6. « La stipulation est encore inutile quand on stipule quelque chose de celui qu'on a sous sa puissance, ou réciproquement. A l'égard de l'esclave, non-seulement il ne peut s'obliger envers son maître, mais même envers aucun autre ; les fils de familles peuvent, au contraire, s'obliger envers tout autre que leur père. »

2259. 1° *Incapacité résultant du défaut d'âge.* — La stipulation n'exige point, quant à l'âge, une capacité spéciale ; elle est régie,

en cette matière, par les principes généraux que nous avons exposés dans le tome Ier. (V. nos 671 à 694, 744 et suivants.)

Nous devons donc nous borner ici à donner un résumé concis de ces principes, renvoyant, pour les détails, au chapitre spécial qui est consacré à cette question de la capacité des mineurs.

Il faut distinguer s'il s'agit d'un impubère *sui juris* ou *alieni juris*.

2260. *A. Pupille sui juris en tutelle.* — 1° Pendant l'*infantia*, l'incapacité est absolue. L'enfant (*in fari*), ne pouvant parler, ne peut ni stipuler ni promettre. Du reste, alors même qu'il pourrait, en fait, prononcer les paroles, il n'y aurait pas pour cela stipulation valable, *quia hujus ætatis pupilli nullum habent intellectum;* ils n'ont pas l'intelligence de leurs actes. Cette période d'incapacité complète dure probablement jusqu'à sept ans, quoique la question ait été discutée. (L. 70. D. 45, 1. — L. 1, § 2. D. 26, 7.)

2° A partir de sept ans jusqu'à la puberté, il faut encore distinguer le *proximus infantiæ* et le *proximus pubertati*. Le premier peut évidemment *fari*, exprimer sa pensée, mais un temps plus ou moins long s'écoulera avant qu'il puisse se rendre un compte bien exact de ses actes. Aussi l'assimile-t-on absolument à l'*infans*.

Reste le *pubertati proximus*. — Cet état, qui suppose *aliquem intellectum*, résulte des circonstances de fait et d'appréciation.

Cette distinction perdit bientôt de son intérêt. Déjà, du temps de Gaïus, le pupille, *âgé de sept ans*, peut stipuler; puis Théodose et Valentinien l'autorisent à faire adition d'hérédité, *consentiente parente vel enim tutoris auctoritate*. Toutefois, quant au délit, on admet que l'impubère ne peut s'obliger *ex delicto* qu'autant que, *proximus pubertati, intelligit se delinquere*.

Indépendamment de cette capacité de stipuler *personnellement*, il faut distinguer : 1° s'il s'agit d'un acte qui rende sa *condition meilleure* (acquisition d'un droit quelconque), le pupille peut agir seul sans l'autorisation de son tuteur. Si, au contraire, il s'agit d'un acte qui fait sa *condition pire*, il a besoin de l'assistance et de l'autorisation du tuteur. Or il fait sa condition pire toutes les fois qu'il s'oblige ou aliène, alors même qu'il recevrait une valeur équivalente et même supérieure. On n'envisage pas, en effet, le résultat pratique de l'opération, mais seulement le caractère de l'acte.

2261. *B. Impubere alieni juris, in potestate patris.* — Cet impubère ne peut jamais s'obliger, même avec le consentement du père; il ne peut intervenir dans un acte juridique qu'à l'effet d'acquérir un droit de créance qui passera sur la tête du père.

2262. 2° *Incapacité résultant de l'altération des facultés physiques ou mentales.* — L'homme en démence, ne sachant ce qu'il fait, ne peut

figurer dans une stipulation, non plus que dans tout autre acte juridique? — Toutefois nous savons que cette règle ne s'applique absolument qu'au *mente captus*, c'est-à-dire à celui qui est dans un état constant d'imbécillité ou de fureur; le *furiosus*, au contraire, c'est-à-dire celui qui a des intervalles lucides, stipulerait valablement, comme il contracterait, dans un de ces intervalles lucides. (L. 1, § 12. D 44, 7. *Inst.*, § 1, II, XII. — V. nos 717 et suiv.)

2263. Quant au prodigue interdit, il ne peut ni s'obliger ni promettre, c'est-à-dire rendre sa position pire, mais il est parfaitement capable de rendre sa position meilleure, c'est-à-dire de stipuler. (L. 6. D. 45, 1. — V. nos 715 et suiv.)

2264. On sait que la stipulation suppose une demande et une réponse correspondante. Le muet, qui ne peut interroger ni répondre, le sourd qui ne peut entendre la demande et qui, par suite, ne peut répondre en connaissance de cause, ne peuvent intervenir dans une stipulation. Mais cette nullité rentre plutôt dans la troisième classe de nullités, celles résultant du défaut de consentement. (§ 7 du n° 2, et L. 1, §§ 14 et 15. D. 44, 7).

2265. 3° *Incapacité résultant de rapports de puissance entre le stipulant et le promettant*. — Entre deux personnes dont l'une est sous la puissance paternelle ou dominicale de l'autre, il ne peut se former une stipulation valable, produisant un *vinculum juris*. Ainsi le fils ne peut stipuler de son père, ni lui promettre; il en est de même de l'esclave dans ses rapports envers son maître. Cela se comprend facilement, si nous rappelons que les contrats formés par un fils de famille, ou par un esclave, sont, en général, réputés faits par le père ou le maître, et que c'est en la personne de ces derniers qu'ils se réalisent, l'esclave et le fils n'étant que des extensions de la personnalité juridique du père et du maître.

La stipulation — entre une personne en puissance et la personne sous la puissance de laquelle elle se trouve — est donc nulle, comme confondant, dans une même personne juridique, la qualité de créancier et celle de débiteur; autrement dit, le *vinculum juris* à peine formé, la dette s'éteint par confusion, ou, pour parler plus justement, elle s'éteint au moment même où elle pourrait se former.

2266. La dernière phrase de notre texte nous indique que, si l'esclave et le fils sont dans la même situation au regard des stipulations faites avec le *dominus* ou le *pater familias*, il n'en est point de même dans leurs rapports juridiques avec les tiers. En effet, tandis que l'esclave est absolument incapable de s'obliger envers les tiers, le fils le peut parfaitement. Toutefois, l'esclave par ses

délits, et peut-être même en vertu du contrat de dépôt (L. 21. § 1, D. 16, 3), peut, comme le fils, s'obliger civilement.

2267. Doit-on assimiler la *filia familias* au *filius familias*? Les textes sont contradictoires. Tout d'abord Paul, dans le § 99 des *Fragments du Vatican*, décide formellement que la *filia familias* ne peut s'obliger *ex dotis dictione*. De plus, Ulpien nous enseigne que le sénatus-consulte Macédonien s'applique, non-seulement au *filius familias*, mais aussi à la *filia familias*, et que celle-ci ne pourrait être poursuivie pour un prêt d'argent qui lui aurait été consenti. Or, si l'on prend la peine d'indiquer ces restrictions à la capacité de la *filia familias*, c'est donc que celle-ci possède la capacité générale de s'obliger, et, par suite, de stipuler. — Il est vrai que la L. 3, § 4 (D. 13, 6), paraît mettre sur la même ligne, au point de vue de la capacité, la *filia familias* et l'*ancilla*, tandis qu'elle établit une différence entre le *filius familias* et le *servus*. Mais on peut soutenir que le jurisconsulte a voulu, dans ce texte, non pas opposer le *filius familias* à la *filia familias*, mais opposer l'une à l'autre deux situations différentes : celle où le commodataire *sui juris* vient à mourir, et celle où le commodat a été consenti à une personne *alieni juris*.

Quoi qu'il en soit de la doctrine qui peut être déduite des textes, il est difficile d'admettre que la *filia familias* ait possédé une capacité égale à celle du fils ; en effet, s'il en eût été ainsi au temps où les femmes étaient toujours en tutelle, la *filia familias* aurait joui d'une capacité plus étendue que la femme *sui juris*, ce qui aurait été bizarre. (Voir, sur cette question, la savante dissertation de M. Demangeat, t. II, p. 256 et 257.)

III. — **Nullités résultant de l'absence de consentement, ou des formes défectueuses dans lesquelles le consentement a été donné.**

2268. Nous avons vu que la stipulation suppose essentiellement l'accord des volontés de deux parties, dont l'une stipule et dont l'autre promet. De plus, cet accord de volonté, qui est nécessaire à la formation de toute obligation, doit être, en matière de stipulation, corroboré par le *prononcé* de certaines paroles déterminées, et accompagné de certaines formalités non moins déterminées. Si l'un de ces éléments vient à manquer, la rigueur du droit civil s'oppose à la validité de la stipulation,

§ 5. « La stipulation est encore inutile, si le promettant ne répond pas à ce qui lui a été demandé; par exemple, si je stipule dix de vous et que vous pro-

mettiez cinq, ou réciproquement; ou bien encore si, quand je stipule purement et simplement, vous répondez conditionnellement, ou réciproquement. Mais dans ce cas la stipulation n'est inutile qu'autant que vous exprimez la différence dans votre réponse : par exemple, si, quand je stipule de vous sous condition ou à terme, vous répondez : Je le promets présentement ;— car, si vous répondez simplement : Je le promets, vous êtes réputé promettre d'une manière abrégée, sous la même condition et au même terme. Il n'est pas nécessaire, en effet, que le promettant répète tout ce que le stipulant a exprimé dans sa demande. »

§ 7. « Il est évident qu'un muet ne peut ni stipuler ni promettre. Il en faut dire autant du sourd : en effet, le promettant doit entendre les paroles du stipulant, et celui-ci entendre celles du promettant; au reste, nous ne regardons comme sourd que celui qui n'entend pas du tout, et non pas celui qui entend difficilement. »

§ 12. « L'obligation verbale, contractée entre absents, est nulle. Mais la nécessité de la présence devenait une source de chicanes; parce que souvent, après un long laps de temps, des hommes de mauvaise foi venaient soutenir qu'eux-mêmes ou leurs adversaires n'avaient pas été présents. En conséquence, voulant rendre plus prompte la décision des procès, nous avons adopté les mesures suivantes dans notre constitution adressée aux avocats de Césarée. Les écrits attestant que les parties étaient présentes lors de la stipulation devront faire pleine foi, tant que celui qui soutient le contraire ne prouvera pas, de la manière la plus évidente, soit par écrit, soit par témoins dignes de foi, que lui ou son adversaire ont passé en d'autres lieux tout le jour où a été confectionné l'acte. »

§ 18. « Lorsqu'une stipulation renferme plusieurs objets, si celui qui s'oblige répond simplement : Je promets de donner, il doit tous les objets compris dans la stipulation. Mais s'il répond qu'il donnera une ou quelques-unes des choses contenues dans la stipulation, l'obligation n'est contractée que relativement aux choses pour lesquelles il a répondu. En effet, on considère une stipulation pareille comme contenant autant de stipulations distinctes qu'il y a d'objets différents compris dans la stipulation : or le promettant achève et parfait seulement celles de ces stipulations auxquelles il répond ; car pour chaque chose il faut une demande et une réponse. »

§ 23. « Quand le stipulant a en vue une chose et le promettant une autre, la stipulation est nulle, comme si on n'eût pas du tout répondu à la demande : par exemple, si quelqu'un stipule que vous lui donnerez l'esclave Stichus, tandis que vous, en répondant, vous avez en vue l'esclave Pamphile, que vous croyez s'appeler Stichus. »

§ 17. « S'il est écrit dans l'acte (*instrumentum*) qu'une personne a promis, on en conclut qu'elle a répondu à une question qui lui était faite. »

2269. Les nombreux détails donnés par le texte nous dispensent d'étudier longuement cette question, et je me contente de résumer brièvement les principes.

2270. Examinons successivement ce qui concerne les deux éléments nécessaires à la validité de la stipulation : l'accord des volontés, et le *prononcé* de ces paroles solennelles qui, dans l'obligation verbale, ne constatent pas seulement l'accord des volontés, mais donnent à la convention sa force juridique.

2271. 1° *Accord des volontés.* — Cette règle spéciale peut être envisagée elle-même à plusieurs points de vue :

A. L'accord des volontés peut n'être qu'apparent; ainsi chaque contractant a prononcé un même nom, l'un a stipulé Stichus, et l'autre a promis Stichus; mais ce nom ne s'applique pas, dans la pensée de chaque partie, au même esclave. Ce défaut d'accord, sur l'identité de l'objet stipulé et promis, vicie la stipulation : il y a bien eu deux volontés, mais il n'y a pas eu *accord* de volontés. (§ 23 de n. t.)

B. La stipulation sera nulle *a fortiori* si, à celui qui stipule Pamphile, j'ai promis Stichus. Dans ce cas, le désaccord est patent.

C. Il est plus délicat de décider du sort de la stipulation, si l'erreur porte, non plus sur l'objet même du contrat, mais seulement sur une ou plusieurs des qualités de cet objet. — Ainsi j'ai stipulé une statue que je croyais en or, et qui, en réalité, est en cuivre? La stipulation n'en est pas moins valable, et le promettant sera obligé de me livrer la statue; mais si c'est lui qui m'a induit en erreur, et si j'ai eu soin d'ajouter, à la stipulation principale, la *clausula doli*, je pourrai lui réclamer une indemnité proportionnelle à la moins-value qui résulte de la véritable matière de l'objet stipulé. (L. 22. D. 45. 1.) — Nous verrons plus tard que, en matière de vente, la règle est différente, et que l'erreur sur les qualités de l'objet peut parfois rendre le contrat absolument nul. (L. 9. § 2. D. 18. 1.)

2272. 2° *Prononcé de paroles solennelles etc.*, — Nous avons vu, à l'origine de cette matière des obligations *verbis*, que le caractère et l'avantage de la stipulation étaient de ne laisser aucun doute sur les intentions des parties, par suite de la réponse *identique* à la demande, et qui doit suivre immédiatement celle-ci. De ce principe résultent plusieurs conséquences.

A. La stipulation ne peut prendre naissance entre personnes non présentes. (§ 12. de n. t. — Gaïus, III, 188.) Cette règle, parfaitement raisonnable, donnait souvent matière à des chicanes de la part d'un débiteur de mauvaïse foi, qui, pour faire admettre la nullité de l'obligation, cherchait à prouver que, au jour indiqué comme date de naissance de l'obligation, les deux parties n'avaient pu se trouver en présence. Justinien réprima ce danger dans une constitution de 531, qu'il a résumée dans son § 12 de notre texte, auquel il suffit de renvoyer pour ce point peu intéressant de procédure. (V. L. 14, C. 8. 38.)

B. La stipulation se composant essentiellement d'une demande orale, suivie d'une réponse orale, il s'en suit que le muet, ou le sourd, ne peut stipuler ou promettre, parce que l'un ne peut formuler ni demande ni réponse, et que l'autre ne peut entendre la

demande qu'on lui adresse, ni la réponse qu'on fait à sa question. (§ 7. de n. t. — L. 1, §§ 14 et 15. D. 44, 7.)

C. Il faut que la réponse soit identique à la demande, pour la consacrer et constituer le *vinculum juris*. — C'est pourquoi, si je stipule 10 et que vous promettiez 5, les *Institutes*, suivant en cela Gaïus, décident qu'il n'y a rien de fait. Au contraire, Paul et Ulpien, suivant en cela un système plus raisonnable, décidaient que la stipulation serait formée jusqu'à concurrence de 5, puisque, 5 étant contenu dans 10, on peut dire que l'accord des volontés a eu lieu jusqu'à concurrence de la plus petite somme. (Gaïus, III, § 102. — LL. 1, § 4, et 83, § 3. D. 45, 1.)

2273. Ce qui est bizarre, mais non étonnant de la part des *Institutes*, c'est que, par un singulière contradiction, le § 18 décide que, si j'ai stipulé votre cheval et votre bœuf, et que vous me promettiez seulement votre cheval, la stipulation vaudra quant à ce dernier; car on suppose qu'il a été fait autant de stipulations partielles que d'objets exprimés, et celle-là seule s'est formée à laquelle il a été répondu. — Il n'était pas plus difficile de dire que, dans la stipulation de 10, il y a deux stipulations de 5, et que, le promettant s'étant engagé à donner 5, le contrat est formé jusqu'à concurrence de ce chiffre. (§ 18. de n. t.)

2274. S'il y a eu deux jurisprudences dans l'espèce précédente, il y a unanimité à déclarer nul le contrat dans lequel l'interrogation aurait été *pure et simple* et la réponse *conditionnelle*, ou *vice versa*. — Il serait peut-être difficile, à mon sens, de justifier cette décision, dans l'opinion qui admet la validité de la promesse d'un objet inférieur à l'objet de la demande. Quoi qu'il en soit, il n'y eut jamais de difficulté, et une telle discordance, entre la demande et la réponse, annulait toujours la stipulation. Toutefois Ulpien, qui, en cette matière, paraît être l'homme des tempéraments pratiques, enseigne (L. 1, § 3. D. 45, 1) que la stipulation, ainsi nulle par suite du défaut d'identité entre la demande et la réponse *vaudra*... si le changement est consacré au moyen d'un pacte ajouté *in continenti* : « Quand le promettant ajoute ou retranche quelque chose à la stipulation, on doit toujours admettre que l'obligation est viciée, à moins que la modification de la réponse ait plu sur-le-champ au stipulant; auquel cas une autre stipulation paraît avoir été contractée. »

2275. Ce qui me paraît le plus bizarre en cette matière, c'est que le même Paul, dont la doctrine a prévalu dans le § 18 de notre titre, décide (L. 83, § 2. D. 45, 1) : « Si, stipulant Stichus ou Pamphile, tu m'as promis de me donner seulement un des deux, il

est certain que tu n'est pas tenu, et qu'il n'a pas été répondu à l'interrogation. » Il est vrai que la demande est affectée de cette modalité spéciale qui s'appelle l'*alternative*, et que la réponse étant pure et simple, cette espèce rentre sous le coup du principe posé par le § 5. Mais n'est-il pas vraiment déraisonnable d'annuler précisément le contrat dans lequel le stipulant tenait si peu aux deux objets stipulés qu'il laissait, par le fait même de son interrogation, à son interlocuteur le choix de lui donner l'*un* ou l'*autre*, — et de valider le contrat dans lequel le promettant n'a répondu que par l'engagement de fournir un seul des objets stipulés, à une interrogation qui indiquait bien, chez le stipulant, le ferme désir de devenir créancier de tous les objets qu'il mentionnait dans son interrogation?

IV. — **Nullités résultant des modalités dont la stipulation est affectée.**

§ 11. « La condition impossible rend nulle la stipulation à laquelle elle est apposée. On regarde la condition comme impossible quand la nature s'oppose à son accomplissement; par exemple : si je touche le ciel avec mon doigt, me promettez-vous de me donner? L'obligation est réputée contractée purement et simplement; et on peut en exiger de suite le paiement. »

§ 13. « Nul ne pouvait autrefois stipuler, ni promettre quelque chose, pour le temps qui suivrait sa mort. Celui qui était soumis à la puissance d'un autre ne pouvait pas non plus stipuler pour le temps qui suivrait la mort de son père ou de son maître, parce que ceux-ci sont réputés parler par sa bouche. On ne pouvait pas même stipuler valablement de cette manière : Me promettez-vous de me donner la veille de ma mort, ou la veille de votre mort?

« Mais puisque, ainsi qu'on l'a déjà dit, la validité des stipulations repose sur le consentement des parties, nous avons jugé à propos de faire subir à ce point de droit une correction nécessaire : en conséquence, nous déclarons valable la stipulation dans laquelle l'obligation serait reportée après la mort, ou à la veille de la mort, soit du stipulant, soit du promettant. »

§ 14. « La stipulation ainsi conçue : Si tel vaisseau arrive d'Asie, me promettez vous de me donner aujourd'hui? était autrefois considérée comme nulle, parce qu'elle est conçue d'une manière prépostère (c'est-à-dire de manière à reporter l'exécution de l'obligation à une époque où cette obligation n'existe pas encore).

« Mais l'empereur Léon, d'illustre mémoire, ayant jugé à propos de confirmer ces sortes de stipulations en matière de dot, nous avons cru devoir leur accorder un plein effet, non-seulement quand il s'agit de dot, mais encore dans toutes les autres matières. »

§ 15. « La stipulation conçue de la manière suivante : Promettez-vous de me donner à ma mort ou à votre mort? était valable chez les anciens, et l'est encore aujourd'hui. »

§ 16. « On stipule aussi valablement pour l'époque qui suivra la mort d'un tiers. »

2276. Nous savons déjà (n° 2198) que la condition impossible positive (c'est-à-dire qui fait dépendre l'existence de l'obligation

d'une action impossible) annule la convention ; que la condition impossible négative, au contraire, est réputée non avenue et laisse le contrat pur et simple. (*Inst.*, § 11 et L. 7. D. 45, 1.)

2277. Nous savons aussi que, par condition impossible, on entend, non-seulement celle qui vise une action *matériellement*, *physiquement* impossible, mais encore une action *juridiquement* ou *légalement* impossible.

2278. Si la condition consiste à faire une chose illicite ou immorale, il faut distinguer si les parties ont considéré le fait du stipulant ou le fait du promettant? Dans le premier cas, la stipulation sera nulle ; mais, dans le second, elle sera parfaitement valable puisqu'elle a pour conséquence de rendre débiteur celui qui commettra la mauvaise action, ce qui est très-moral, l'accomplissement de cette mauvaise action, c'est-à-dire la réalisation de la condition, faisant naître la dette du promettant. (L. 121, § 1. D. 45, 1.)

2279. Mais faut-il admettre la validité de la stipulation faite sous la condition que le stipulant ne fera pas une chose illicite ou immorale? Non, car, au dire de Pothier, il est contraire à la justice et à la bonne foi de stipuler une somme pour s'abstenir d'une chose dont nous sommes d'ailleurs obligés de nous abstenir. (V. aussi L. 7, § 3, D. 2, 14.)

2280. Dans la condition impossible, comme, en fait, la réalisation de la condition est en tout cas impossible, peu importe que l'accomplissement de cette condition ait été mise à la charge du promettant, du stipulant ou d'un tiers.

2281. Nous savons que, si j'ai stipulé une certaine chose pour le cas où elle deviendrait mienne, l'apposition d'une telle condition rend nulle la stipulation, puisque la condition suspensive de la dation est précisément que cette dation devienne juridiquement impossible. (Voir n° 2245.)

Ceci nous conduit à étudier une situation toute spéciale, à laquelle on a donné le nom de *stipulation prépostère*. L'exemple présenté par les *Institutes* suffit à montrer la bizarrerie d'une telle condition, qui, prise à la lettre, place l'exigibilité de la créance avant l'événement de la condition. Ce renversement de l'ordre naturel des choses a fait donner le nom de *præpostera* à une telle stipulation, que le droit civil annulait par un scrupule d'exactitude. Il en fut autrement quand le formalisme céda le pas à une interprétation plus pratique des termes du contrat. (V. plus bas.)

2282. La loi 64 au *Digeste* (45, 1) présente une espèce dans laquelle, au premier abord, on pourrait croire à l'existence d'une stipulation prépostère : « Une stipulation a été conçue en ces

termes : Si Titius est plus tard nommé consul, me promets-tu de me donner dix par chaque année à partir d'aujourd'hui? » Après trois ans, la condition se réalise ; on était fondé à se demander si le stipulant pouvait réclamer les prestations correspondant à ces années écoulées.

Le jurisconsulte répond que cette stipulation est valable, en ce sens qu'elle entend reporter, au jour de l'arrivée de la condition, le payement des annuités écoulées jusqu'à cette époque ; c'est donc comme si la stipulation avait été conçue en ces termes : « Quand Titius aura été nommé consul, que dix soient payés par chaque année, en tenant compte du temps écoulé. »

Cette décision d'Africain est parfaitement raisonnable. En effet, si l'on considère la situation qu'une telle stipulation crée pour ou contre chacun des contractants, on constate facilement qu'aucune impossibilité ne peut surgir dans l'accomplissement de l'obligation, conformément à l'intention parfaitement nette des parties. Ainsi, dans l'espèce ci-dessus mentionnée, l'élément qui paraît *prépostère* est uniquement destiné à déterminer, quand la condition se réalisera, la *quotité* de la somme due. En d'autres termes, au moment même où la stipulation se forme, non-seulement l'exigibilité de la dette est en suspens, mais on ne sait pas même quelle sera la somme qui sera due si, la condition se réalisant, la convention acquiert toute sa vigueur. Mais cette incertitude sur le montant de l'obligation ne subsistera que jusqu'à l'arrivée de la condition : à ce moment, le promettant deviendra débiteur, et, pour calculer l'importance de son obligation, il n'aura qu'à multiplier le montant des prestations annuelles par le nombre d'années écoulées depuis la stipulation. De même, celui qui promet une rente viagère ne connaît l'importance de sa dette que le jour où la mort du créancier interrompt les prestations.

2283. En dehors de cette hypothèse spéciale, la stipulation prépostère était considérée comme nulle par le droit civil. Bientôt, cependant, on apporta des tempéraments à ce principe. Tout d'abord l'empereur Léon décida qu'en matière de dot la stipulation prépostère ne serait point nulle ; puis Justinien généralise, dans la suite, cette décision, en validant toutes les stipulations conçues dans cette forme, mais il reste bien entendu que la dette n'était exigible qu'après l'arrivée de la condition ; en d'autres termes, on biffait l'élément rétroactif ou prépostère, pour ne laisser subsister qu'une obligation conditionnelle proprement dite. (L. 23, C. 6, 23 ; — § 14 de n. t.)

2284. Si j'ai stipulé ou promis *post mortem meam*, cette sti-

pulation sera-t-elle valable? Au premier abord, on attend une réponse affirmative, car une telle stipulation paraît être tout simplement une obligation *ex die incerto*, le terme incertain étant précisément la mort du stipulant ou du promettant.

2285. Malheureusement la jurisprudence romaine avait admis que je ne pouvais stipuler de manière à faire acquérir à un tiers l'action *ex stipulatu*, et réciproquement que, par ma promesse, je ne pouvais obliger autrui ; par conséquent il fallait déclarer nulle la stipulation qui ne devenait exigible qu'après la mort du promettant ou du stipulant. D'un autre côté, s'il était vrai, en thèse générale, que l'héritier succédait à tous les droits actifs et passifs du *de cujus*, on décidait, par une singulière mais rigoureuse subtilité, que l'héritier n'était qu'un simple tiers, même à l'égard du *de cujus*, en ce qui concernait les droits qui n'avaient pas pris naissance en la personne de ce dernier ; or, c'était précisément le cas des stipulations faites *post mortem promissoris vel stipulatoris*.

2286. Toutefois l'objection n'existait plus s'il s'agissait de la stipulation dont l'exécution était reportée au moment même de la mort du stipulant ou du promettant : *cum moriar*, ou *cum morieris ;* en effet, le premier moment de la mort se confondant avec le dernier moment de la vie, on pouvait, quoique très-subtilement, décider que la condition se réalisait à un moment où l'obligation active ou passive pouvait encore naître en la personne du mourant. Aussi décidait-on logiquement, grâce à cette subtilité, qu'une telle obligation passait activement ou passivement à l'héritier ; par conséquent on ne prononçait pas la nullité de la stipulation frappée d'une telle modalité. (§ 15 de n. t. — Gaïus, III, § 100.)

2287. Avons-nous besoin d'ajouter que, la stipulation faite par une personne en ma puissance étant réputée faite par moi-même, un fils ou un esclave n'aurait pu valablement stipuler *post mortem domini* ou *post mortem patris*? tandis que ce fils, ou cet esclave, aurait très-valablement stipulé *post mortem suam*. En effet, grâce à l'effacement de la personnalité juridique du fils ou de l'esclave, une telle stipulation aurait été, en fait, absolument identique à celle faite *post mortem alterius ;* or la validité de la stipulation dont l'exigibilité devait arriver après la mort d'un tiers n'avait jamais été mise en doute, car c'était tout simplement une obligation contractée *ex die incerto*. (§ 13 de n. t.)

2288. Il est bien entendu que, dans l'application des principes qui précèdent, on n'a point à distinguer suivant qu'on a stipulé *cum morieris* ou *si morieris*. En effet, la conjonction ne fait rien à l'affaire, et il s'agit toujours d'un terme incertain. (L. 45, § 3. D. 45, 1.)

2289. Les *Institutes* ajoutent, dans le premier alinéa du § 13, qu'on ne peut stipuler valablement de cette manière : *Me promettez-vous de me donner la veille de ma mort ou la veille de votre mort ?* Ce qui annule une telle obligation, ce n'est pas le principe qu'une obligation active ou passive ne peut naître en la personne de l'héritier, mais bien le caractère *prépostère* d'une telle combinaison. En effet, la veille de la mort ne pouvant être connue qu'après la mort même, celle-ci survenant, on serait obligé de faire remonter dans le passé l'effet de la stipulation, ce qui est contraire au principe d'après lequel « l'exigibilité de l'obligation ne peut être antérieure à l'existence même de cette obligation». (Gaïus III, § 100.)

2290. *Exceptions.* — Nous avons vu que la stipulation *cum morieris* est valable en principe, et que la stipulation *post mortem meam* est nulle en général. Ces deux règles comportent chacune une exception :

2291. Si j'ai promis d'*accomplir un fait personnel* « *cum moriar* », la stipulation sera nulle, car le même fait, qui rend l'obligation exigible, me met dans l'impossibilité de l'accomplir. — Même décision s'il s'agissait de la stipulation d'une dot par le mari ; en effet, la dot serait exigible au moment même où elle n'aurait plus de raison d'être. (L. 46, § 1, D. 45, 1 ; LL. 20 et 76, D. 23, 3.)

2292. En sens inverse, la stipulation *post mortem meam* sera rendue efficace par l'adjonction d'un *adstipulator*, qui stipule, *accessoirement*, la même chose « *post mortem prioris stipulatoris* » ; cet *adstipulator* agira personnellement après la mort du stipulant principal, et il sera tenu, par l'action *mandati*, de restituer à l'héritier dudit stipulant ce qu'il aura touché par suite de l'exécution de la stipulation.

On voit que l'adstipulateur ressemble à l'*adjectus solutionis gratia* (nos 2230 et suiv.), en ce que, comme lui, il reçoit du stipulant un mandat, qui ne peut être révoqué au gré du mandant. Mais il en diffère en ce que, stipulant directement, il a pouvoir d'*actionner* le promettant, tandis que le rôle de l'*adjectus* se borne à *recevoir* le payement. (Gaïus, C. III, §§ 110, 114, 117.)

2293. *Modifications de Justinien.* — En défendant de stipuler soit *post mortem meam* ou *tuam*, soit *pridie quam moriar* ou *morieris*, les Romains commettaient une véritable confusion entre le droit qui n'existe pas, et le droit qui n'est pas exigible. C'est donc avec raison que Justinien résolut de valider de telles stipulations dans sa constitution de 528. Ceci le conduisit, trois ans plus tard, à abroger expressément l'ancienne règle, d'après laquelle « *ab heredibus vel contra heredes actiones incipere non possunt* ». Il était raisonnable,

en effet, de ne plus restreindre la volonté des contractants par une discussion trop subtile de la lettre du contrat. — Il est moins facile, à mon sens, d'expliquer la constitution de 532, qui valide la stipulation D'UN FAIT, «*cum morietur promissor*». En effet, si parfois la promesse peut être exécutée par l'héritier, il est également possible qu'elle ne puisse pas l'être, par exemple si un artiste éminent avait promis de faire un tableau. Malgré cette légère critique, on ne peut qu'approuver les tendances pratiques des trois constitutions de Justinien.

Appendice aux stipulations inutiles.

1° *Des stipulations et promesses pour autrui.*

(*Inst.*, III, XIX.)

§ 3. « Celui qui promet qu'un autre donnera ou fera quelque chose n'est point obligé : par exemple, s'il promet que Titius donnera cinq écus d'or : mais s'il promet de faire en sorte (s'il se porte fort) que Titius donne, il est obligé.»

§ 4. « Nul ne peut stipuler valablement pour un autre, si ce n'est pour la personne à la puissance de laquelle il est soumis. Cependant on peut convenir que le paiement sera fait à une personne étrangère ; par exemple : Promettez-vous de donner à moi ou à Séius? Dans ce cas, l'obligation n'est acquise, il est vrai, qu'au seul stipulant ; mais on peut, même malgré lui, payer valablement à Séius; et ce payement libère le débiteur, sauf au stipulant à agir contre Séius par l'action du mandat. Si vous stipulez une somme de dix écus d'or, tant pour vous que pour une autre personne à la puissance de laquelle vous n'êtes pas soumis, la stipulation est valable ; mais on a douté si, dans ce cas, le débiteur vous devrait toute la somme comprise dans la stipulation, ou seulement la moitié. L'opinion qui n'accorde au stipulant que la moitié de la somme a prévalu. Si vous stipulez pour celui qui est soumis à votre puissance, l'obligation vous est acquise ; en effet, dans les cas où votre fils peut acquérir pour vous, vous êtes réputé parler par la bouche de votre fils et lui par la vôtre. »

§ 19. « Nul (ainsi qu'on l'a déjà dit) ne peut stipuler pour autrui, parce que les stipulations ont été inventées pour que chacun acquière ce qu'il a intérêt d'acquérir ; or le stipulant n'est nullement intéressé à ce qu'un autre acquière. Si cependant quelqu'un voulait faire une stipulation de ce genre, il devrait avoir soin de stipuler en même temps une peine ; de cette manière, si le promettant ne fait pas ce qui a été convenu, la peine est encourue par lui au profit du stipulant, lors même que ce dernier n'aurait aucun intérêt à l'exécution de l'obligation principale. En effet, quand quelqu'un stipule une peine, on n'examine plus quel intérêt il pouvait avoir, mais quel est le montant de la clause pénale. Ainsi cette stipulation : « Promettez-vous de donner à Titius? » est nulle ; mais si on y ajoute une peine, par exemple : « Et si vous ne lui donnez pas, me promettez-vous tant d'écus d'or? » alors, si le promettant refuse d'exécuter la première promesse, la peine est encourue (ou, en d'autres termes, le promettant doit les cent écus d'or).»

§ 20. « Mais, quand celui qui stipule pour autrui a lui-même quelque intérêt à ce que la promesse soit exécutée, on a décidé que la stipulation était valable. Par exemple, si un tuteur, qui avait commencé par gérer une tutelle, cède l'administration à son cotuteur, et stipule de lui qu'il conservera les bieus du pupille, la stipulation est valable, parce que le stipulant a intérêt à ce que ce

qui a été stipulé se fasse : en effet, il est responsable de la mauvaise gestion du cotuteur. Par la même raison, je puis valablement stipuler que vous donnerez telle chose à mon procureur. Pareillement, la stipulation est valable, quand je stipule que vous donnerez à mon créancier ; car j'y ai intérêt, pour éviter soit d'encourir une peine, soit la vente des objets que j'ai donnés en gage. »

§ 21. « Réciproquement, celui qui promet qu'un autre fera n'est obligé qu'autant qu'il a en même temps promis une peine. »

2294. Jusqu'à présent, nous avons toujours supposé que l'obligation résultant du contrat verbal (comme du reste toute obligation) concernait personnellement les deux parties contractantes, dont l'une devenait débitrice et l'autre créancière.

En effet, il était de principe que je ne pouvais promettre ou stipuler le fait d'autrui, ni stipuler en faveur d'un tiers : *Nemo alienum factum promittere potest; nemo alteri stipulari potest.* » (L. 38. pr. et § 17. — D. 45, 1.) Quel est le sens et la portée de cette double règle?

2295. Tout d'abord, il est bien évident que jamais un tiers ne peut être lié activement ou passivement par une stipulation ou une promesse émanant d'une autre personne ; en effet, il est de principe incontesté que nos actes seuls peuvent nous lier. (L. 3. C. 4, 12.)

2296. Mais la question devient plus délicate en ce qui concerne les rapports juridiques qui s'établiront entre les deux parties contractantes dont l'une a stipulé ou promis le fait d'autrui.

2297. *A*. Si j'ai stipulé de Sempronius que Titius me donnerait quelque chose, évidemment Titius n'est pas tenu et ne pourra aucunement être poursuivi ; mais, à son défaut, Sempronius ne sera-t-il pas tenu envers moi? — Notre texte nous répond négativement et prononce la nullité d'une telle convention. Pourquoi? Parce que, semble dire Paul, dans cette convention n'apparaît pas suffisamment, de la part du promettant, l'intention de s'obliger *personnellement*. (L. 83, pr. D. 45, 1.) Aussi, dès que cette présomption du défaut d'intention disparaît, — en d'autres termes, dès que l'on peut croire que Sempronius a bien eu l'intention de s'obliger personnellement, au cas où le tiers, dont il avait promis le fait, ne l'exécuterait pas, — la stipulation sera valable. Telle est l'hypothèse où Sempronius, au lieu de promettre « *Titium daturum*, » aurait promis « *effecturum se ut Titius daret* ». — Tel est également le cas où le refus du tiers est prévu et puni, dans la personne même du promettant, d'une peine pécuniaire : « *Spondesne mihi Titium decem daturum? Si non dederit, spondesne mihi decem?* Dans ces deux hypothèses, on peut dire que le promettant *s'est porté fort*, et, dès lors, il n'y a aucune raison pour ne pas le soumettre directement à l'action du stipulant, si le tiers se refuse à exécuter le fait promis dans

une convention à laquelle il est resté complétement étranger. (§ 21. de n. t.)

2298. *B*. De même qu'on ne peut stipuler ni promettre le fait d'autrui, de même il est défendu de stipuler ou promettre en faveur d'autrui. — Ceci est plus difficile à justifier; en effet, il ne nous est point défendu d'améliorer le sort d'autrui, et je puis parfaitement payer la dette d'un tiers, ou le libérer en me portant *expromissor;* mais, dit-on, si, comme dans les deux cas précédents, je puis rendre meilleure la position d'autrui en me grevant personnellement, je ne le puis plus si, au lieu de m'y obliger moi-même, je cherche à grever une tierce personne.

Cette décision résulte médiatement d'un principe supérieur en droit romain, principe d'après lequel on ne peut acquérir par le ministère d'une personne sur laquelle on n'a aucun droit de puissance, et qu'on ne possède pas de bonne foi comme esclave. Or, quand je stipule dans l'intérêt de Titius, fussé-je son mandataire, je ne puis acquérir, en sa faveur, un droit de créance, c'est-à-dire une action contre le promettant. (L. 11. D. 44, 7.)

2299. Ainsi le tiers, en faveur duquel j'ai stipulé, ne pourra poursuivre le promettant; mais, bien plus, je ne pourrai l'actionner moi-même. En effet, un autre principe est qu'il n'y a pas d'*action* sans un intérêt précuniaire de la part du demandeur; or, dans l'espèce, l'intérêt d'affection qui pouvait me faire désirer voir l'obligation se réaliser en la personne du tiers ne saurait constituer une base suffisante à une demande de ma part, puisque toute demande se réduisant, en dernière analyse, à une condamnation pécuniaire, il serait absolument impossible de déterminer cette condamnation appelée à réparer un préjudice de sentiment. (L. 9, § 2. D. 40, 7.)

2300. Ceci est si vrai que, si le stipulant a le moindre intérêt pécuniaire à l'accomplissement, par le promettant, de la dation, du fait et de l'abstention stipulés en faveur d'un tiers, il sera parfaitement fondé à agir personnellement.

Telles sont les hypothèses suivantes :

2301. 1° Notre texte nous donne le premier exemple : J'ai stipulé dans l'intérêt d'autrui, et j'ajoute que, faute par le promettant d'accomplir sa promesse, il devra me donner une certaine somme *pœnæ nomine*. — Cette clause pénale est parfaitement valable à mon endroit, et je puis en poursuivre le payement, si le promettant n'exécute pas la stipulation principale. (L. 38, § 17. D. 45, 1.)

Nous avons vu déjà plus haut ce même effet vivifiant de la clause pénale ajoutée à une stipulation qui serait nulle sans cette adjonction.

Dans cet exemple, il n'y a point de difficulté; en effet, la stipulation peut se diviser en deux parties, la clause pénale étant, à l'égard du stipulant, une obligation principale le constituant directement créancier, mais ce, *sous une condition potestative* de la part du promettant, condition qui consiste précisément dans la non-exécution de la stipulation faite en faveur d'autrui.

Les exemples suivants sont plus délicats, car ils montrent une action donnée à quelqu'un qui n'est point même nommé dans la stipulation :

2302. 2° Je cède l'administration des affaires d'un pupille à mon cotuteur, et je stipule de lui : *rem pupilli salvam fore.* — Évidemment la stipulation est favorable au pupille; mais j'ai également un intérêt parfaitement déterminé à ce qu'elle soit respectée, puisque, si le cotuteur administrait mal, je serais responsable de cette mauvaise gestion. Cet intérêt suffit pour valider la stipulation. (V. N^os^ 754 et suiv.)

2303. 3° Titius s'est chargé de faire pour moi un certain travail; mais les ressources lui manquent, et je stipule de Sempronius qu'il fournira à Titius la somme nécessaire à l'exécution de ses engagements. — Évidemment je rends service à Titius, mais en même temps je le mets, par cette stipulation, dans la possibilité d'accomplir le travail qu'il m'a promis; il y a donc pour moi un intérêt personnel à ce que Sempronius tienne ses engagements; et cet intérêt suffit à rendre valable la stipulation.

2304. 4° J'ai pris, envers Titius, l'engagement de lui bâtir une maison, et ce, sous clause pénale. Or, me voyant dans l'impossibilité de remplir mes engagements, je stipule de Sempronius qu'il bâtira cette maison. — Je suis donc intéressé à ce que Sempronius ne manque pas à sa promesse, puisque, dans ce cas, j'encourrais la clause pénale; cet intérêt suffit pour rendre valable la stipulation, bien qu'elle profite également à Titius.

(V., sur ces diverses hyppothèses, M. Demangeat, *Cours élémentaire*, t. II, p. 238 et suiv.)

2305. — Du cas où j'ai stipulé en faveur d'autrui se rapproche le cas où *j'ai stipulé* 10 *pour moi et pour Titius.* — Cette stipulation présente, en effet, une situation exceptionnelle : en ce qui me concerne, il y a bien une stipulation ordinaire, et par conséquent valable sans aucun doute; mais, en ce qui concerne Titius, il y a une véritable stipulation en faveur d'autrui, stipulation qui, d'après les principes qui viennent d'être exposés, devrait être nulle. Or, comme la convention n'établit pas de distinction, quelles règles doit-on appliquer?

Les Sabiniens décidaient que la stipulation valait *pour le tout* en ma faveur; dès lors l'adjonction de Titius disparaissait et je pouvais réclamer dix. — Les Proculiens, au contraire, divisaient l'objet de la stipulation, et considéraient 5 comme stipulés par moi, et 5 comme stipulés en faveur de Titius. Dès lors ils annulaient cette dernière partie de la stipulation, et je ne pouvais agir que pour 5, c'est-à-dire pour la moitié qui me concernait. C'est ce dernier système qui a été adopté par Justinien. (Gaïus, III, § 103. — LL. 56, pr. et 110, pr., D. 45, 1. — § 4 de n. t.)

2305 *bis*. On aurait tout aussi bien pu décider que tout le contrat était nul, et il faut même reconnaître que cette décision eût été plus logique; il est bizarre en effet, dans une stipulation faite d'un seul contexte, de supposer deux stipulations partielles, dont l'une valable et l'autre nulle.

2306. L'opinion des Sabiniens était donc, en réalité, celle qui offrait le plus d'avantages pratiques, et, par une singulière contradiction, Justinien, qui la repousse en matière de stipulation, l'adopte en matière de vente. La loi 64 (D. 18, 1) dit en effet, d'une façon formelle, que, si j'ai acheté un fonds pour Titius et pour moi, on considère la personne de Titius comme inutile, et tout le bénéfice de la vente se réalise à mon profit.

2307. Il ne faut pas confondre le cas où j'ai stipulé *mihi et Titio*, avec le cas où j'ai stipulé *mihi aut Titio*. En effet, dans cette seconde formule, il ne s'agit plus de faire naître une créance dans la personne d'un tiers non-intervenant; l'adjonction de Titius n'a trait qu'au payement, qui peut être fait valablement, ou à moi, ou à Titius, lequel est appelé, pour cette raison, *adjectus solutionis gratia*. Nous avons déjà parlé, au sujet de l'*accessio* (Nos 2230 et suiv.), de ce mandat tout spécial; rappelons seulement les principes essentiels :

2308. 1° L'*adjectus*, quel qu'il soit, mais lui seul, ou le stipulant, a qualité pour recevoir le payement. D'où suit que, si l'*adjectus* est un pupille, le paiement fait entre ses mains est libératoire, sans que le pupille ait besoin de l'*auctoritas tutoris*. Dans le même courant d'idées, si l'*adjectus* est un esclave ou un fils de famille, le paiement ne saurait être fait à son maître ou au *paterfamilias*.

2309. 2° L'*adjectus*, qui a reçu le paiement, est tenu, par l'action *mandati*, de rendre compte à son mandant. Il est donc, en ce point, traité comme un véritable mandataire; mais il en diffère en ce que ce mandat spécial est irrévocable, et que le créancier ne saurait empêcher le débiteur de payer dans les mains de l'*adjectus*.

2310. 3° Le promettant peut, en général, payer, à son choix, entre les mains du stipulant ou entre celles de l'*adjectus*. Mais quel-

quefois l'option appartient au stipulant : *Decem mihi aut Titio*, UTRUM EGO VELIM, *dari spondes?* — Remarquons que, si le stipulant ne s'est pas ainsi réservé le droit d'option, le choix appartient toujours au débiteur.

2311. *Remarque.* — Dans les principes que nous avons expliqués jusqu'ici, sur la nullité de la promesse du fait d'autrui ou de la stipulation pour autrui, nous avons toujours supposé qu'il n'y avait aucun lien entre le tiers d'une part, le stipulant ou le promettant d'autre part; or ces principes se trouvent profondément modifiés par l'application de la règle d'après laquelle la personne qui est en notre puissance est considérée comme une extension de nous-mêmes.

Ainsi, si j'ai stipulé pour mon fils ou pour mon esclave, c'est exactement comme si j'avais stipulé à mon profit, et la stipulation se réalisera directement en ma personne; si bien que le débiteur ne se libérerait pas en payant à mon fils ou à mon esclave. (L. 39 et L. 56. § 3. D. 45, 1. — § 4 de n. t.)

Si un fils, ou un esclave, stipule pour son père ou pour son maître, la créance naîtra directement en la personne du père ou du maître, et, *a fortiori*, ce même résultat se produirait dans l'hypothèse où le fils et l'esclave auraient stipulé pour eux-mêmes. (L. 45 pr. et § 1. D. 45, 1. — Gaïus, III, § 103. — § 4 de n. t. — V. t. I, p. 595 à 604.)

Si l'esclave, ou le fils de famille de Titius, stipule en faveur d'une autre personne *alieni juris*, qui se trouve également sous la puissance de Titius, la créance naîtra directement en la personne de ce dernier.

Ces exemples nous fournissent la règle suivante : Quand il s'agit d'acquérir un droit de créance, il y a *unité de personne* entre tous ceux que rattache les uns aux autres un lien de puissance actuellement existant.

2312. Nous verrons plus loin (v. *Pécule*) des exceptions à ce principe, en étudiant les lois qui accrurent successivement, en faveur du fils de famille, la capacité d'avoir une fortune personnelle : il leur fut en effet permis d'acquérir pour eux-mêmes certains biens qui leur constituaient un patrimoine distinct, appelé pécule.

2313. *Question.* — Pouvons-nous stipuler ou promettre pour nos héritiers? En d'autres termes, nos héritiers sont-ils des tiers?

On répond à cette question par trois règles générales :

2314. 1° La stipulation, ou la promesse, faite pour nous-mêmes, en notre propre nom, est réputée valablement faite pour ou contre nos héritiers, qui succéderont, après notre mort, aux obligations actives et passives non encore exécutées.

2315. 2° Si j'ai promis ou stipulé en mon nom, mais en spécifiant que mes héritiers seront tenus activement ou passivement de l'exécution du contrat, je n'ai fait qu'énoncer les dispositions de la loi, et une telle stipulation sera parfaitement valable.

2316. 3° Mais si j'ai stipulé ou promis, de telle façon que la *naissance* même de l'obligation soit *reportée* après ma mort, *sur la tête* de mes héritiers, en d'autres termes, si l'obligation active et passive *ne naît pas* en ma personne, la stipulation sera nulle, car, ainsi envisagés, mes héritiers ne sont plus que des tiers, et tombent sous la double règle : « *Nemo alienum factum promittere potest,* — *nemo alteri stipulari potest.* » C'est l'application de ce principe qui cause la nullité des obligations contractées *post mortem meam*, etc., ainsi que nous l'avons précédemment étudié. (Nos 2284 et suiv.)

2317. *Exceptions.* — La jurisprudence finit, en certains cas peu nombreux, par décider que la règle : *Nemo alteri stipulari potest,* ne s'appliquerait pas.

2318. 1° La loi 9 (D. 23, 4) pose l'espèce suivante : un homme, en constituant une dot à sa fille, stipule que, si celle-ci vient à mourir avant lui-même, la dot lui sera restituée ; que, si elle meurt après lui, la dot sera restituée à son fils ou à son héritier ? — Pomponius admet que ce fils, ou cet héritier, pourra réclamer la restitution de la dot par une action *utile.* Or, n'est-ce pas précisément permettre l'exécution d'une stipulation faite en faveur d'autrui?

2319. 2° Un homme a stipulé qu'après sa mort telle chose sera donnée à sa fille? — Ulpien accorde à cette dernière une action *utile*, alors même qu'elle ne serait pas héritière de son père. (L. 45, § 2. D. 45, 1.)

2320. 3° Caïus Seïus, aïeul de Seïa, qui est *in potestate patris*, a remis à Titius, mari de Seïa, une certaine somme à titre de dot, en stipulant que, si le divorce survient sans la faute de Seïa, après la mort de l'aïeul, la dot sera restituée à Seïa ? — La loi 45 (D. 24, 3) décide que Seïa aura une action utile pour poursuivre la restitution de la dot. — Toutefois il faut remarquer que, avant Justinien, Paul, auquel on a emprunté cette espèce, décidait que l'action appartenait à l'héritier de Caïus Seïus, mais qu'on pouvait néanmoins restituer à Seïa considérée comme *adjecta solutionis gratia.*

2321. 4° Même modification des principes primitifs dans l'hypothèse suivante : — Une donation a été faite à la charge « *post tempus id quod donatum est alii restituatur* » ? Il est certain que, à l'exemple de l'hypothèse précédente, l'action en restitution appartenait primitivement au donateur ou à ses héritiers. Mais une constitution de Dioclétien et Maximien (L. 3. C. 8, 55) décida qu'on accorde-

rait une action utile à celui en faveur duquel la restitution avait été stipulée par le donateur.

2322. 5° Décision analogue des mêmes empereurs (L. 8. C. 3, 42), d'après laquelle, si un homme, en déposant certains objets, est convenu avec le dépositaire que ce dernier les rendrait à un tiers, ce tiers aura, non pas une action de droit strict, mais une action *utile*, pour assurer, en sa faveur, l'exécution des termes du contrat.

2323. Enfin M. Accarias cite une espèce fort curieuse résultant des lois 9, § 8 (D. 12, 1), et 126, § 2 (D. 45. 1). Les voici : Je prête de l'argent; que cet argent soit le mien ou le vôtre, je puis, par un pacte adjoint à la numération, imposer à l'emprunteur l'obligation de s'acquitter entre vos mains; et cela suffira pour vous rendre créancier, même à votre insu.

2324. A cette matière des promesses ou stipulations pour autrui se rattachent, par les liens les plus étroits, le titre XVII et le titre XXVIII. — Nous réunissons ces deux derniers dans une explication commune, pour n'être pas obligés de revenir sur nos pas, en trouvant le t. XXVIII, à la fin des obligations.

2° *De la stipulation des esclaves. — Par qui nous devenons créanciers.*

(*Inst.* II, XVII et XXVIII.)

T. XVII. Pr. « L'esclave a le droit de stipuler du chef de son maître. Et, comme l'hérédité représente, sous plusieurs rapports, la personne du défunt, il en résulte que, lorsqu'un esclave, dépendant d'un hérédité, stipule avant que l'héritier ait fait adition, il acquiert d'abord pour l'hérédité, et, par cela même, à celui qui plus tard deviendra héritier. »

§ 1. « Que l'esclave stipule pour son maître, pour lui-même, pour un coesclave, ou enfin sans désigner personne, c'est toujours pour son maître qu'il acquiert. Il en faut dire autant des enfants placés sous la puissance paternelle, dans les cas où ils acquièrent pour leur père. »

§ 2. « Mais quand la stipulation a un fait pour objet, elle reste personnelle au stipulant. Si, par exemple, l'esclave stipule un droit de passage, on ne pourra empêcher l'esclave de passer ; mais le maître ne jouira pas du passage. »

§ 3. « Lorsqu'un esclave, commun à plusieurs maîtres, stipule, il acquiert à chacun de ses maîtres, en proportion de sa part de propriété ; à moins toutefois qu'il n'ait stipulé par l'ordre d'un seul, ou nommément au profit d'un seul ; auquel cas la stipulation n'est acquise qu'à celui-là. Lorsque la stipulation, faite par l'esclave commun, ne peut pas être acquise à l'un des deux maîtres, elle est acquise en entier à l'autre ; cela arrive, par exemple, si la chose, que l'esclave a stipulée, appartient à l'un de ses maîtres. »

T. XXVIII. Pr. « ... Nous pouvons acquérir des obligations, non-seulement par nous-mêmes, mais encore par ceux qui sont sous notre puissance, comme par nos esclaves et par nos enfants.

« Avec cette différence, que ce que nous acquérons par l'obligation de nos

esclaves nous est acquis en entier; au lieu que ce qui est acquis en vertu de l'obligation des fils de famille se partage entre le père et le fils, en propriété et en usufruit, conformément à la constitution que nous avons portée à cet égard. Ainsi l'émolument qui résultera de l'action appartiendra au père en usufruit, et au fils en propriété : ce sera cependant le père qui intentera l'action, dans la forme que nous avons prescrite dans une nouvelle constitution. »

§ 1. « Nous acquérons aussi par les personnes libres et par les esclaves d'autrui que nous possédons de bonne foi comme nos esclaves; mais en deux cas seulement, c'est-à-dire quand l'acquisition provient de leur travail ou de la chose qui nous appartient. »

§ 2. « Nous acquérons également, et dans les mêmes cas, par l'esclave d'autrui, dont nous avons l'usufruit ou usage. »

§ 3. Il est certain que l'esclave, qui appartient à plusieurs, acquiert l'obligation à tous ses maîtres, en proportion de la part de propriété que chacun a sur lui. Il faut cependant excepter le cas où il stipule, et celui où on lui fait tradition, pour un de ses maîtres nommément; auquel cas il acquiert à celui-là seulement : par exemple, s'il stipule ainsi : *Promettez-vous de donner tant à Titius, mon maître?*

« Si l'esclave stipule par l'ordre d'un seul de ses maîtres, la question faisait autrement naître des doutes, qui ne peuvent plus exister aujourd'hui: en effet, nous avons décidé qu'il acquerrait seulement à celui de ses maîtres par l'ordre duquel il aurait agi, comme nous l'avons dit ci-dessus. »

2325. Nous pouvons acquérir, non-seulement par nous-mêmes, mais encore par certaines autres personnes, et notamment par les personnes soumises à notre puissance. (N° 1128.)

Ainsi un citoyen romain peut acquérir : 1° par les enfants soumis à la puissance paternelle; 2° par l'esclave qu'il a *in bonis;* 3° par sa femme *in manu*, ou par la personne libre qu'il a *in mancipio;* 4° par l'esclave dont il a l'usufruit ou l'usage; 5° par l'esclave d'autrui, ou la personne libre, qu'il possède de bonne foi *ex justa causa;* 6° *per extraneam personam*. Nous avons déjà étudié cette matière dans le tome I^er^ (n^os^ 1128 et suiv.), en expliquant le titre : *per quas personas nobis adquiritur*.

Comme les principes sont à peu près les mêmes, en ce qui concerne l'acquisition de la *propriété*, et en ce qui concerne l'acquisition d'une *créance*, nous nous bornons à renvoyer aux n^os^ 1128 et suiv., nous contentant ici de donner quelques détails supplémentaires, en ce qui concerne l'*acquisition d'une créance*, résultant de la stipulation d'un esclave ou d'une *persona extranea*.

2326. *A.* Stipulation d'un esclave. — L'esclave, en principe, peut stipuler, ou plus généralement devenir créancier, en empruntant la personnalité juridique de son maître. Mais cette faculté, favorable au maître, est restreinte dans de justes limites par ce second principe, que l'esclave ne peut avoir une capacité supérieure à celle de son maître, et qu'il n'est qu'une espèce de *voix*

de ce dernier, sans qu'on ait aucun égard à sa propre personnalité ; « *Servus* EX PERSONA DOMINI *jus stipulandi habet.* » (Pr. de n. t.) « *....Quodcumque stipulatur is qui in alterius potestate est, pro eo habetur, ac si ipse esset stipulatus.* » (L. 45. pr. D. 45. 1) « .... *Is, qui in alicujus potestate est, patris vel domini voce loqui videtur.* » (*Inst.*, III, XIX, § 13.)

Voici plusieurs applications de ces deux principes :

2327. L'esclave, en empruntant la personnalité juridique de son maître, peut figurer valablement dans un acte contractuel, et son maître deviendra créancier, alors même qu'il aurait défendu à l'esclave de stipuler. Toutefois, remarquons bien vite que, si l'esclave peut, à l'insu de son maître, et même contre sa volonté, faire réagir sur la tête de ce maître les contrats dans lesquels il intervient, cet effet ne peut se produire qu'autant qu'il a une conséquence favorable pour le maître ; en d'autres termes, si l'esclave peut rendre son maître créancier malgré lui, il se saurait l'*obliger* : « *Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior non potest.* »

2328. Il faut remarquer aussi que l'esclave n'est pas absolument réduit à un rôle mécanique ; la personnalité juridique, qu'il emprunte au maître, fait de lui une véritable personne ; c'est bien lui qui contracte et c'est sa propre volonté qu'on recherche, quand il s'agit d'interpréter la portée du contrat.

2329. Dans le même sens, il faut dire que, si la stipulation est de telle nature qu'elle ne puisse profiter qu'à l'esclave *personnellement*, et s'il a stipulé *pour lui-même ;* — la stipulation sera nulle, et le maître ne saurait demander un équivalent ; par exemple, si l'esclave a stipulé un droit (*jus sibi eundi*), cette stipulation sera nulle, car l'esclave ne peut avoir un droit ; au contraire, la stipulation sera valable, si l'esclave n'a stipulé qu'un fait (*ut sibi ire liceat*), car le maître, impuissant à en profiter lui-même, n'en sera pas moins fondé à faire exécuter le contrat, à l'égard de l'esclave, par l'action *ex stipulatu*.

2330. Malgré ces dispositions, qui font intervenir, dans l'effet du contrat, la personne même de l'esclave, il faut reconnaître que c'est la personne du maître qui a le plus d'influence. Ainsi : 1° l'esclave d'un pérégrin ne peut stipuler valablement par la forme : *Spondesne*, laquelle forme est réservée exclusivement aux citoyens romains et, par suite, à leurs esclaves. (V. n° 2130.)

2° Un esclave ne peut stipuler la chose de son maître, puisqu'il ne fait que représenter son maître, lequel ne peut stipuler valablement une chose qui lui appartient. — Cependant on sait que les Romains validaient la disposition testamentaire par laquelle

on léguait à un esclave la chose de son maître. (L. 82. § 2. D. 31.)

3° Dans le même ordre d'idées, l'esclave peut très-bien stipuler *post mortem suam*, mais il ne peut stipuler *post mortem domini*. (V. n^os^ 2284 et suiv.). — On décide le contraire en matière de legs, parce que le legs est toujours fait *intuitu personæ*. (*Fragm. Vatic.*, § 57 *in fine*.)

4° Un esclave ne peut stipuler une servitude prédiale que si son maître possède un fonds capable d'en profiter, sans qu'on ait à considérer si l'esclave stipulant a ou n'a pas, dans son pécule, un fonds susceptible de devenir fonds dominant. (V. n° 1004.)

Encore en ce point, nous trouvons une différence en matière de legs. Il est en effet de principe qu'on ne peut léguer une servitude prédiale à un esclave que si cet esclave possède, dans son pécule, un fonds capable d'en profiter. Cette nouvelle différence entre la stipulation et le legs dérive, comme dans les deux cas précédents, de la théorie d'après laquelle le legs est toujours réputé fait *intuitu personæ*. (L. 5. D. 33, 3. — L. 17, § 1. D. 32.)

5° Lorsqu'un esclave stipule un usufruit, le droit s'éteint, non par sa propre mort, mais par celle du maître.

6° Si l'esclave a fait une stipulation conditionnelle, l'effet rétroactif de la condition survenant fait réaliser le contrat dans la personne du maître sous la puissance duquel était l'esclave quand il a contracté, alors même que, *pendente conditione*, l'esclave serait devenu libre ou aurait changé de maître.

2331. Avons-nous besoin de dire que l'esclave, qui stipule pour un autre que son maître, ne contracte pas valablement? En effet, sa personnalité juridique ne se trouve complétée par celle de son maître que dans les cas où c'est dans l'intérêt de ce dernier qu'il contracte. (*Inst.*, § 4, III, XIX.)

2332. Il faut tempérer cette règle en la restreignant au cas où la personne en faveur de laquelle stipule l'esclave est une *persona extranea*, c'est-à-dire une personne qui n'est unie au maître de l'esclave par aucun lien de puissance.

2333. En effet, toutes les personnes qui sont sous la puissance d'un homme étant pour celui-ci des instruments d'acquisition, un esclave acquiert à son maître la créance résultant de la stipulation, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il a stipulé pour lui-même, s'il a stipulé pour son maître, s'il a stipulé pour un coesclave du même maître ou un fils de celui-ci, ou même s'il a stipulé sans aucune désignation de personne. (N° 2314.)

2334. Jusqu'ici point de difficultés sérieuses. Notre matière de-

vient au contraire plus compliquée, s'il s'agit des stipulations faites dans les diverses hypothèses qu'on va examiner :

2335. *a*. Esclave *in bonis*. — Un esclave peut être *in bonis* d'une personne, et soumis au *nudum jus Quiritium* d'une autre personne. — Les acquisitions faites par l'esclave profitent au maître qui l'a *in bonis*, par la raison que c'est à ce dernier, et à lui seul, qu'appartiennent et l'exercice de la puissance dominicale, et le bénéfice réel de la propriété. (Gaïus, II, § 88.)

2336. *b*. *Servus hereditarius*. — Cet esclave, qui appartient à une hérédité jacente, peut stipuler valablement; mais cette stipulation tombera, si personne ne fait adition de l'hérédité; car elle se trouve avoir été faite par un esclave sans maître. (L. 16. D. 45, 3. — *Inst*., pr. de n. t.)

On trouve deux fictions en matière d'hérédité jacente : la première, aux *Institutes*, dispose que cette hérédité *continue la personne du défunt;* la seconde, que l'on trouve dans d'autres textes, décide que l'adition d'hérédité a un effet rétroactif. (L. 54. D. 29, 2.) Ces deux fictions s'excluent l'une l'autre; il faut choisir entre les deux. On admet, en général, la première; quant à la seconde, on ne l'emploie que pour justifier une décision qui paraît préférable, dans certains cas particuliers.

Ainsi : l'esclave a stipulé, nominativement, pour l'héritier futur. Si cet héritier ne fait pas adition, sans aucun doute la stipulation est nulle, car l'esclave se trouve avoir stipulé pour un *étranger*. — Si, au contraire, l'héritier fait adition, la stipulation, préalablement faite en son nom par l'esclave héréditaire, était nulle d'après les Proculiens; mais les Sabiniens la considéraient comme valable et efficace, précisément au moyen de la seconde fiction, qui supplée, dans ce cas spécial, à la première, qu'on ne saurait utilement appliquer.

Malgré la première fiction, la stipulation d'un droit d'usufruit et d'usage, dont la constitution suppose essentiellement une personne vivante, serait nulle, ainsi que la stipulation faite au nom du défunt. (L. 18, § 2. L. 26. D. 45, 3. — *Frag. Vatic*., § 55.) — On décide aussi que cette fiction ne suffit pas pour autoriser l'esclave à faire adition d'une hérédité qui lui survient pendant la *jacence*. Il devra attendre que quelqu'un puisse lui donner le *jussus* de faire adition.

2337. *c*. *Servus communis*. — En principe, il acquiert, par sa stipulation, pour tous ses maîtres, proportionnellement à leur part de propriété sur lui-même (§ 3 de n. t.); et ceci, même si l'esclave commun a stipulé *ex re unius domini*, en se servant d'un capital

propre à un seul de ses maîtres; ce dernier aura d'ailleurs un recours contre les autres pour rentrer dans ses déboursés. (L. 28. § 1. D. 45, 3.)

Exceptions.—1° L'esclave a stipulé *nominativement* pour l'un de ses maîtres? Celui-ci acquiert toute la créance. — C'est par application de ce principe que le *servus publicus* est employé pour faire acquérir aux personnes qui ne peuvent acquérir autrement.

2° L'esclave a stipulé nominativement pour chacun de ses maîtres? Ceux-ci auront tous un droit égal dans la créance, et non pas un droit proportionnel à leur part de propriété sur l'esclave. (L. 35. D. 45, 3.)

3° L'esclave a stipulé sur l'ordre de l'un de ses maîtres? Certains interprètes attribuent le bénéfice à tous les maîtres : les autres, ainsi que les *Institutes*, attribuent tout le bénéfice au maître qui a donné l'ordre. (Gaïus, III, § 167.—*Inst.*, § 3 de n. t. et § 3, III, XXVIII.)

4° Si l'un des maîtres ne peut acquérir, par exemple si l'esclave a stipulé la chose d'un de ses maîtres, sa part accroît aux autres. (*Inst.*, § 3 de n. t.)

5° L'esclave peut stipuler d'un tiers, au profit d'un de ses maîtres, la partie de lui-même qui appartient aux autres? Le maître, en faveur duquel l'esclave a stipulé, sera seul propriétaire. Il est bien entendu que l'esclave ne peut stipuler, à son propre profit, une part de lui-même appartenant à ses maîtres. (L. 18, § 1. D. 45, 3.)

2338. *d. Servus alienus.* — Je possède, à juste titre et de bonne foi, un *servus alienus*, ou un homme libre? Je pourrai acquérir les créances qui résulteront de leur fait, dans deux cas, *ex duabus causis* : 1° la créance qu'ils acquerront, en louant leurs services, *ex operibus*, me sera acquise; 2° de même, lorsque, avec une chose qui m'appartient, *ex re possessoris*, l'un ou l'autre acquiert des droits, ces droits me sont acquis, et je puis agir comme si j'avais contracté moi-même.

2339. Que décider si moi-même je contracte une obligation envers l'homme, ou l'esclave d'autrui, que je possède de bonne foi ou dont j'ai l'usufruit? Cette obligation sera nulle, si je me suis obligé *ex re mea* ou *ex operibus ejus*, puisque, dans ce cas, l'obligation que je contracte devant en même temps me profiter, il s'opère une véritable *confusion*. Mais, en dehors de ce cas, je serai tenu envers cet homme, s'il est esclave, ou envers le maître de cet esclave, que je croyais à tort m'appartenir.

Quant à l'esclave frappé d'un droit d'usufruit ou d'usage, on se reportera au n° 1136.

2340. *B.* STIPULATION D'UN EXTRANEUS. — En principe, dans le

premier état du droit romain, le mandataire pouvait bien faire acquérir à son mandant la possession et, par suite, la propriété d'une chose; mais il ne pouvait lui faire acquérir une créance contre le vendeur de cette chose. Comme conséquence importante de cette situation juridique, on n'accordait pas d'action directe au tiers contre le mandant, ni à celui-ci contre le tiers. La personnalité du mandataire s'interposait donc entre les deux parties intéressées, puisque lui seul pouvait poursuivre le tiers contractant, sauf à rendre compte au mandant, au besoin sous la pression de l'action *ex mandato*, et que lui seul pouvait être poursuivi par le tiers contractant, sauf à se retourner contre son mandant au moyen de l'action *mandati contraria.*

2341. On arrivait à remédier à cette situation (qui, en cas d'insolvabilité ou de mort de l'une ou de l'autre des parties, pouvait avoir des conséquences extrêmement fâcheuses pour les autres parties en cause), en faisant constituer par le mandataire, vis-à-vis du tiers, le mandant : *procurator in rem suam.* Mais cette combinaison pouvait encore, dans certaines hypothèses, présenter des inconvénients.

2342. Pour simplifier toutes ces situations difficiles, on convint de dire que, par le fait du mandataire, le mandant pouvait directement être poursuivi par le tiers, ou poursuivre ce dernier, sans avoir à s'adresser au mandataire, lequel devait disparaître dès que sa mission était remplie. Ceci revenait à dire qu'une créance pouvait être acquise *per procuratorem*, c'est-à-dire *per extraneam personam.*

Nous reviendrons sur ce sujet, en étudiant le *mandat* et l'*action institoire.*

ARTICLE II. — OBLIGATIONS CORRÉALES OU SOLIDAIRES [1].

(*Inst.*, III, XVI.)

Pr. « Il peut y avoir deux ou plusieurs personnes qui stipulent ensemble, et deux ou plusieurs personnes qui s'obligent ensemble. Deux ou plusieurs personnes sont costipulantes, lorsque, après l'interrogation de tous, celui qui s'oblige répond : *Je vous promets ;* par exemple, lorsque deux ayant interrogé séparément, celui qui s'oblige répond : *Je promets de payer à chacun de vous.* Car, si celui qui s'oblige répond d'abord à Titius, et qu'il réponde ensuite à l'autre, il y a deux obligations différentes et non pas deux créanciers (solidaires)

---

1. Ce titre pourrait donner lieu à des critiques, et c'est pourquoi la note qui va suivre n'est pas superflue.

Le terme « *obligation solidaire* », par lequel on désigne souvent l'*obligation corréale*, est fort mal choisi, comme la plupart des termes qui tirent leur origine des effets et non de la nature des institutions auxquelles ils s'appliquent. Ainsi, considérant que le principal effet de l'obligation corréale est que l'un

d'une même obligation. Deux ou plusieurs débiteurs s'obligent solidairement, quand le créancier interrogeant ainsi : *Mævius, promettez-vous de me donner dix écus d'or ? et vous, Séïus, promettez-vous de me donner ces mêmes dix écus d'or ?* chacun répond séparément : *Je promets.*

§ 2. « De deux coobligés solidaires, l'un peut être obligé purement, l'autre à terme ou sous condition : en ce cas, le terme ou la condition n'empêchera pas qu'on n'exige la dette de celui qui est obligé purement. »

§ Ier. — GÉNÉRALITÉS.

2343. En général, quand plusieurs personnes interviennent activement ou passivement dans une obligation, il s'établit, entre les parties, des rapports de connexion tout à fait accidentels, et on peut rencontrer, suivant les espèces : 1° un seul créancier et plusieurs débiteurs de la même chose; 2° plusieurs créanciers et un seul débiteur; 3° plusieurs créanciers et plusieurs débiteurs.

Dans ces différentes situations, l'obligation (si tant est qu'elle soit divisible) se divise immédiatement entre les intéressés, de telle sorte que chacun des contractants n'est débiteur ou créancier que pour partie; en d'autres termes, s'il y a plusieurs débiteurs, chacun d'eux ne devra que sa part virile; s'il y a plusieurs créanciers, chacun d'eux ne pourra réclamer que sa part virile. (L. 11, § 2, D. 45, 2. — L. 43, D. 42, 1.)

2344. Cette règle générale reçoit une double modification, au

---

quelconque des débiteurs peut être poursuivi pour le tout, *in solidum*, les commentateurs ont souvent admis la corréalité dans les obligations qui avaient pour conséquence de permettre au créancier de poursuivre *in solidum* l'un ou l'autre des codébiteurs. Et cependant nous verrons, dans ce qui va être expliqué, que ce caractère se rencontre quelquefois, sans qu'il y ait corréalité proprement dite.

Ce sont ces considérations qui ont conduit la science allemande à généraliser le terme d'*obligations solidaires*, et à faire rentrer, sous ce titre commun, trois classes d'obligations : 1° les obligations corréales proprement dites, produisant des résultats de solidarité ; 2° l'obligation solidaire, sans corréalité ; 3° l'obligation indivisible. — Cette classification sera repoussée ; car, en admettant même qu'on ne recule pas devant la violation flagrante d'une terminologie dès longtemps consacrée, il faut bien reconnaître : 1° d'une part, qu'on ne peut, à un titre quelconque, considérer comme dérivant d'une source commune l'obligation corréale et l'obligation indivisible ; 2° et que, en second lieu, il est difficile d'établir deux classes distinctes qui comprendraient, l'une l'obligation corréale proprement dite, l'autre l'obligation simplement solidaire.

M. de Fresquet, qui, dans son remarquable mais trop élémentaire ouvrage, a adopté cette division, cherche à la justifier, et il établit plusieurs différences qui existeraient entre l'obligation corréale et l'obligation solidaire ; mais ces différences n'ont rien de topique et ne peuvent servir de base à une classification sérieuse. Un seul argument me paraît fort grave en faveur de son système, et, par un singulier hasard, il ne le mentionne qu'incidemment, en étudiant les effets de l'obligation *in solidum ;* le voici : Les lois 2 et 3 (D. 9, 3) contiennent cette phrase : « ... *Cæteri liberantur perceptione, non litis contes-*

point de vue passit comme au point de vue actif, c'est-à-dire que, tantôt chaque créancier peut réclamer pour lui seul la totalité de la dette, tantôt chaque débiteur peut être poursuivi pour cette dette tout entière. Ce caractère spécial, quand il existe, constitue précisément l'*obligation corréale.*

2345. Mais il faut bien remarquer, avant d'entrer dans le détail de cette modalité, qu'elle constitue une véritable et profonde exception aux principes qui régissent la matière des obligations. Conséquemment, toutes les fois qu'il y a doute sur l'intention des parties de déroger aux principes généraux, on présume qu'ils n'ont point entendu innover, et on conclut à la non-corréalité; c'est ce que Papinien énonce d'une façon formelle. (L. 11, §§ 1 et 2, D. 45, 2.)

§ II. — CARACTÈRES DE L'OBLIGATION CORRÉALE

2346. Le caractère essentiel de l'obligation corréale consiste, nous venons de le voir, dans l'*unité* de l'obligation, malgré la *pluralité* des débiteurs ou des créanciers.

C'est ce caractère, joint à la terminologie latine, qui a donné son nom à cette modalité spéciale. En effet, on sait que, en droit romain, tout individu qui agissait était désigné sous le nom de *reus*, auteur, acteur. Dès lors le stipulant se nommait *reus stipulandi*, et le promettant *reus promittendi*; et s'il y avait plusieurs

---

tatione. Or, si ce texte s'appliquait à une classe d'obligations reconnues par les jurisconsultes romains, et distinctes de celle des obligations corréales, ce texte établirait en effet une différence fort grave entre les deux classes d'obligations, puisque nous verrons que les *correi promittendi* sont libérés par la *litis contestatio* s'appliquant à l'un d'entre eux. Mais les lois 2 et 3 (D. 9, 3) s'appliquent bien à une obligation résultant d'un fait illicite; et précisément M. de Fresquet établit, comme caractéristique de l'*obligation in solidum*, qu'elle dérive d'un fait illicite; d'où il tire cette conclusion, que l'*obligation in solidum* se distingue très-nettement de l'*obligation corréale*. — Ceci serait parfaitement concluant, si on prouvait en même temps que l'obligation corréale proprement dite ne résulte jamais d'un fait illicite; or précisément la preuve n'est pas encore faite. Il est vrai que, dans différents cas, où les coobligés sont tenus *in solidum*, on ne peut dire qu'il y ait corréalité proprement dite, mais cela ne prouve qu'une chose, vieille comme le monde, c'est qu'on ne pourrait, sans diviser les matières en poussière, ne faire rentrer, dans une seule classe, que des faits ayant identiquement la même cause, les mêmes caractères, les mêmes résultats.

Pour en revenir à l'argument le plus sérieux en faveur de la division de M. de Fresquet, qui m'avait si bien séduit que je ne l'ai abandonnée qu'à mon corps défendant, je renverrai purement et simplement à un passage emprunté à M. Demangeat. (V. plus loin, et *Cours élémentaire*, t. II, p. 300 à 302.) On y verra pourquoi certaines obligations s'éteignent par la *litis contestatio;* pourquoi d'autres s'éteignent par le payement, tout en conservant des analogies si intimes qu'il est difficile de les ranger dans deux classes distinctes d'obligations.

sujets du droit ou de l'obligation « *duo pluresve rei promittendi vel credendi* »(L. 34, D. 4, 8), la pratique, suivant l'exemple d'Ulpien, se servait des expressions commodes : *correi promittendi vel stipulandi*, pour désigner des coobligés ou des costipulants.

2347. De cela, pour les commentateurs, à donner le nom d'obligation corréale au rapport juridique qui existe entre des *correi promittendi* et des *correi stipulandi*, il n'y avait qu'un pas; et cette expression seule désigne bien cette nature toute spéciale d'obligation, quoique le jurisconsulte romain la qualifie ordinairement d'*obligatio in solidum*. Cette dernière expression sert du reste également, soit à indiquer l'indivisibilité, soit à exprimer que l'héritier est tenu *ultra vires successionis*, soit à exprimer que le *pater familias* doit payer les dettes du fils ou de l'esclave, sans pouvoir faire abandon noxal, soit enfin pour dénommer une classe toute spéciale d'obligations.

2348. Pour qu'il y ait obligation corréale, il ne suffit pas que la volonté des parties soit formellement indiquée; il faut encore qu'il y ait unité de la chose due. Ce ne sont pas, en effet, plusieurs obligations qui se forment, c'est une seule dette qui prend naissance (L. 2. D. 45, 2); tous les codébiteurs doivent en effet *la même chose* : *Una res vertitur*...nous dit Justinien. (§ 1, *Inst.*, III, 16.) Mais il n'es pas nécessaire que chacun des *correi promittendi* doive de la même manière; notre texte, en effet, nous dit expressément que chacun des *correi* peut promettre la chose *différemment* : l'un, purement et simplement; l'autre, à terme ou sous condition; bien plus, ce terme ou cette condition, qui frappe l'une des obligations, n'empêchera pas le créancier de poursuivre immédiatement le copromettant qui a promis purement et simplement.

2349. On avait même admis que cette différence, dans la date d'exigibilité, à l'égard des deux *correi promittendi*, pouvait résulter implicitement des circonstances mêmes d'exécution de l'obligation. (L. 9, § 2, D. 46, 2.) Dans ce texte, les deux copromettants ont promis la même somme, payable à Capoue. Or le premier des deux doit faire venir cette somme d'un endroit, et le second d'un autre endroit. Papinien décide qu'il y a par cela même un terme tacitement accordé, que ce terme est différent pour chacun des copromettants, et que, si l'échéance de ce terme arrive d'abord pour le premier *correus*, il pourra être immédiatement poursuivi, bien que la dette ne soit pas encore exigible à l'égard du second *correus*.

2350. Il ne faudrait point cependant étendre trop loin ce qui vient d'être dit. En effet, si les modalités peuvent être valablement différentes à l'égard des divers *correi*, il faut tout au moins que la

substance de l'obligation soit identique. On ne pourrait point considérer comme valable l'obligation corréale dans laquelle l'un des codébiteurs répondrait de son dol, et l'autre de sa simple faute. (L. 9, § 1, D. 45, 2.) Il en serait de même si deux *rei stipulandi* avaient stipulé d'une même personne l'usufruit d'un même fonds. En effet, le droit de l'usufruitier ayant précisément pour durée la vie du bénéficiaire, l'usufruit qui reposerait sur la tête de l'un des stipulants ne saurait avoir identiquement la même valeur que celui qui reposerait sur la tête de l'autre stipulant. Or cette différence dans la substance même de l'obligation empêcherait celle-ci de valoir, car ce serait contraire à l'essence de la corréalité.

2351. Du reste, bien qu'il ne puisse y avoir qu'une chose due, bien qu'à ce point de vue il n'y ait qu'une obligation, nous savons qu'il se forme autant de liens de droit principaux qu'il y a de parties contractantes. Il en résulte que la validité de l'une des obligations ne dépend pas de la validité des autres. Ainsi, supposons que l'un des stipulants ne reçoive pas de réponse, — supposons qu'il soit tuteur, autorisant le promettant à s'obliger? L'obligation ne se formera pas quant à lui, et cependant l'obligation sera parfaitement valable au regard des autres *rei stipulandi*. A l'inverse, supposons que l'un des *rei promittendi* soit un esclave ou un pupille n'ayant pas obtenu l'*auctoritas* de son tuteur? Il ne sera pas obligé envers le stipulant, et cependant le stipulant deviendra créancier des autres *rei promittendi*.

2352. Pour compléter et résumer ce qui vient d'être étudié, nous dirons que la corréalité se reconnaît aux trois caractères suivants : 1° qu'il y ait plusieurs parties, mais un unique objet d'obligation ; 2° que le payement, fait à l'un des créanciers, éteigne l'obligation envers tous les autres créanciers ; 3° que le payement, effectué par l'un des débiteurs, libère tous les autres débiteurs. — Et remarquons que la corréalité n'existe que si ces trois principes se trouvent réunis. En effet, chacun d'eux peut se rencontrer séparément, dans certaines obligations, sans qu'il y ait pour cela obligation corréale.

§ III. — QUAND Y A-T-IL OBLIGATION CORRÉALE?

2353. Au *Digeste* comme aux *Institutes*, c'est à propos des stipulations qu'on étudie la matière des obligations corréales. Mais ce n'est pas à dire pour cela qu'une stipulation soit toujours nécessaire pour faire naître la corréalité. A la vérité, les termes « *rei promittendi, rei stipulandi* » sembleraient bien indiquer que

c'est dans la stipulation seulement qu'on peut trouver la corréalité. Mais cela n'est pas; et s'il est possible d'admettre que la stipulation fut, à l'origine, l'unique source, et toujours la principale source de la corréalité, il faut bien reconnaître en même temps qu'à une époque même reculée du droit romain on voit cette corréalité résulter de faits multiples qu'il convient maintenant d'examiner. On commencera cette étude par la *stipulation*, laquelle constitue, sans contredit, le mécanisme le plus net et le plus apte à prévenir toute hésitation quant à l'intention des parties contractantes.

2354. I. **Stipulation.** — Les formes particulières, dont l'effet était de produire la corréalité, étaient très-rigoureuses, ainsi que l'exigeaient d'ailleurs le caractère et le but de la stipulation : son caractère? le formalisme; son but? la suppression de toute ambiguïté dans l'expression de la volonté des parties contractantes. — Voici quelles étaient ces formes.

S'agit-il de faire naître une obligation corréale active? Le premier des futurs créanciers interroge le futur débiteur en ces termes : *Spondesne mihi dare decem aureos?* Puis le second des futurs créanciers fait la même demande dans des termes identiques : *Spondesne dare eosdem decem aureos?* Enfin le futur débiteur répond : *Utrique vestrum dare spondeo.* — En d'autres termes, toutes les interrogations doivent être faites les unes après les autres, mais toutes avant la réponse du promettant. S'il en était autrement, c'est-à-dire si le futur débiteur répondait affirmativement, d'abord à la première question, et ensuite à la seconde, il n'y aurait pas *corréalité active;* il y aurait deux créances distinctes, deux choses dues, ce qui est exclusif du caractère de corréalité. C'est ce qui est formellement exprimé par le pr. de notre titre.

S'agit-il au contraire de faire naître une obligation corréale passive? Le futur créancier interpelle successivement chacun des promettants et lui demande : *Mævi, spondesne dare decem aureos?* — *Sei, spondesne dare eosdem decem aureos?* — Puis chacun des promettants répond l'un en même temps que l'autre : *Spondeo*, ou tous deux ensemble : *Spondemus;* ce qui indique bien la formation d'un engagement corréal contracté par tous deux envers un seul créancier.

2355. En résumé, pour que la corréalité résulte des stipulations, il faut : 1° qu'il y ait autant d'*interrogations* qu'il y a de *rei* unis entre eux par les liens de la corréalité, c'est-à-dire de stipulants dans la corréalité active, de promettants dans la corréalité passive; 2° que toutes les interrogations se soient produites avant que le

ou les promettants répondent; 3° que tous les promettants, s'ils sont plusieurs, adhèrent simultanément aux demandes antérieurement posées.

2356. On a prétendu, il est vrai, que notre second principe était inapplicable à la corréalité passive; on a soutenu que chacun des copromettants pouvait valablement répondre avant que les autres ne fussent interrogés? Cette opinion s'appuie sur un argument d'analogie : Il est de principe, dit-elle, que les fidéjusseurs peuvent garantir une obligation même après qu'elle est formée; or il y a une grande analogie entre le codébiteur corréal et le fidéjusseur; et, par conséquent, rien n'empêche un *correus promittendi* d'accéder à une obligation déjà formée par la réponse du premier promettant. — Cette analogie ne me paraît pas applicable; en effet, le caractère de l'obligation corréale est tout autre que celui de l'obligation du fidéjusseur, puisque, dans la dette corréale, il y a autant d'obligations principales qu'il y a de *correi promittendi;* tandis que la fidéjussion, quelles qu'en puissent être les conséquences de fait, n'est jamais, en droit, qu'une obligation accessoire. Ce n'est point ici le lieu de discuter les textes que cette opinion, que nous combattons, invoque en faveur de son système, mais on pourra consulter avec fruit, sur ce point spécial, M. Demangeat, à la page 103 et suiv. de son savant travail sur les obligations solidaires en droit romain.

2357. II. **Expensilatio**. — La corréalité peut aussi résulter de l'*expensilatio*. — Les formes rigoureuses de ce mode de contracter devaient suggérer tout naturellement aux jurisconsultes romains la pensée de lui faire produire, au point de vue de la corréalité, les mêmes effets que ceux produits par le formalisme des stipulations. — En effet n'a-t-on pas le droit de qualifier l'*expensilatio* une *stipulation écrite?* — Cette hypothèse est confirmée par les textes. (LL. 9, pr. et 27, pr. D. 2, 14. — L. 34, D. 4, 8.)

2358. III. **Pacte**. — Un simple pacte joint *in continenti* à un contrat peut-il faire naître la corréalité? On admet que ce résultat put être produit tout d'abord en ce qui concernait les contrats de bonne foi, et plus tard en ce qui concernait les contrats de droit strict.

Il est vrai que les textes qui nous sont parvenus ne l'indiquent pas d'une manière générale quant à la corréalité *active*, et qu'ils ne parlent que du *dépôt* ou du *mutuum*. (L. 1. § 44. D. 16, 3; — L. 9. C. 4, 2.) Mais il est permis de croire que ces énonciations ne sont point limitatives, — qu'elles n'indiquent point des exceptions qui

ne seraient pas d'ailleurs motivées, — mais qu'elles indiquent, au contraire, simplement deux applications d'une règle générale.

Quant à la corréalité *passive*, les textes sont beaucoup plus formels. Papinien (L. 9, pr. D. 45, 2) dit en effet expressément que cette corréalité peut résulter d'une vente, d'un louage, d'un commodat, d'un dépôt; à vrai dire, tous ces contrats sont des contrats de bonne foi, et on pourrait en conclure que la corréalité passive ne saurait dériver d'un *mutuum*, contrat de droit strict; mais cette conclusion serait erronée, au moins dans le dernier état du droit. En effet, Paul (L. 71, pr. D. 4, 2) et Dioclétien (LL. 5, 9, 12. C. 4, 2) ne laissent subsister aucune hésitation, et nous n'en voulons d'autre preuve que le texte même de la loi 71 : « *Granius Antoninus pro Julio Pollione et Julio Rufio*, pecuniam mutuam accipientibus ita ut duo rei ejusdem debiti fuerint, *apud Aurelium Palmam mandator extitit.* » Remarquons bien vite que le jurisconsulte ne parle aucunement de *stipulations*, ce qu'il n'eût pas manqué de faire, si cette forme eût été seule capable de faire naître la corréalité.

2359. IV. **Testament.** — La corréalité peut encore résulter d'un testament, s'il est évident que l'intention du testateur était de créer cette situation, activement ou passivement. Par exemple : un testateur peut faire un legs, avec l'intention que ce legs ne pourra être réclamé qu'*une fois*, soit en l'imposant pour le tout à l'un quelconque de ses héritiers (corréalité passive), soit en le destinant à plusieurs légataires, dont l'un quelconque, mais celui-là seul, pourra le réclamer pour le tout (corréalité active). (L. 9. D. 45, 2; — L. 8, § 1. D. 30. — L. 16. D. 31.)

2360. V. **Circonstances.** — La corréalité résulte également de certaines *circonstances* dans lesquelles naît une créance ou une dette. — C'est ainsi que le pupille, ou l'individu en curatelle, pourra poursuivre, *pour le tout* l'un quelconque de ses cotuteurs ou cocurateurs, pour les créances qui peuvent être résultées contre eux, en sa faveur, de leur administration. Bien entendu, le résultat ne serait pas le même si l'administration avait été divisée entre les cotuteurs ou cocurateurs. (L. 55, pr. D. 26, 7; — L. 2. C. 5, 5.)

2361. VI. **Délit.** — Enfin la corréalité pourra se produire, comme dans le cas précédent, *de plein droit*, si l'obligation résulte d'un délit. Par exemple seront *correi* débiteurs : les codélinquants ou les copropriétaires de l'auteur du dommage, dont la réparation est poursuivie par l'action noxale.

Il faut remarquer, du reste, que, dans ces derniers exemples de corréalité résultant du fait même des circonstances, il n'y a point

corréalité proprement dite, mais plutôt obligation *in solidum*. — Nous reviendrons un peu plus loin sur cette observation.

§ IV. — EFFETS DE L'OBLIGATION CORRÉALE.

§ 1. « Dans ces sortes d'obligations, ce qui est promis est dû en totalité (solidairement) à chacun des stipulants, et en totalité aussi par chacun des promettants. Cependant, comme il n'y a en définitive dans ces diverses obligations qu'une seule chose due, il en résulte que, si l'un des créanciers a reçu le tout, ou qu'un des débiteurs ait payé le tout, la dette s'éteint à la fois pour tous les autres créanciers ou pour tous les autres débiteurs. »

2362. Rien de plus clair que notre texte : chacun des *correi stipulandi* est traité comme s'il était seul créancier; mais son droit peut disparaître par suite de l'extinction du droit de son *correus;* à l'inverse, chacun des *correi promittendi* est considéré comme s'il était seul débiteur, mais il est libéré si son *correus* est libéré lui-même.

On voit que l'étude des effets de l'obligation corréale peut se diviser en deux parties : dans la première, on examinera les rapports de créanciers à débiteurs, et réciproquement; dans la seconde, on examinera les rapports des *correi* entre eux.

I. — Rapports des correi promittendi avec le créancier, et des correi stipulandi avec le débiteur.

2363. On ne s'étonnera pas de voir, comme l'indique ce titre, la corréalité passive et la corréalité active marcher de front, si l'on se rappelle les principes constitutifs de l'obligation corréale : pluralité des liens, unité d'objet, principes qui produisent (sauf quelques légers détails) des effets identiques, au point de vue passif ou au point de vue actif.

2364. L*a pluralité des liens* produit les conséquences suivantes : 1° En cas de corréalité active, le débiteur, avant toute poursuite, peut choisir tel ou tel des *correi stipulandi* pour s'acquitter entre ses mains, de même qu'il peut être poursuivi par le plus actif des créanciers; et réciproquement, en cas de corréalité passive, le créancier peut poursuivre à son choix tel ou tel des *correi promittendi*. — 2 Un seul des *correi stipulandi* peut, à l'exclusion des autres, recevoir une garantie spéciale, gage, fidéjusseur, hypothèque, et, à l'inverse, ces sûretés peuvent être fournies par un seul des *correi promittendi*. (L. 6, § 1. D. 45, 2.) — 3° Enfin, comme nous le verrons plus loin, il arrive parfois que l'un des codébiteurs soit libéré, sans que la dette des autres débiteurs s'éteigne, et que l'un des cocréanciers perde sa créance, sans que les autres créanciers cessent de pouvoir agir.

2365. L'*unité d'objet* produit des effets plus importants, qui se divisent, comme le fait remarquer très-judicieusement M. Accarias (t. II, p. 318), en deux séries, suivant qu'ils montrent l'obligation corréale susceptible de s'éteindre par le fait d'un seul des intéressés, ou au contraire susceptible de se conserver, à l'égard de tous, par le fait d'un seul des *correi*.

2366. *Première série.* — La chose stipulée ou promise est due, nous le savons, *en totalité*, par chacun des copromettants, ou à chacun des costipulants : mais elle n'est due *qu'une seule fois*, de telle sorte que *le payement*, fait par l'un des copromettants, libère tous les autres, et que, à l'inverse, le payement, fait à l'un des costipulants, éteint le droit de tous les autres. (§ 1 de notre t.; — L. 31, § 1. D. 46, 2.)

2367. 1° Il n'y a point de doute sur cet effet *absolu* du *payement;* ce mode d'extinction des obligations opère toujours *in rem*.

2368. Mais il n'en est pas de même de tous les autres modes d'extinction des obligations. Comme leurs effets ne sont pas les mêmes, il convient de les examiner tous successivement, en commençant par ceux qui, à l'instar du payement, produisent un effet absolu.

2369. 2° L'*acceptilatio*, qui est un véritable payement par contre-passation d'écriture, en produit tous les effets ; par conséquent, faite par l'un des costipulants, elle détruit le droit des autres ; faite à l'un des copromettants, elle éteint la dette des autres. (L. 2. D. 45, 2; — L. 16, pr. et L. 13, § 1. D. 46, 4.)

2370. 3° La *litis contestatio*, comme on le verra plus tard aux Actions, produit une véritable novation : elle éteint le droit qui a été déduit en justice, pour engendrer un droit nouveau, celui de profiter de la sentence qui doit terminer l'instance engagée.

2371. Dès lors, si le créancier a poursuivi l'un des codébiteurs par une action intentée en la forme d'un *judicium legitimum*, la dette est novée par la *litis contestatio*, et les autres *correi* sont libérés *ipso jure*. Si, au contraire, l'action avait été intentée en la forme d'un *judicium imperio continens*, le créancier pourra poursuivre de nouveau les autres *correi promittendi*, mais il sera repoussé par l'exception *rei in judicium deductæ*.

Dans aucun de ces deux cas, le droit nouveau, qui se substitue au droit primitif nové par la *litis contestatio*, ne peut appartenir à des tiers, ni les grever ; or les anciens intéressés dans l'obligation corréale sont de simples tiers, quant aux effets de la poursuite engagée par ou contre l'un d'eux. (L. 5. D. 46, 1. — L. 51, § 4. D. 21, 2.) Désormais, dit M. Accarias (t. II, p. 318), « la qualité

de créancier ou de débiteur se fixe d'une manière exclusive et irrévocable sur la tête du *correus* demandeur ou défendeur. »

2372. Remarquons enfin que Justinien décide que les poursuites, dirigées contre l'un des *correi promittendi* n'empêchent pas le créancier d'agir contre les autres, jusqu'au payement intégral de la dette. Toutefois l'ancien effet extinctif de la *litis contestatio* subsiste en ce seul point que, l'un des *correi stipulandi* ayant agi, les autres ne peuvent plus agir de leur côté.

2373. Mais, avant cette législation nouvelle introduite par Justinien, et en nous reportant à l'ancien droit, peut-on dire que, dans tous les cas où plusieurs débiteurs étaient tenus *in solidum*, la poursuite intentée contre l'un d'eux libérait tous les autres? Évidemment non, et, si le principe de l'extinction de la dette des autres codébiteurs, par la poursuite intentée contre l'un d'eux, était absolu en ce qui concernait la corréalité résultant de la *stipulatio* ou de l'*expensilatio*, il n'en est pas moins vrai que, dans certains cas où la corréalité résultait d'autres contrats (louage, dépôt, mandat, commodat, etc.), ou de délits et quasi-délits, la poursuite ne suffisait pas pour éteindre la dette au regard des autres codébiteurs non poursuivis. Voici, entre autres, deux textes formels à l'appui de cette proposition. « Si, dit Ulpien, une chose a été déposée chez deux personnes, vous pouvez agir contre l'un ou l'autre des deux dépositaires, et le second ne sera pas libéré par ce fait que vous avez poursuivi le premier ; ce n'est pas, en effet, par le choix de celui que vous voulez d'abord poursuivre, mais par le *payement*, que les codébiteurs (en vertu de dépôt) sont libérés. » (L. 1, § 43, D. 16, 3.) La même décision est donnée relativement aux obligations solidaires naissant entre cocommodataires, colocataires, cotuteurs. (L. 5, § 15. D. 13, 6 ; — L. 18, § 1. D. 26, 7 ; — L. 7, § 1. D. 13, 6 ; — L. 60, § 2. D. 17, 1.)

Le second texte, que nous citerons, s'applique à la responsabilité solidaire résultant du délit ou du quasi-délit : «... *Si plures in eodem cœnabulo habitent, unde dejectum est, in quemvis hæc actio dabitur*... (L. 1, § 10, D. 9, 3.)

L. 2, *loc. cit.* : «... *cum sane impossibile est scire, quis dejecisset vel effudisset*... »

L. 3, *loc. cit.* : «... *et quidem in solidum; sed si cum uno fuerit actum, cæteri liberabuntur*... »

L. 4, *loc. cit.* : «... PERCEPTIONE, NON LITIS CONTESTATIONE, *præstaturi partem damni societatis judicio vel utili actione ei qui solvit.* »

On voit donc que la *litis contestatio* ne suffit pas pour soustraire les coobligés aux poursuites de l'individu lésé, mais bien le paye-

ment, fait à ce dernier, par celui auquel il s'est adressé tout d'abord.

Toutefois il faut remarquer que, dans toutes ces hypothèses, il s'agit toujours de débiteurs tenus d'une *action de bonne foi*, ou d'une action *in factum ;* d'où l'on peut conclure que le principe fondamental, en vertu duquel tous les codébiteurs étaient libérés par la *litis contestatio* formée avec l'un d'eux, n'agissait que sur les créances résultant de la stipulation, de l'*expensilatio*, du *mutuum* ou du legs, seuls liens de droit garantis par une *condictio*. — En dehors de ces hypothèses, il y avait bien des individus tenus *in solidum*, ce qui produisait des résultats presque identiques à ceux produits par la corréalité ; mais il n'y avait évidemment pas de véritables *correi promittendi*.

2374. 4° Après avoir étudié, dans le numéro précédent, la novation spéciale résultant de la *litis contestatio*, nous sommes conduits naturellement à étudier les effets produits sur la dette corréale par la novation proprement dite.

On verra, dans la section V de cette matière des droits personnels, que toute obligation peut être éteinte par une novation. Disons seulement que celle-ci peut s'opérer soit par changement de créancier, soit par changement de débiteur, soit par changement de l'objet de l'obligation, soit par changement de la nature du lien. — Or, comme la nouvelle obligation se substitue à l'ancienne, qu'elle fait complétement disparaître, il est évident que la novation, faite avec l'un des *rei promittendi*, libérera tous les autres, puisque l'obligation, qui les liait, se trouve entièrement éteinte, et qu'il n'y a plus qu'une convention nouvelle à laquelle les ex-*correi promittendi* n'ont aucunement participé. (L. 20. D. 26. 1.) — Mais en est-il de même si la novation a été faite par l'un des *rei promittendi?* Venuleius se décide pour l'affirmative, et son opinion, qui est mentionnée au siége même de la matière (L, 31, §. 1. D. 46, 2), me semble devoir être préférée. Toutefois il faut mentionner l'opinion contraire de Paul (L. 27, pr. D. 2, 14), d'après laquelle la novation, faite par l'un des costipulants, ne serait jamais opposable aux autres.

2375. 5° En étudiant les *actions*, nous verrons que, si le demandeur manque de preuve contre le défendeur, il peut lui déférer le serment, en lui disant : « Jurez que vous n'êtes pas mon débiteur. » Si le défendeur prête ce serment, il se trouve libéré, puisque le demandeur s'en est remis entièrement à sa loyauté. C'est ce qui fait dire : *Jusjurandum loco solutionis cedit.* (L. 27, D. 12, 2.) Le serment étant ainsi assimilé au payement, on comprend que, si l'un des *correi stipulandi* l'a déféré, et que le défendeur le prête, l'obligation est

éteinte au regard de tous les créanciers ; qu'à l'inverse le *correus promittendi* libère ses codébiteurs, s'il prête le serment qui lui a été déféré par le créancier. (L. 28, pr. et § 3. D. 12, 2.)

2376. 6° Lorsque plusieurs personnes se sont engagées *correaliter* à livrer un certain objet, si cet objet vient à périr sans le fait d'aucun débiteur, et avant qu'aucun des *correi promittendi* ne fût en demeure, tous sont libérés.

Doit-on décider de même, dans le cas où l'objet aurait péri par le *factum* ou pendant la *mora* (mise en demeure) d'un débiteur? Le résultat est différent suivant les deux hypothèses. En effet, en présence du *factum* d'un débiteur, il va sans dire que les autres codébiteurs restent toujours obligés, — comme l'auteur du *factum* lui-même; au contraire, la mise en demeure, ayant précisément pour effet de modifier seulement la situation de celui contre lequel elle est opérée, ne peut avoir aucune influence sur les autres ; il y a eu là, en fait, une véritable élection de débiteur. Aussi, quels que soient les événements qui se passent après cette élection, on doit décider (par analogie avec ce qui se passe dans la *litis contestatio*) que le créancier ne pourra plus s'adresser aux autres *correi promittendi*, puisque ceux-ci ont légitimement dû croire leur rôle terminé, quand ils ont vu la mise en demeure de leur codébiteur.

2377. Toutefois il faut reconnaître que ces décisions, différentes suivant qu'il y avait *factum* ou *mora*, ont paru, à plusieurs interprètes, offrir peu d'harmonie.

Ceci s'explique, il est vrai, puisqu'il est naturel que des choses différentes produisent des effets différents.

En effet, le *factum* étant complétement étranger au créancier, comment admettre qu'il puisse lui être opposé? tandis que, la *mora* émanant du créancier lui-même, n'est-il pas naturel qu'il subisse les conséquences d'une situation qu'il a créée volontairement ?

Certains interprètes ont, il est vrai, méconnu cette distinction essentielle, prétendant que, dans tous les cas, qu'il y eût *factum* ou *mora*, les autres codébiteurs restaient tenus, non de dommages-intérêts, mais seulement de la valeur de la chose qui a péri. — Dans cette théorie, voilà comment on explique les deux textes qui paraissent peu en harmonie : quand la loi 32, § 4 (D. 22, 1) dit que *la demeure* de l'un des *correi* ne nuit pas aux autres, cela ne signifie pas que, un cas fortuit intervenant, ils soient par cela même libérés ; cela veut dire seulement que leur obligation ne s'aggrave pas, et qu'ils n'ont point à redouter des dommages-intérêts. — Quand, au contraire, la loi 18 (D. 45, 2) énonce que *le fait* de l'un des codébiteurs nuit

aux autres, cela signifie seulement qu'ils ne sont pas libérés (comme ils le seraient si la chose avait péri par un cas fortuit) et qu'ils devront fournir la valeur de l'objet disparu.

Cette explication ne peut être admise, car, d'une part, elle méconnaît la différence profonde qui existe entre la *mora* et le *factum*, et, d'autre part, elle paraît supposer qu'on peut devoir, par suite de la perte d'un corps certain, plus que la valeur de ce corps certain, ce qui est contraire aux textes, et notamment aux LL, 179 et 193 au *Digeste* (50, 16).

Remarque. — Dans les cas spéciaux où, malgré la perte de la chose due, les *correi promittendi* demeurent obligés, ces *correi*, ne pouvant plus, en fait, livrer la chose en nature, devront en donner la valeur représentative. (D. L. 18, 45, 2; — L. 32, § 4, 22, 1; — L. 173, § 2, 50, 17.)

2378. 7° Nous avons vu (n^os^ 780 et suiv.) que la *capitis deminutio* est un événement juridique, ayant une grande influence sur les droits actifs et passifs de la personne qui la subit.

Il est notamment de principe que la *capitis deminutio* éteint *les dettes;* par conséquent, si l'un des *correi promittendi* est *capite minutus*, il sera libéré civilement au regard du créancier. Reste à savoir si les autres codébiteurs pourront invoquer cette cause d'extinction du chef de leur *correus*? Pomponius (L. 19, D. 45, 2) explique très-nettement ce qui arrive : « Quand deux *correi* doivent une certaine somme d'argent, la *capitis deminutio* subie par l'un d'eux ne libère pas l'autre. En effet, il y a une grande différence entre le payement de la chose due et la libération du débiteur; quand l'un des débiteurs est libéré, l'obligation n'en subsiste pas moins et l'autre demeure obligé. » Dans ce cas, on peut donc dire que la *capitis deminutio*, subie par l'un des *correus*, éteint l'obligation *in personam*, mais non *in rem*.

2379. 8° Enfin, voici trois cas dans lesquels les résultats sont différents, suivant qu'il y a ou non *société* entre les *correi*. En effet, la *société* ne dérive pas essentiellement de la corréalité, mais seulement de l'intention des parties. — En l'absence de société, c'est le *premier en cause* qui obtiendra tout le bénéfice ou supportera toute la dette. S'il y a société, les costipulants partageront l'avantage, et les copromettants la dette, par des recours successifs. Cette règle amène les résultats suivants : 1° un des *correi promittendi* devient héritier du créancier; sa dette s'éteint par confusion; mais, comme c'est un fait tout personnel, l'autre débiteur restera tenu pour le tout, *s'il n'y a pas société; s'il y a société*, au contraire, l'autre débiteur, pouvant recourir contre l'héritier, son ex-codébiteur, pour

moitié, ne sera tenu que de la moitié de la dette. (L. 71, pr. D. 46, 1.) 2° Même décision si l'un des codébiteurs devient créancier du créancier, auquel cas il y a *compensation*. (L. 10. D. 45, 2.) 3° Le pacte *de non petendo*, consenti au débiteur par un des costipulants, ne nuit évidemment pas aux autres. Mais si ce pacte de remise a été consenti par un créancier à un codébiteur, les autres codébiteurs pourront-ils l'invoquer? *A*. S'il est fait *in personam* (*a te non petam...*), les autres codébiteurs ne pourront l'invoquer. *B*. S'il est fait *in rem* (*non petam...*), il pourra être invoqué par les autres codébiteurs, *s'il y a société*, — car celui à qui il a été consenti, a intérêt à ce que les autres l'invoquent, puisque sans cela ils auraient, après avoir payé, un recours, contre lui-même; mais, *s'il n'y a pas société*, les autres copromettants ne pourront invoquer le pacte de remise fait, même *in rem*, à l'un d'entre eux, car ce dernier, n'étant pas soumis à des recours, n'a aucun intérêt à ce qu'ils l'invoquent. Or il est de principe que tout pacte, fait avec une personne, ne peut être invoqué que par les personnes qui sont dans une situation telle qu'il est de l'intérêt de la première qu'elles l'invoquent. (L. 27, pr. L. 21, § 5. D. 2, 14; — L. 3, § 3. D. 31, 3.)

Après avoir ainsi examiné l'influence de la *société* entre les *correi*, on doit se demander comment il se fait que cette société n'existe pas toujours entre les contractants, puisque c'est elle qui permet à ceux qui n'ont rien reçu du débiteur de se faire donner leur part par le *correus stipulandi* qui a touché l'intégralité de la dette; et, à l'inverse, puisque c'est elle qui permet au *correus promittendi*, qui a payé toute la dette, de se faire indemniser par ses codébiteurs.

2380. Pour expliquer cette situation, voilà ce que dit M. Demangeat : « Il faut supposer que ces différentes personnes ne se connaissent point, qu'elles sont en rapport d'affaires seulement avec le tiers débiteur ou avec le tiers créancier. Ainsi deux personnes se présentent chez un commerçant à qui on sait que de l'argent est dû dans telle ville, et chacune lui demande de tenir à sa disposition, dans cette ville et pendant un certain temps, une somme de 100,000 sest. : le commerçant répond : « Je puis bien m'engager dans les « conditions que vous indiquez, pour 100,000 sest., mais non pour « 200,000; portez-vous, vis-à-vis de moi, *duo rei stipulandi* : les 100,000 « sest. seront comptés au premier d'entre vous qui les demandera. » De même, j'aurai absolument besoin à telle époque de toucher dans telle ville une somme de... : pour être bien sûr que le payement aura lieu, je me la fais promettre par deux banquiers avec lesquels je suis en compte et qui s'engagent *correaliter*; il n'in-

tervient entre eux aucune société, parce que chacun d'eux n'entend avoir affaire qu'à moi. » (T. II, p. 298.)

2381. Cette explication est évidemment conforme à la vérité des faits, et cependant on doit reconnaître que la situation qu'elle éclaire est bien peu conforme à nos idées modernes. En effet, autant nous comprenons facilement la *corréalité-société* dans laquelle chaque *correus* sait parfaitement d'avance quel doit être en définitive son bénéfice ou sa dette, autant nous concevons difficilement cette corréalité sans société, qui semble, à première vue, être un véritable jeu de hasard, et même un terrain tout préparé pour la collusion des parties. En effet, n'est-ce pas le *correus stipulandi* — qui saura prendre les devants, ou sollicitera un payement anticipé du débiteur — qui profitera seul du contrat? Ne sont-ce pas les *correi promittendi* les plus habiles qui arriveront à faire retomber sur un seul d'entre eux, moins habile, le fardeau de l'obligation?

Il y avait évidemment là une situation exceptionnelle, qui, sans doute, correspondait à un état social tout particulier; en effet, il nous est difficile, à nous modernes, de voir, dans un tel réseau de liens juridiques, autre chose que la source de nombreux conflits d'intérêts. Et cependant il est bien certain que, chez les Romains, la corréalité *cum societate* était l'exception, par la raison très-simple que l'état de société ne pouvait résulter que de la volonté formellement exprimée par les parties contractantes, ou des circonstances probantes de la cause; en d'autres termes, la société ne se présumait pas. (V. plus loin, nos 2385 et suiv.)

2382. *Seconde série.* — 1° Si l'un des *correi stipulandi* jure, en réponse au serment déféré par le débiteur, que la dette existe, ce serment, prêté par un des *correi stipulandi*, profitera à tous les autres costipulants; — 2° ainsi que nous le verrons plus tard, les empereurs de la décadence introduisirent une *prescription* extinctive des actions personnelles; or, à cette époque, si cette prescription était interrompue par le fait de l'un des *correi stipulandi*, cette interruption profitait à tous les autres costipulants. — Par contre, si la prescription était interrompue à l'égard d'un des *correi promittendi*, elle était naturellement interrompue à l'égard de tous les autres copromettants.

II. — **Rapports des correi entre eux.**

2383. Les rapports des *correi* entre eux se résument dans les deux questions suivantes : 1° Quand l'un des *correi promittendi* a seul payé la dette corréale, peut-il recourir, contre les autres

copromettants? 2° Quand l'un des *correi stipulandi* a seul touché l'intégralité de la créance corréale, les autres costipulants peuvent-ils lui réclamer leur part dans cette créance perçue?

2384. En principe, dans l'une et l'autre espèce, il faut répondre négativement, puisque, ainsi que nous l'avons vu, l'essence même de la corréalité romaine consiste dans l'*unité de l'obligation*, malgré la pluralité des débiteurs ou des créanciers; puisque, en d'autres termes, — bien que, avant toute exécution de la convention, chacun des costipulants puisse exiger l'intégralité de la créance corréale et chacun des copromettants être forcé à la payer toute entière, — il n'en est pas moins vrai que, dès que ladite créance corréale est réclamée par l'un des costipulants, ou payée par l'un des copromettants, tous les autres contractants cessent d'avoir aucun interêt, les autres copromettants ne pouvant plus être poursuivis, les autres costipulants n'ayant plus rien â réclamer.

En résumé, les principes ne laissent place à aucun doute : tant qu'il n'y a pas eu poursuite ou commencement d'exécution, chacun des *correi stipulandi* peut poursuivre pour le tout, chacun des *correi promittendi* peut être poursuivi pour le tout. Mais dès qu'il y a eu un commencement d'exécution, soit au point de vue passif, soit au point de vue actif, la situation change brusquement: la corréalité s'efface, et il ne reste plus en présence que le débiteur et le créancier qui se sont choisis pour l'exécution de l'obligation; tous les autres contractants disparaissent.

2385. Ceci posé, il nous faut revenir sur une hypothèse déjà effleurée (n^os^ 2379 à 2381), et dans laquelle les principes fondamentaux de l'obligation corréale sont bouleversés : c'est l'hypothèse d'une *société* existant, soit entre les costipulants, soit entre les copromettants. — On comprend fort bien que les conséquences, parfaitement déterminées, du contrat de société, produisent, chez les contractants, tant au point de vue actif qu'au point de vue passif, un lien intime, — se traduisant par des participations au bénéfice comme à la perte résultant de l'obligation corréale, — lien intime, qui a précisément pour résultat d'effacer toute l'originalité de ce *vinculum juris* particulier qu'on appelle la corréalité.

2386. Cette différence profonde dans le règlement des intérêts mis en jeu par l'obligation corréale, suivant qu'il y a ou non société entre les *correi*, est énoncée, de la façon la plus nette, par un exemple posé dans un texte d'Ulpien, qui l'a emprunté lui même à Julien. (L. 62, pr. D. 35, 2.)Voici l'espèce dont s'occupe ce texte : de deux ou plusieurs *correi promittendi* ou *correi stipulandi*,l'un est mort, laissant à la charge de ses héritiers des legs considérables ; il s'agit

de savoir quelle réduction on peut faire subir à ces dispositions testamentaires, et, pour cela, il faut déterminer la masse nette de la succession, c'est-à-dire la *masse active* et la *masse passive ;* or, comptera-t-on, pour son intégralité, la créance corréale dans la masse active, la dette corréale dans la masse passive? Voilà la question qu'Ulpien tranche très-nettement par une distinction, de la façon suivante : « Dans le calcul de la Falcidie, voilà, d'après Julien, les principes qui doivent s'appliquer dans l'hypothèse où le *de cujus* serait débiteur ou créancier corréal : y a-t-il *société* entre le *de cujus* et les autres *correi*? L'obligation doit se diviser entre eux, comme si chacun d'eux avait stipulé ou promis personnellement une partie de l'obligation totale; — n'y a-t-il pas, au contraire, société? La question reste provisoirement indécise de savoir dans le patrimoine de quel contractant la créance corréale doit être comptée activement ou passivement. » Celui-là sera considéré comme seul créancier ou seul débiteur qui aura le premier reçu ou fait le payement; en d'autres termes (étant donnés deux *correi*), l'obligation corréale figurera dans l'actif ou le passif d'un individu : 1° *s'il y a société*, pour la moitié de sa valeur; 2° *s'il n'y a pas société*, tantôt pour toute sa valeur, tantôt pour zéro; « du reste, on ne sera fixé sur ce point, dit M. Demangeat, qu'après que l'obligation aura donné lieu à poursuite ou à payement : on verra lequel des deux *rei* a exercé ou subi la poursuite, lequel a touché ou a payé ».

2387. Ce qui précède confirme bien notre proposition que « l'état de société, existant entre les *correi*, bouleverse les principes constitutifs de la corréalité. »

2388. Mais quand y a-t-il société entre les *correi*?

D'abord, bien entendu, s'il y a eu, entre les contractants, un contrat de société établi antérieurement à la naissance de l'obligation corréale ; mais aussi, s'il y a entre eux une société de fait, tacite, résultant d'une communauté intime d'intérêts. Telle serait la situation de deux copropriétaires, désirant construire sur le fonds indivis, et qui s'adresseraient, dans cette intention, à un capitaliste, en stipulant de celui-ci une même somme, ou qui, l'ayant reçue, lui en promettraient le remboursement. Cette créance ou cette dette corréale intéresse également, sans aucun doute, l'un et l'autre des copropriétaires; et cette communauté d'intérêt produira une véritable société de fait, en vertu de laquelle celui des deux cocontractants qui aura touché ou payé la somme entière (stipulée ou promise par tous deux *correaliter*) sera tenu de rendre compte à l'autre *correus*, ou en droit de recourir contre ce *dernier*, son associé de fait.

2389. Ce résultat, confirmé, de la façon la plus formelle, par les textes, et notamment par la loi 62 que nous avons examinée plus haut, corrobore, *a contrario*, le principe constitutif de la corréalité d'après lequel, *s'il n'y a pas société entre les cocontractants*, le créancier, qui touche le premier, bénéficie de l'intégralité de l'obligation... le débiteur, qui paie le premier, supporte seul le poids de la dette.

2390. Jusqu'ici, nous avons pu confondre, en une commune explication, la corréalité active et la corréalité passive. Mais, au point où nous en sommes arrivés, c'est-à-dire pour examiner la voie juridique par laquelle s'exercent ces recours réciproques entre *correi* associés, il faut distinguer, suivant qu'il s'agit d'un *correus promittendi* qui veut faire supporter à ses copromettants leur part dans la dette qu'il a payée seul, — ou de *correi stipulandi* qui veulent réclamer leur part au *correus* qui a touché l'intégralité de la créance.

2391. Pas de difficulté s'il s'agit de corréalité active : le recours des *correi stipulandi* entre eux s'exercera uniquement par l'action *pro socio*.

2392. Au contraire, le règlement d'intérêts, résultant de la corréalité passive, se poursuit de deux façons : soit, comme pour la corréalité active, par l'action *pro socio;* soit par un mode tout particulier qu'on appelle la *cession d'action*.

2393. Ce dernier procédé est fort simple à comprendre : le débiteur corréal, qui se voit poursuivi pour le montant intégral de la dette, demande au créancier, au moment de le payer, de lui céder les actions en vertu desquelles ledit créancier aurait pu poursuivre les autres *correi promittendi*. Or, voici ce qui va se passer :

Supposons quatre *correi promittendi* et une dette de 100. Le premier codébiteur poursuivi, en payant spontanément, dira au créancier : Je vous paye l'intégralité de la dette, soit 100, mais cédez-moi vos actions ; — le créancier ne peut se refuser à cette cession, que le copromettant, qui libère ses associés, pourrait exiger, soit comme condition d'un payement volontaire, soit en cas de poursuite, en invoquant l'exception de dol (L. 65, D. 21, 2); dès lors l'ex-débiteur, muni de ces actions cédées, dira à ces trois associés : J'ai payé 100, quoique ne devant que le quart de la dette totale; c'est donc 75 que vous me devez pour votre part contributive ; vous allez me les donner, ou sinon je vous poursuis avec les actions du créancier, que je n'ai payé qu'à la condition de succéder à ses moyens d'action contre vous.

2394. Nous venons de dire que la cession d'actions, par le créan-

cier, au codébiteur qui paye toute la dette, est un moyen de recours exclusivement réservé à l'hypothèse spéciale où il y a *société* entre les *correi promittendi*. — Or il faut remarquer que, d'après un assez grand nombre d'interprètes, la cession des actions pouvait être exigée même par le codébiteur non associé. C'est cette théorie que M. Demangeat a formulée très-nettement dans son *Cours élémentaire de droit romain*[1]. « Au surplus, même en l'absence de tout contrat de société, la jurisprudence avait accordé une ressource à celui des codébiteurs qui est tenu de payer toute la dette : je veux parler du bénéfice *cedendarum actionum*. Le codébiteur auquel s'attaque le créancier peut lui dire : « Nous sommes quatre qui vous devons solidairement 100 sous d'or. Voilà les 100 sous d'or : je vous en donne 25 imputables sur l'obligation solidaire, et 75 pour prix de la cession que vous allez me faire de vos droits contre mes trois codébiteurs. » On comprend combien cet arrangement est avantageux au débiteur qu'à choisi le créancier. Le créancier lui-même n'a aucune bonne raison pour refuser de s'y prêter : il ne peut sans dol le refuser. — Nous avons un assez grand nombre de textes qui sont relatifs à ce bénéfice *cedendarum actionum*. On a prétendu quelquefois qu'il pourrait bien être invoqué par les débiteurs tenus d'une action de bonne foi, mais non par les véritables *correi promittendi*. Cette distinction ne me paraît pas admissible, en présence d'un texte de Papinien ainsi conçu : *Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, et evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt; cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit. Quærebatur an uterque heredum conveniri possit. Idque placebat propter indivisam pignoris causam. Nec remedio locus esse videbatur ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit præstarentur; quia non duo rei facti proponerentur*... — Il paraît même qu'on admettait une cession tacite, donnant lieu à une action utile, au profit du débiteur solidaire qui payait la dette entière après y avoir été condamné. »

2395. C'est cette théorie que M. Accarias, conformément à mon sentiment, réfute d'une façon très-énergique, en disant que, dans ce système, « entre la corréalité active et la corréalité passive, il y aurait une seconde différence bien autrement profonde que celle qui vient d'être signalée [2] : en effet, tandis que l'absence de société

1. T. I, p. 303 et 304.

2. La différence que rappelle cette phrase est celle que l'éminent professeur a énoncée dans le paragraphe qui précède immédiatement celui auquel nous empruntons ce passage, et qui consiste dans ceci : le recours, dans la corréalité *active* ne s'exerce que par l'action *pro socio*, — tandis qu'il s'exerce, dans la corréalité *passive*, soit par l'action *pro socio*, soit par la *cession d'actions*.

exclut certainement toute espèce de recours entre *correi stipulandi*, elle n'empêcherait pas le *correus promittendi* qui paye ou qui est poursuivi de s'en procurer un. Cette doctrine s'autorise, j'en conviens, de deux textes plutôt embarrassants que décisifs. (L. 65, *De evict.*, XXI, 2 — L. 2, C. *De duob. reis*, VIII, 40.) Mais d'abord comment la concilier avec les principes généraux? Pour être fondé à exiger une cession d'actions, ne faut-il pas s'autoriser d'un droit antérieur soit contre celui auquel elles appartiennent aujourd'hui, soit contre ceux qui en sont tenus? Or, à coup sûr, le *correus promittendi* n'est pas créancier du stipulant, et par hypothèse, puisqu'il n'y a pas société, il ne l'est pas non plus de son copromettant. Puis, comment, dans cette même doctrine, Ulpien (L. 62 pr., *Ad leg Falc.*) pourrait-il nous dire qu'étant donné deux *correi promittendi* non associés, on ne sait pas d'avance quel est celui dont le patrimoine est grevé? N'est-il pas de la dernière évidence que la dette corréale devant finalement, grâce à la cession d'actions, se diviser entre eux, dès à présent on la compterait pour moitié dans le passif de l'un et de l'autre. Car il y aurait puérilité à raisonner dans la supposition que celui des deux qui payera ou qui sera poursuivi négligera d'invoquer le bénéfice que la loi lui accorde. Je vais plus loin, et je ne crains pas de dire d'une manière générale que la différence constante que les textes établissent entre la situation des copromettants associés et celle des copromettants non associés devient tout à fait inintelligible, s'il est vrai qu'entre ces derniers une cession d'actions puisse créer après coup des rapports semblables à ceux qu'eût établis dès le début l'existence d'une société. Toute la difficulté se réduit donc à expliquer les deux textes sur lesquels on prétend fonder ce droit à obtenir la cession d'actions, et cette difficulté disparaîtra si l'on consent à admettre qu'ils se placent exclusivement dans l'hypothèse d'une société. Cette interprétation est autorisée, quant à l'un (L. 65, *De evict.*), par la nature de l'espèce prévue[1];

1. Voici cette espèce : un débiteur qui a hypothéqué sa chose pour la sûreté de sa propre dette meurt laissant deux héritiers. Ceux-ci vendent conjointement la chose grevée, et chacun fait pour sa part la promesse du double. Puis il y en a un qui paye le créancier jusqu'à concurrence de son obligation personnelle. L'acheteur venant ensuite à subir l'éviction, deux questions s'élèvent : 1° l'action *ex stipulatu duplæ* est-elle possible même contre celui des héritiers qui a cessé d'être personnellement tenu? Oui, dit Papinien; car l'hypothèque, à raison de son indivisibilité, a continué de grever la chose pour le tout ; 2° cet héritier peut-il du moins exiger que le créancier lui cède ses actions contre l'autre héritier? Non, dit Papinien, et pourquoi? parce que dans l'espèce les deux cohéritiers n'ont pas contracté une obligation corréale. Donc, conclut-on, s'il y avait corréalité, la cession d'action serait exigible! Oui, sans doute, elle le serait, mais cela tient à ce qu'entre deux covendeurs

quant à l'autre (L. 2, C. *De duob. reis.*), par son langage même [1].

2396. *Exceptions.*—Quoi qu'il en soit, nous en aurons fini avec cette matière importante du recours des *correi* entre eux, si nous mentionnons une double exception aux principes jusqu'ici formulés.

2397. Il peut exister une certaine corréalité passive dans laquelle le codébiteur, qui a payé, peut recourir contre ses co-obligés, non-seulement par le bénéfice *cedendarum actionum* [2], mais encore par un moyen plus favorable encore, le *bénéfice de division.* Cette corréalité, ainsi favorisée, est celle qui résulte de la gestion des *cotuteurs.* Cette situation est parfaitement indiquée par deux textes du *Digeste* : « Si tous ceux qui ont géré la tutelle sont solvables, il est de toute justice, à l'exemple de ce qui se passe pour les fidéjusseurs, de diviser l'action entre eux par portions viriles. — Mais si tous ne sont pas solvables, l'action se divisera entre ceux qui seront solvables... (L. 1, D, 27, 3 [3].)

2398. Certains jurisconsultes ont cru que ce bénéfice de division constituait un moyen de recours général, et que, au cas où tous les débiteurs ordinaires sont solvables, celui d'entre eux auquel s'attaque le créancier peut toujours l'invoquer. A l'appui de cette opinion, on cite ce passage de Marcellus : « *Cum apparebit emptorem conductoremve pluribus vendentem vel locantem, singulorum in solidum intuitum personam : ita demum ad præstationem partis singuli sunt compellendi si constabit esse omnes solvendo ; quamquam fortasse justius sit, etiamsi solvendo omnes erunt, electionem conveniendi quem*

---

la corréalité ne peut aller sans société. C'est donc forcer la pensée du jurisconsulte que de lui donner une portée générale. Il ne veut pas dire qu'un *correus promittendi* puisse en tous cas demander la cession d'actions, mais qu'il le pourrait dans l'espèce.

1. Les empereurs Dioclétien et Maximien, supposant évidemment que le *correus* qui a tout payé a négligé de demander la cession d'actions, l'autorisent néanmoins à exercer un recours, et ce recours ne peut être fondé que sur une cession sous-entendue, par conséquent sur une cession que le créancier n'aurait pas eu le droit de refuser. Je reconnais que tout cela est exact. Mais que suppose le rescrit? que les deux *correi* ont emprunté *communiter*. Or, est-ce forcer le sens de cet adverbe que d'y voir l'expression, non pas d'un simple concours dans le même acte, mais d'une communauté d'intérêts? C'est ainsi que le mot *commmuniter* s'emploie pour marquer l'état d'indivision. (Cic., *Pro Rosc. Amer.*, 37 *in fine*).

2. L. 1, § 13, 14, 18. D. 27, 3; — LL. 36, 39, D. 46, 1; — LL. 76, 95, § 10. D. 46, 3; — L. 6 *in fine*, C. 5, 51; — L. 2, C. 5, 52; — LL. 1, 2, C. 5, 58; — L. 11, C. 8, 41. — L'action cédée passe naturellement au tuteur avec les priviléges et les exceptions qui y sont attachés, y compris l'hypothèque légale.

3. Voir aussi : L. 1, C. 5, 52.

velit non auferendam actori, si actiones suas adversus ceteros præstare non recuset. » (L. 47, D. 19, 2.)

2399. On s'en réfère également à la novelle 99 de Justinien, qui paraît admettre, comme droit commun et sauf convention contraire, ce bénéfice de division au profit de tous les *correi promittendi.* Mais le texte de cette novelle est fort obscur, et doit s'appliquer uniquement, selon l'opinion de Doneau et de M. de Savigny, au cas spécial où les *correi promittendi* se sont obligés *en se cautionnant réciproquement.* (L. 11, pr. D. 45, 2.) Telle est également l'opinion soutenue par M. Demangeat. (T. II, p. 304 et 305.)

2400. La solidarité des tuteurs, dans la responsabilité de l'administration de la tutelle, avait fait organiser un troisième moyen de mitiger la rigueur d'un principe introduit dans l'intérêt du pupille; je veux parler du *beneficium ordinis*, qui consiste en ceci : si l'un des tuteurs a agi *seul*, et a encouru, de ce chef, une certaine responsabilité, les autres tuteurs peuvent demander que l'action soit d'abord intentée contre lui. Bien entendu, les autres tuteurs en seraient pas fondés à invoquer ce privilége contre le tuteur auquel ils auraient *expressément confié* l'administration [1].

2401. On sait qu'une personne peut se trouver obligée *ex delicto;* par conséquent, si plusieurs personnes ont commis conjointement un délit duquel soit résulté un préjudice, elles seront solidairement obligées de réparer le dommage causé. Or, dans ce cas spécial, la loi refuse *tout recours* au *correus* auteur, ou coauteur, du délit qui a fait naître la solidarité. C'est ce que décident d'une façon non douteuse les lois 39 (D. 3, 5), 38, § 2 (D. 26,7) et 1, § 14 (D. 27, 3); toutefois on semble trouver une dérogation à cette exception, et par conséquent on semble rentrer dans la règle générale, en lisant les LL. 1, § 10, 2, 3 et 4 (D. 9, 3) ainsi conçues : « *Si plures in eodem cænaculo habitent, unde dejectum est, in quemvis hæc actio dabitur, — cum sane impossibile est scire quis dejecisset vel effudisset, — et quidem in solidum; sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur, — perceptione, non litis contestatione, præstaturi partem damni societatis judicio vel utili actione ei qui solvit.* » Or, si je comprends bien ce texte, celui qui peut ainsi recourir contre les autres habitants de la maison qu'il habite lui-même, et de laquelle quelque chose a été jeté ou renversé, est précisément un individu qui, par le fait matériel de l'habitation simultanée, a pu être poursuivi *in solidum*, mais qui, étant innocent du fait, peut se retourner contre les autres

---

1. V. sur ce sujet : L. 55, § 2, D. 26, 7. — L. 6, C. 5, 51, — L. 3, C. 5. 52. — L. 2, C. 5, 54.

habitants, pour se faire indemniser, par le véritable auteur du délit, de la somme qu'il a payée pour le réparer.

§ V. — APPENDICE : OBLIGATIONS DIVISIBLES OU INDIVISIBLES

2402. Une obligation est *divisible*, quand son objet est susceptible de se fractionner en parts semblables entre elles et ne différant du tout que par la quantité.

Une obligation est *indivisible*, quand son objet ne se prête pas à un tel fractionnement.

Cette différence fondamentale dans la nature de l'obligation se reproduit dans ses effets. Ainsi :

2403. 1° Y a-t-il un seul débiteur et un seul créancier en présence? Si l'obligation est divisible, le créancier pourra, s'il le juge bon, en poursuivre l'exécution seulement pour partie; et, par contre, le débiteur, si cela agrée au créancier, pourra payer sa dette par fractions partielles et successives. — Si, au contraire, l'obligation est indivisible, elle s'éteindra ou subsistera tout entière ; il ne saurait y avoir de poursuites ni de payements partiels.

2404. 2° Y a-t-il au contraire pluralité de débiteurs ou pluralité de créanciers ? Si l'obligation est divisible, elle se divisera, de plein droit, entre les créanciers et les débiteurs, de telle façon que chacun des créanciers ne pourra poursuivre que le payement de sa quote-part dans la créance divisée; que chacun des débiteurs ne pourra être poursuivi que pour sa quote-part dans la dette divisée. — Si, au contraire, la dette est indivisible, chacun des créanciers pourra poursuivre, chacun des débiteurs pourra être poursuivi, *in solidum*. (L. 85, pr., §§ 1 et 2, D. 45, 1.)

2405. Or l'obligation corréale active et passive a précisément ce caractère essentiel que l'un quelconque des créanciers peut réclamer l'intégralité de la créance corréale, que l'un quelconque des débiteurs peut être obligé de payer l'intégralité de la dette corréale; en d'autres termes, dans l'obligation indivisible et dans l'obligation corréale, l'exécution peut être poursuivie *in solidum*.

C'est ce caractère commun, et fort intéressant par les conséquences qu'il produit, qui pourrait faire confondre deux classes d'obligations bien différentes cependant ; mais aussi c'est un motif pour n'étudier l'obligation indivisible qu'après l'obligation corréale, dont, à part certains traits communs, elle diffère profondément.

2406. L'*indivisibilité* est une circonstance dérivant le plus ordinairement de la nature même de l'objet de l'obligation, et peut, par conséquent, se rencontrer :

2407. 1° Dans les obligations de donner, lorsque l'objet à fournir, le droit à constituer, est indivisible, comme un corps certain, une servitude prédiale ou une servitude personnelle autre que l'usufruit ;

2408. 2° Dans les obligations de faire, qu'il s'agisse d'effectuer un acte juridique, indivisible de sa nature, comme un *affranchissement*, ou bien un acte non juridique, par exemple un voyage, la construction d'une maison, etc., tous actes pour lesquels on ne peut supposer d'exécution partielle utile ;

2409. 3° Dans les obligations de ne pas faire, lorsque le fait, dont le débiteur doit s'abstenir, ne comporte pas d'exécution et, par suite, d'inexécution partielle. Par exemple, serait indivisible l'obligation de ne pas affranchir un esclave.

2410. Ajoutons que les caractères de divisibilité et d'indivisibilité peuvent se combiner de telle sorte que telle obligation pourra être considérée comme *indivisible* au point de vue de l'action en justice, et divisible au point de vue du paiement matériel, ou réciproquement. C'est ce qui ressort d'une façon évidente du texte suivant de Paul : « *In executione obligationis, sciendum est quatuor causas esse. Nam interdum est aliquid quod a singulis heredibus divisum consequi possumus; aliud, quod totum peti necesse est, nec divisum præstari potest; aliud, quod pro parte petitur, sed solvi nisi totum non potest; aliud, quod solidum petendum est, licet in solutionem admittat sectionem.* (L. 85, pr. D. 45, 1.)

2411. Après avoir ainsi très-rapidement déterminé les circonstances dans lesquelles une obligation peut être indivisible, et implicitement, *a contrario*, les circonstances dans lesquelles une obligation est divisible, il suffit de rappeler ce qui se conçoit du reste facilement, c'est que l'obligation divisible se divise activement et passivement entre tous les créanciers et tous les débiteurs ; que l'obligation indivisible, au contraire, peut être réclamée *in solidum* par l'un quelconque des créanciers, et poursuivie *in solidum* contre l'un quelconque des débiteurs, sauf comptes à faire, entre les créanciers d'une part, entre les débiteurs d'autre part, pour qu'*en définitive* chaque créancier profite de son droit dans la créance indivisible, et chaque débiteur supporte sa part dans la dette indivisible.

C'est cette conséquence de l'obligation indivisible qui nous ramène naturellement à la comparer à l'obligation corréale.

Sauf le caractère commun de poursuite *in solidum*, ces deux obligations diffèrent d'une manière profonde ; et cela se comprend, puisque la corréalité dérive de la volonté des parties, tandis que l'indivisibilité dérive de la nature même de l'objet de l'obligation. — De là plusieurs conséquences :

2412. 1° L'obligation indivisible conserve ce caractère, même envers les héritiers des parties ; de telle façon que chacun des héritiers, fussent-ils cent, pourra poursuivre ou être poursuivi pour la *totalité* de l'obligation. Ainsi, c'est lorsque le créancier ou le débiteur meurt laissant plusieurs héritiers que l'indivisibilité se manifeste dans la plénitude de ses effets. — Dans la corréalité, au contraire, les héritiers du *correus* décédé ne succèdent qu'à une part proportionnelle de l'obligation corréale laissée par leur auteur ; chacun d'eux, dans la mesure de sa part héréditaire, reste *correus* par rapport aux *correi* survivants, mais entre eux, héritiers, il n'y a pas corréalité ; le créancier devra néanmoins obtenir des héritiers du *correus promittendi* tout ce qu'il aurait pu exiger de ce *correus* lui-même. (L. 49, § 1, D. 46, 1.)

Ajoutons que celui des héritiers, qui a seul payé la dette indivisible, a le droit de recourir contre ses cohéritiers. S'il a payé avant le partage, c'est devant le juge de l'action *familiæ erciscundæ* qu'il exercera son recours ; s'il a payé depuis le partage, il usera de l'action *ex stipulatu*, résultant des stipulations réciproques qui doivent être faites au moment du partage. (L. 2, § 2, D. 45, 1. L. 25, § 10, D. 10, 2.)

2413. 2° La corréalité active et la corréalité passive sont parfaitement indépendantes, et même, le plus souvent, en face de plusieurs *correi promittendi*, il n'y a qu'un créancier ; en face de plusieurs *correi stipulandi*, il n'y a qu'un débiteur ; — au contraire, l'indivisibilité active et l'indivisibilité passive marchent nécessairement de front.

2414. 3° Le créancier *correus* peut, s'il le veut, diviser son action, et le débiteur *correus* peut, avec le consentement du créancier, fractionner le payement ; l'indivisibilité entraîne, au contraire, la nécessité de demander le tout ou de ne rien demander, comme la nécessité de payer le tout ou de ne rien payer.

2415. 4° L'indivisibilité existe parfaitement, même s'il n'y a en présence qu'un seul débiteur et un seul créancier ; — la corréalité au contraire suppose nécessairement plusieurs codébiteurs ou plusieurs cocréanciers.

2416. 5° Les modalités peuvent être différentes, au regard de chaque *correus*, dans l'obligation corréale ; — cela ne peut se présenter dans l'obligation indivisible, qui ne peut affecter passivement ou activement plusieurs personnes que si ces personnes ont trouvé l'obligation indivisible dans la succession de leur auteur, et par conséquent affectée d'une seule et même modalité.

2417. 6° Enfin, en principe, le bénéfice ou la charge de l'obli-

gation corréale ne se divise entre les *correi* que s'ils sont associés les uns des autres, tandis que cette division constitue la règle en matière d'obligations indivisibles, puisque, si l'un des créanciers ou des débiteurs touche ou paye le tout, ce n'est point par suite d'une volonté commune, mais par suite de la nature de la dette; par conséquent, il y aura des comptes à rendre ou à demander, de façon à ce que, malgré l'individualité des poursuites, chacun des débiteurs supporte sa part de la dette, chacun des créanciers bénéficie de sa part active dans l'obligation.

2418. En résumé, l'obligation corréale peut être poursuivie *in solidum*; mais : 1° l'action intentée imprudemment contre l'un des débiteurs est éteinte vis-à-vis des autres; 2° chaque débiteur peut être tenu de payer toute la dette, sans recours contre les autres, s'ils ne sont pas *socii*; 3° chaque créancier, à moins qu'il n'y ait société, peut recevoir le payement sans en tenir compte aux autres *correi stipulandi*.

L'obligation indivisible, de son côté, peut et doit être poursuivie *in solidum*, mais il importe de distinguer si elle est intentée par l'un de plusieurs créanciers, ou contre l'un de plusieurs débiteurs. *A*. Dans le premier cas, le créancier demandeur gagne, en même temps que son propre procès, celui des autres créanciers, qui pourront invoquer la chose jugée en faveur du premier créancier; mais celui-ci n'obtiendra condamnation, que dans la mesure de sa part dans la créance; en effet, si l'objet de l'obligation est indivisible de sa nature, la condamnation judiciaire, se résumant, en dernière analyse, par une *condamnation pécuniaire*, est essentiellement divisible, et il est de bonne justice de ne pas condamner le débiteur *in solidum*, ce qui aurait le double inconvénient de faire courir aux cocréanciers du poursuivant le risque de l'insolvabilité de ce dernier, et d'imposer à celui-ci une responsabilité à laquelle il n'est pas tenu. — *B*. Dans le second cas, le défenseur sera condamné pour le tout, sauf à recourir contre ses codébiteurs.

2419. Cette doctrine, qui semble bien résulter de la loi 25 § 9 et 10 (D. 10, 2), me paraît difficile à concilier avec les principes fondamentaux que nous examinerons plus tard, en traitant *des actions*.

On sait en effet que le droit, une fois déduit en justice, disparaissait pour faire place à un droit tout nouveau : celui d'obtenir une condamnation en justice. Il y avait là une véritable novation qui, je le répète, faisait disparaître le lien de droit résultant du contrat. Dès lors, si l'un des créanciers agissait *in solidum*, il déduisait en justice toute l'obligation indivisible qui, dès lors, était épui-

sée et ne pouvait plus, d'après les principes, devenir la source de nouvelles poursuites. Comment donc les cocréanciers pouvaient-ils invoquer la chose jugée, et obtenir une condamnation qu'ils pussent personnellement invoquer?

Il est possible qu'on remédiât à cet inconvénient au moyen d'une *præscriptio*. Nous avons déjà parlé de ce moyen de procédure au sujet des obligations de prestations annuelles (n° 2170); nous les étudierons complétement aux ACTIONS, mais, dès à présent, on lira avec utilité le § 131 de Gaïus (l. IV).

S'il est possible, quoique aucun texte n'en parle formellement, d'admettre le procédé dont il vient d'être parlé, celui d'une *præscriptio* insérée dans la formule, il me semble plus difficile d'expliquer quelles garanties les cocréanciers pouvaient avoir contre celui qui touchait le montant intégral de l'obligation indivisible. Pas de difficulté sérieuse, si ce créancier est solvable; mais *quid* s'il est insolvable? Avait-il le droit d'agir sans l'autorisation de ses cocréanciers? Comment parer aux dangers d'une collusion entre lui et le débiteur? Je vois dans ces hypothèses le droit de ses cocréanciers bien aventuré, et il est probable que les Romains, avec leur esprit si pratique, avaient un moyen de remédier à cette situation périlleuse. Mais je ne connais pas de texte qui puisse mettre sur la voie de la vérité en cette matière.

ARTICLE III. — STIPULATIONS ET PROMESSES ACCESSOIRES, ET PRINCIPALEMENT : *DES FIDÉJUSSEURS*

§ Ier. — GÉNÉRALITÉS

2420. On entend par *stipulations accessoires* les obligations verbales que les parties contractent à l'occasion d'une obligation antérieure ou future.

2421. Ces stipulations accessoires peuvent se présenter sous deux aspects différents : au point de vue *actif*, si elles corroborent, si elles assurent l'exécution d'une créance; au point de vue *passif*, si elles concourent à assurer l'exécution d'une obligation passive, d'une dette contractée par une autre personne.

Dans le premier cas, on dit qu'il y a *adstipulatio;* dans le second cas, on dit qu'il y a *adpromissio*. Nous verrons d'ailleurs que les *adpromissores*, appelés aussi *cautiones*, se divisent en trois classes parfaitement déterminées :

Cette différence entre l'*adstipulatio* et l'*adpromissio* n'est pas la seule; en effet, comme nous le verrons plus loin, la première était

conçue dans l'intérêt exclusif du créancier, tandis que la seconde était conçue dans l'intérêt commun des deux contractants principaux : du créancier et du débiteur.

2422. Mais il faut bien reconnaître qu'à part les deux différences précédentes et quelques autres petites dissemblances de détail, l'*adstipulatio* et l'*adpromissio* sont soumises à des règles sensiblement parallèles. C'est ainsi notamment que l'objet de ces deux obligations accessoires est nécessairement *identique* à l'objet de l'obligation principale, ce qui constitue un trait de ressemblance entre elle et la corréalité. Toutefois il y a cette distinction considérable à établir entre ces deux classes d'obligations, c'est que les *correi* contractent tous pour leur compte personnel, se trouvant ainsi placés dans un état d'indépendance presque absolue vis-à-vis les uns des autres, tandis que les *adpromissores* et les *adstipulatores* apparaissent sous un double aspect; en effet, si, dans leurs rapports avec la partie principale adverse (créancier ou débiteur), ils sont bien débiteurs ou créanciers, ils n'ont plus qu'un rôle subordonné dans leurs rapports avec le principal stipulant ou promettant, à l'obligation duquel ils se sont adjoints.

2423. Après ce rapide aperçu sur la généralité de cette nouvelle matière, passons de suite aux détails.

§ II. — *ADSTIPULATORES*

(Gaïus, C. III, § 110.) « Nous pouvons cependant, dans une stipulation, nous adjoindre un tiers qui stipule la même chose que nous. On appelle vulgairement ce tiers *adstipulateur*. »

2424. Ce texte indique très-clairement la nature de l'*adstipulatio* : elle consiste en ce qu'une personne vient prendre part à la stipulation qui intéresse un tiers, en faisant des interrogations, comme si elle voulait devenir elle-même créancière.

2425. Cette matière ne nous est pas inconnue, et nous avons vu déjà (n° 2292) une première application de l'*adstipulatio*. Voici en quoi elle consiste :

« ... Mais de nos jours nous ne nous servons d'un adstipulateur que si nous stipulons qu'on donnera quelque chose après notre mort, ce que nous ne pourrions faire dans une simple stipulation : l'adstipulateur intervient, pour qu'il puisse exercer l'action *ex stipulatu*, après notre mort; si cet adstipulateur a reçu quelque chose de notre promettant, il est tenu, par l'action *mandati*, de le restituer à notre héritier. » (Gaïus, III, § 117.)

Ainsi, quand on stipulait *post mortem suam*, la convention étail

nulle d'après le droit civil, en vertu du principe qu'une obligation active ou passive ne peut naître directement, par notre fait, pour ou contre nos héritiers. Pour parer à cette nullité, on avait imaginé d'adjoindre à l'opération un *adstipulator*, qui stipulait la même chose que celui qui ne voulait pas voir l'obligation se réaliser de son vivant. Dès lors, le stipulant venant à mourir, l'*adstipulator* était fondé à réclamer directement l'exécution de l'obligation, sauf à rendre compte à l'héritier du stipulant principal.

(Gaïus, C. III, § 111.) « L'action compète à ce dernier (l'*adstipulator*), et le débiteur paye aussi valablement à lui qu'à nous-mêmes ; mais l'adstipulateur est forcé, par l'action *mandati*, à nous rendre tout ce qu'il a reçu. »

2426. On recourait encore à l'*adstipulatio* quand le créancier principal devait être absent au moment de l'échéance de l'obligation ; dans ce cas, l'*adstipulator* pouvait immédiatement, à l'échéance, intenter l'action que le créancier principal n'était pas là pour intenter lui-même.

2427. Ceci avait une grande importance pratique dans la procédure des actions de la loi qui n'admettait pas la représentation des plaideurs en justice. Le créancier, qui savait devoir être absent à l'époque à laquelle son action aurait besoin d'être exercée, ne pouvant aller contre la loi qui lui défendait de confier l'exercice de son action à un tiers, se tirait d'embarras en faisant intervenir un *adstipulator* qui, considéré comme personnellement créancier envers le débiteur, pouvait poursuivre ce dernier au jour de l'échéance, sauf à rendre compte au créancier principal, son véritable mandant.

2428. Dans les deux hypothèses que nous venons d'examiner, l'*adstipulator* remplissait, en fait, un véritable mandat ; mais il différait du mandataire ordinaire en ce qu'il n'était pas obligé d'employer les formes suivies par le mandant, et qu'il pouvait même, dans une certaine limite, modifier le fonds de la convention.

(Gaïus, C. III, § 112.) « Du reste, l'adstipulateur peut employer d'autres paroles que celles dont s'est servi le stipulant. Si, par exemple, j'ai stipulé ainsi : Vous engagez-vous à donner ? l'adstipulateur peut dire : Promets-tu la même chose ? ou : Te rends-tu fidéjusseur pour la même chose ? — ou à l'inverse. »

(Gaïus, C. III, § 113.) « L'adstipulateur peut stipuler moins que le stipulant, mais non davantage ; si donc j'ai stipulé dix sesterces, l'adstipulateur peut en stipuler cinq ; il n'en peut stipuler plus de dix ; si j'ai stipulé purement et simplement, il peut stipuler conditionnellement ; mais si j'ai stipulé sous condition, il ne peut

stipuler simplement, car le plus ou le moins se trouve non-seulement dans la quantité, mais encore dans le temps; c'est donner plus, en effet, que de donner sur-le-champ; c'est donner moins que de donner après un certain temps. »

2429. D'après ce qui précède, on pourrait croire que l'adstipulant est toujours traité, sauf comptes à rendre, comme s'il était créancier principal; il n'en est pas ainsi, et le paragraphe suivant nous montre, par sa seule lecture, combien les conséquences de l'*adstipulatio* sont différentes de celles de l'obligation principale :

(Gaïus, C. III, § 114.) « Relativement aux adstipulateurs, on observe certaines particularités, car l'héritier de l'adstipulateur n'a pas d'action; de même, l'esclave ne peut être adstipulateur, bien qu'en toute autre circonstance il acquière à son maître par stipulation; il en faut dire autant de celui qui est sous le *mancipium*, car il est regardé comme esclave; mais celui qui est sous la puissance de son père fait un acte valable; cependant il n'acquiert pas à son père, quoique, dans tout autre cas, en stipulant il acquière pour son père; et les actions ne lui compètent que s'il est sorti de la puissance de son père sans diminution de tête, comme par la mort de son père ou son élévation à la dignité de flamine; ceci est applicable à la fille de famille et à la femme *in manu*. »

2430. Tous les caractères qui précèdent proviennent de ce que l'*adstipulatio* contient un véritable mandat confié par le stipulant principal. De ceci résulte : 1° que le mandat étant personnel à celui qui le reçoit, nul ne peut jouer le rôle d'*adstipulator* s'il n'a pas, de son propre chef, l'aptitude à acquérir une créance; c'est pourquoi notre texte précédent refuse cette capacité dérivée à l'esclave et à l'homme *in mancipio*, tandis qu'il l'accorde aux personnes placées sous la puissance paternelle et la *manus;* toutefois, à l'égard de ces dernières personnes, il faut remarquer qu'en vertu d'une règle générale elles ne peuvent faire valoir la créance en justice, tant qu'elles sont *alieni juris*, mais seulement quand elles sont devenues *sui juris* sans *capitis deminutio*. — 2° Le *vinculum juris*, résultant de l'*adstipulatio*, est personnel, comme le mandat, à la personne même de l'*adstipulator* d'où résulte qu'il cesse de produire ses effets, si ce dernier meurt ou subit une *capitis deminutio*. — 3° L'*adstipulator*, à la différence des créanciers ordinaires, n'est pas libre de s'abstenir; il doit poursuivre en justice l'exécution de l'obligation, toutes les fois que le stipulant en est empêché.

2431. Enfin l'adstipulateur, étant, vis-à-vis du débiteur, absolument maître de la créance, peut l'éteindre par novation ou par *acceptilatio;* mais, dans ce cas, il sera tenu de réparer, à l'égard

du créancier principal, le préjudice causé par la disparition de la créance, et cette obligation pourra même être considérée comme née *ex delicto;* c'est ce que décide formellement Gaïus (C. 3) : « § 215. Le second chef de la loi Aquilia est relatif à l'adstipulateur qui, en fraude du stipulant, a libéré le débiteur par acceptilation ; on donne contre lui une action jusqu'à concurrence de la somme dont il a fait remise.

« § 216. Il est certain que cette action avait été introduite, à titre de dommage, par ce second chef de la loi ; mais elle ne fut pas nécessaire, puisque l'action de mandat pouvait suffire, si ce n'est qu'on agit au double, en vertu de cette loi, contre celui qui nie. »

2432. Nous avons vu, au début de cette petite matière, que l'*adstipulatio* avait une double utilité : 1° valider une stipulation qui eût été nulle, en droit civil, en vertu du principe que les actions ne peuvent prendre directement naissance pour ou contre les héritiers, du chef de leur auteur ; 2° permettre (sous les actions de la loi) au stipulant, de faire, en fait, exercer son action par un tiers, malgré la règle : *Nemo alieno nomine lege agere potest.*

2433. Cette double utilité devint successivement sans emploi : d'abord, avec la suppression de la procédure des actions de la loi, disparut la règle de la non-représentation en justice, et par suite la seconde utilité de l'*adstipulatio ;* ensuite la nullité des obligations contractées *post mortem*, *pridie quam moriar*, etc., fut bientôt couverte par une législation moins formaliste ; de telle sorte que, sous Justinien, il serait impossible de concevoir un seul cas d'application de l'*adstipulatio ;* c'est pourquoi l'on ne trouve aucun détail sur cette modalité de la stipulation dans le droit de Justinien.

§ III. — *ADPROMISSORES*

2434. L'*adpromissio* est une espèce d'*intercessio.*

Examinons donc rapidement ce que les Romains entendaient par *intercedere.*

I. — De l'intercessio.

2435. 1° *Généralités.* — Il y a *intercessio* toutes les fois qu'un tiers, sans intérêt personnel, s'adjoint à l'obligation d'autrui pour la corroborer, ou y substitue sa propre obligation, cas auquel il y a novation par changement de débiteur. (L. 4, C. 4, 29.)

2436. Ainsi l'*intercessio* suppose nécessairement la réunion des conditions suivantes : 1° il faut que nous intervenions volontairement et sans y être tenus ; 2° il faut qu'il y ait, de notre part, *obli-*

gation contractée; c'est pourquoi le payement fait pour le compte d'autrui ne serait pas une *intercessio;* 3° il faut que l'obligation, que nous nous imposons, soit celle d'un autre, et soit conclue avec le créancier de la personne pour laquelle nous intervenons. (L. 19 pr. L. 1. L. 4, § 1, L. 13 pr., C. 4, 29, L. 3, L. 2, § 5, L. 8, § 1, L. 5, L. 4 *in fine*, L. 21, § 1, D. 16, 1.)

2437. On pourrait diviser les *intercessores* en deux catégories : les unes *privatives*, les autres *cumulatives*, selon que le débiteur principal est remplacé, dans l'obligation, par l'intercédant, ou qu'il continue à rester obligé en même temps que ce dernier. On pourrait encore distinguer : l'*intercessio* qui oblige personnellement l'intercédant, et celle qui oblige seulement ses biens.

Au point de vue de la première division, parmi les six modes d'*intercedere* que nous allons examiner, les quatre premiers constituent une *intercessio cumulative;* les deux derniers, une *intercessio privative.*

Au point de vue de la seconde division, la constitution du gage ou de l'hypothèque se distingue des cinq autres modes en ce qu'elle n'oblige que les biens de l'intercédant.

On peut *intercedere* au moyen des six modes suivants :

2438. 1° En se portant *adpromissor*, c'est-à-dire en s'obligeant *verbis* accessoirement à un débiteur principal, qui demeure obligé, et dont on garantit seulement la dette. — Cette *adpromissio* est une matière générale qui comporte elle-même trois subdivisions, suivant qu'il y a : *sponsio; fidepromissio; fidejussio.* — Nous reviendrons bientôt sur ces trois obligations accessoires verbales, pour l'explication desquelles ces observations préliminaires étaient nécessaires. (L. 5, § 2. D. 45, 1; Gaïus, C. III, §§ 115 à 123.)

2439. 2° En se portant *mandator pecuniæ credendæ.* — Voici en quoi consiste cette opération. Secundus a besoin d'emprunter de l'argent, et s'adresse à Primus qui demande une garantie; je puis, dans l'intérêt de Secundus, soit me porter *adpromissor* dans l'obligation qu'il va contracter, soit donner à Primus mandat de prêter l'argent à Secundus. Primus sera dès lors doublement assuré du remboursement de ses avances, puisque, d'une part, il peut directement poursuivre Secundus, et que, d'autre part, il peut se retourner contre moi, son mandant apparent, qui suis responsable envers lui des conséquences du mandat qu'il a exécuté pour moi.

2440. 3° En prenant jour, dans la forme du *constitut*, à l'effet de payer la dette d'autrui. (L. 1, D. 13, 5; *Inst. Jus.* §§ 8 et 9, IV, VI.) Nous renvoyons, pour cette matière, à l'*actio constitutæ pecuniæ.*

2441. 4° En constituant un gage ou une hypothèque garantis-

sant la dette d'autrui. — Nous ne reviendrons pas sur cette matière, qui a été traitée dans le 1er volume. (Nos 1097 à 1106 et 1118 à 1127.)

2442. 5° En se portant *expromissor*, c'est-à-dire en s'obligeant *verbis* au lieu et place d'un débiteur qui se trouve dès lors libéré. — C'est une novation par changement de débiteur. (*Inst. Jus.*, § 3, III, XXIX ; § 41, II, I ; L. 4, C. 4, 29.)

2443. 6° En défendant en justice au nom d'un tiers. (M. Accarias, T. II, p. 373.)

2444. D'après ce qui précède, on voit que l'élément constitutif de l'*intercessio* est la volonté, chez l'intercédant, de garantir ou d'endosser complétement une obligation préexistante. Ceci posé, il faudra toujours, pour savoir si, oui ou non, l'intervention d'un tiers a le caractère d'un *intercessio*, examiner si cette intervention se produit *dans l'intérêt d'autrui*, débiteur principal ou primitif. Si, en effet, j'accède, avec les apparences d'un *intercessor*, à l'obligation contractée par un tiers, mais si cette opération n'a d'autre but que mon intérêt personnel, bien que je m'engage pour autrui ou à la place d'autrui, j'agis *in rem meam*, et conséquemment il n'y a pas réellement *intercessio*. (L. 5 pr. et § 1, D. 34, 3 ; v. aussi L. 29 pr., D. 16, 1.)

Par contre, telle opération, qui ne présente aucun des caractères ordinaires de l'*intercessio*, sera néanmoins considérée comme telle, s'il est démontré qu'un des contractants a entendu s'obliger, non pour lui-même, mais dans l'intérêt d'autrui.

Néanmoins l'*intercessio* se présume dans l'obligation contractée pour autrui, tandis que la présomption inverse émane d'une obligation que l'on contracte pour soi-même.

2445. Quoi qu'il en soit, il faut bien remarquer que les détails précédents ne sont pas simplement des considérations théoriques ; en effet, suivant que telle opération sera ou non considérée comme une *intercessio*, les effets pratiques de cette opération seront entièrement différents.

Entre autres effets considérables, nous allons voir qu'il est certaines personnes auxquelles l'*intercessio* est interdite ; ces personnes sont les esclaves et les femmes.

2446. 2° *Intercessio de l'esclave.* — Nous supposons, bien entendu, un esclave ayant un pécule. En effet, s'il n'en a pas, il ne peut obliger son maître d'aucune façon, sauf *ex delicto* jusqu'à concurrence de sa propre valeur. (*V. action noxale.*)

L'esclave ayant un pécule peut, au contraire, nous le savons, obliger son maître, même par ses contrats, jusqu'à concurrence de ce pécule ; c'est là une règle générale du droit prétorien, que nous

retrouverons dans le troisième livre de cet ouvrage, en parlant de l'action *de peculio*.

Mais cette règle, qui s'applique sans difficulté à toutes les obligations principales contractées par l'esclave, cesse de produire son effet s'il s'agit d'obligations accessoires constituant une *intercessio*. (L. 3, §§ 5 et 6, D. 15, 1.) Cette prohibition, pour l'esclave, d'*intercedere*, était motivée, non pas, comme le prétendent certains interprètes, parce que l'esclave était trop peu intéressé à la conservation de son pécule, mais parce que l'esclave, — comme la femme, pour l'hypothèque, — peut ne pas apprécier suffisamment les conséquences d'un acte qui ne l'entraîne pas à une *dépossession* immédiate ou à un versement d'espèces séance tenante. Celui qui intercède, en effet, peut parfaitement supposer que le débiteur principal payera, et que, par conséquent, l'*intercessio* n'aura pour lui-même aucune conséquence onéreuse.

2447. 3° *Intercessio de la femme : sénatus-consulte Velléien.* — Les mêmes motifs qui viennent d'être étudiés avaient conduit à défendre, législativement, l'*intercessio* aux femmes. Cette disposition législative date probablement du règne de Claude, mais à une époque antérieure à la mort de Vespasien, et fut rendue sur la proposition de Marcus Silanus et de VELLÉIUS *Tutor*, empruntant ainsi le nom d'un seul de ses auteurs. — Ce sénatus-consulte ne fit d'ailleurs que consacrer une jurisprudence antérieure (L. 2, § 1. D. 16, 1) établie moins peut-être dans l'intérêt des femmes et de leur fortune que pour les empêcher d'exercer une influence dans la cité. C'est ce respect jaloux des prérogatives *masculines* qui se retrouve dans plusieurs dispositions de la loi romaine, et notamment dans les prohibitions de la loi Cincia. Toutefois, si les Romains étaient toujours dominés par ce désir de restreindre l'influence possible des femmes, il est curieux de constater la finesse avec laquelle ils masquaient ce sentiment intime sous le manteau des grandes considérations de droit public ; c'est ainsi que, en ce qui concerne spécialement l'*intercessio*, le sénatus-consulte lui-même explique sa décision rigoureuse par ce motif, que l'*intercessio* rentre dans les *officia virilia*, auxquels la femme ne saurait participer d'une façon décente.

Laissons le sénatus-consulte donner des motifs plus ou moins enfantins, et, sans lui opposer que la *coemptio* est bien autrement exclusive de cette réserve qu'il considère comme inhérente à la femme, bornons-nous à parcourir les différentes prescriptions secondaires qui, jusqu'à Justinien, régissent cette matière.

2448. Toute *intercessio* de la femme, quelle que soit la forme

qu'elle ait revêtue, tombe sous l'application de la loi nouvelle, et est, d'ores et déjà, radicalement nulle. (L. 8, § 14; L. 19, D. 16, I.) Mais pour cela il faut, bien entendu, que cette intervention de la femme ait le véritable caractère de l'*intercessio*, celui d'être faite *dans l'intérêt d'autrui*, et à titre d'obligation accessoire.

Ce qui précède est très-important : en effet, si la femme n'a entendu, en intercédant pour un tiers, que faire sa propre affaire à elle-même, cet acte ne tombe plus sous l'application du sénatus-consulte Velléien, puisqu'il manque du caractère essentiel à l'application de ses prohibitions. Dans ce cas, si l'*intercessio* de la femme a pour conséquence directe ou indirecte, mais voulue, de lui profiter exclusivement à elle-même, l'acte sera parfaitement valable, car elle a la pleine liberté d'agir *in rem suam*, sous une forme ou sous une autre. (L. 13 pr.; L. 25, § 1. D. 16, I.)

2449. La combinaison de ces deux principes absolument opposés s'appliquera, avec des effets parfaitement déterminés, au cas où un même acte, de la part de la femme, donnerait lieu aux deux résultats que nous avons indiqués plus haut. — Ainsi la femme a intercédé pour un tiers, et il se trouve qu'en agissant ainsi elle avait une double intention : d'abord faire sa propre affaire, pour une partie, ensuite agir dans l'intérêt du tiers, pour l'autre partie? Sans aucun doute on appliquera simultanément les deux principes, et le sénatus-consulte Velléien viendra frapper de nullité la portion de l'*intercessio* exclusivement faite dans l'intérêt du tiers, laissant subsister, dans toute sa force, la portion de cette *intercessio* qui n'a d'autre but que de sauvegarder les intérêts de la femme.

2450. Ainsi, dans cette matière, on peut dire, d'une façon absolue, que la forme de l'acte n'arrive qu'en second ordre, et que, pour apprécier si les prescriptions du sénatus-consulte Velléien s'appliquent ou non à un acte de la femme, il faut considérer quelle a été l'intention des contractants : si la femme a entendu faire sa propre affaire, l'acte est valable; si elle a entendu faire l'affaire d'autrui, l'acte est nul.

2451. Mais il faut bien vite remarquer que l'acte de la femme n'est ainsi annulé, quand il est fait en faveur d'autrui, que s'il a les caractères essentiels de l'*intercessio*, c'est-à-dire s'il constitue une obligation contractée par la femme, personnellement ou sur ses biens, tout en laissant subsister une obligation principale. En effet, la femme est parfaitement libre de s'appauvrir, si cela lui convient, et d'aliéner ses biens, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit. Dès lors, si la femme, en intercédant en fait pour un tiers, a entendu soustraire ce tiers aux conséquences d'une dette contractée, ou lui

faire remettre une somme d'argent, etc., etc., le tout à *titre gratuit*, c'est-à-dire sans esprit de recourir jamais contre ce tiers en remboursement des déboursés faits par suite de l'*intercessio*, il est bien évident que cet acte sera aussi valable qu'une donation proprement dite faite par cette femme en faveur d'un tiers. (L. 4, § 1, L. 5. L. 24, D. 16, I.)

Ces considérations nous permettent de parfaitement analyser les véritables motifs qui ont inspiré la jurisprudence dont le sénatus-consulte Velléien n'a été que l'indiscutable consécration. Outre le désir de restreindre le rôle de la femme dans la cité, désir qui, selon moi, a été le principal mobile du législateur romain, on a voulu également protéger la femme contre des entraînements, contre des engagements dont son inexpérience juridique n'était pas capable de bien apprécier les conséquences. En effet, si chacun comprend très-bien qu'en faisant une donation, qu'en s'engageant à payer une somme sans esprit d'en poursuivre le remboursement, il diminue ou grève d'une façon certaine son patrimoine, on peut très-bien se tromper sur les conséquences d'un cautionnement, ou d'une *adpromissio;* on est disposé à croire que l'obligé principal payera, et par conséquent on n'entrevoit que comme une éventualité presque irréalisable la possibilité d'un sacrifice personnel. C'est pourquoi tel refusera énergiquement de faire une donation, de s'obliger directement *hic et nunc*, qui n'hésitera pas à garantir la dette d'un autre, se disant qu'il y a bien peu de chances pour être poursuivi soi-même, quand on ne peut l'être qu'en cas d'insolvabilité d'un débiteur principal, que naturellement on croit solvable.

2452. C'est exactement dans le même ordre d'idées que, avant la réforme de Justinien, la femme avait le droit d'aliéner le fonds dotal, tandis qu'il lui était défendu de l'hypothéquer; que, au temps de la tutelle des femmes nubiles, elles ne pouvaient s'obliger sans l'*auctoritas tutoris*, tandis qu'elles pouvaient aliéner par elles-mêmes les *res nec mancipi;* autrement dit, toutes les fois qu'un acte de la femme a une conséquence parfaitement appréciable, payement, aliénation, etc., elle peut le faire valablement; mais elle cesse de pouvoir agir valablement, si l'acte qu'elle accomplit peut avoir des conséquences encore indéterminées et sur l'importance desquelles on peut se faire des illusions, quand on n'est pas initié aux rouages des intérêts humains.

2453. Lorsque la femme a *intercédé* pour autrui, malgré les prohibitions du sénatus-consulte Velléien, cette *intercessio* illicite n'est pas nulle de plein droit. Dès lors, comme dans toutes les

hypothèses où le contrat est seulement annulable, la femme qui aura intercédé sera exposée à une action dirigée contre elle par le créancier. Pour se défendre contre cette action, elle opposera une exception tirée précisément du sénatus-consulte Velléien, et appelée pour cela : *exceptio senatus-consulti Vellejani.* — Cette procédure n'offre aucune difficulté, et rentre dans cette règle générale d'après laquelle un acte qui n'est pas nul de plein droit, mais qui cependant est contraire à une prescription formelle de la loi, est invalidé, en fait, par voie d'exception opposée au demandeur.

2454. Ce n'est pas tout. En effet, l'*exceptio senatus-consulti Vellejani* ne pouvait être utile que si elle était opposée à une action intentée par le créancier ; dès lors, comment protéger la femme, si, ignorante du recours que lui offrait la loi, elle avait purement et simplement payé le créancier? Ici, plus d'exception possible, et n'était-ce pas aller bien loin que de protéger les intérêts de la femme par voie d'action? C'est pourtant ce qui fut décidé, et la femme, qui avait payé par erreur, était autorisée à réclamer ce qu'elle avait indûment payé, par la *condictio indebiti.* (L. 40, pr. D. 126.) De ceci, il faudrait conclure qu'il n'y avait point en réalité de dette de la part de la femme ; qu'il n'y avait même pas d'obligation naturelle, puisque, ainsi que nous le verrons, la seule sanction de l'obligation naturelle est précisément de ne point laisser prise à la *condictio indebiti*, au cas de payement spontané. — En d'autres termes, l'application de la *condictio indebiti* au payement fait par suite de l'*intercessio* permettrait de dire que l'*intercessio* de la femme ne produit ni obligation civile ni même obligation naturelle ; qu'il n'y a rien de fait ; qu'en d'autres termes l'*intercessio* est nulle : *inanis, sine effectu.* (L. 8, §§ 9 et 12. D. 16, I.) — Mais si elle est nulle, elle ne devrait pas pouvoir servir de base à une action, et cependant nous avons vu plus haut qu'il avait fallu sanctionner le sénatus-consulte Velléien, par une exception à opposer à la demande du créancier.

Il y a évidemment là une théorie mal digérée, qu'il suffit de constater dans ses effets [1].

---

1. M. Accarias a été évidemment préoccupé de cette confusion dans une seule matière de deux principes exclusifs l'un de l'autre : *nullité* et *annulabilité*... « Cela signifie que la prohibition opère *ipso jure?* En aucune façon. Donc, si nous supposons que le créancier sollicite une formule d'action, nous aurons l'un des deux résultats suivants : ou le magistrat reconnaîtra que l'obligation de la femme constitue une *intercessio*, et que cette *intercessio* ne rentre dans aucun des cas exceptionnels où elle doit être validée, et alors, par application d'une règle générale, il refusera l'action ; ou, au contraire, l'un de ces deux points paraîtra douteux, et il délivrera la formule, mais en y insérant l'exception tirée du sénatus-consulte. » (T. II, p. 377.)

2455. Remarquons que cette nullité mixte de l'*intercessio* de la femme peut être invoquée, non-seulement par elle-même, mais aussi par ses héritiers, ses mandataires, ses fidéjusseurs, même quand ces derniers ont accédé à son obligation *animo donandi*, c'est-à-dire sans esprit de recours ultérieur. (L. 16, § 1, L. 14. D. 16, 1.)

2456. Nous venons d'examiner les rapports de la femme et du créancier ; reste à étudier les rapports du même créancier avec le tiers pour lequel la femme était intervenue. — Les résultats seront différents selon les modes d'*intercessio* que la femme aura employés : 1° si l'*intercessio* s'est produite en la forme d'un engagement accessoire, elle suivra isolément le sort que lui assigne le sénatus-consulte Velléien, et l'obligation principale ne sera aucunement modifiée par cette obligation avortée ; 2° si la femme *intercedens* s'est constituée *expromissor*, c'est-à-dire si elle s'est substituée à la dette de l'ex-débiteur, le créancier, ayant ainsi perdu son ancienne action, sans en recouvrer une nouvelle contre la femme, serait lésé, si le préteur ne faisait revivre, en fait, l'ancienne action en sa faveur, sous forme d'action utile dite *restitutoria* ou *rescissoria* (L. 8, §§ 7 à 9. L. 16. D. 16, 1), et cela naturellement contre le ou les débiteurs primitifs (LL. 14, 20 et 32, § 3. D. 16, 1) ; 3° enfin, ce qui se présente plus rarement, si la femme avait déguisé son *intercessio* en faveur d'un tiers, par la combinaison d'un contrat qui n'implique pas *intercessio*, un *mutuum* par exemple, ce tiers, bien qu'il soit, en fait, resté en dehors de tout lien de droit, sera poursuivi par l'action même qui n'a pu prendre naissance contre la femme. (L. 8, § 14. D. 46, 1.)

2457. *Innovations de Justinien.* — Justinien modifia les principes qui viennent d'être exposés, en deux points importants : 1° l'*intercessio* de la femme sera inattaquable, lorsque, majeure de vingt-cinq ans, après deux ans écoulés depuis l'*intercessio*, elle confirmera cette dernière, soit par écrit, soit par la constitution d'une sûreté quelconque (L. 22. C. 4, 29) ; 2° bien plus, l'obligation sera valable dès le début et d'une manière absolue, si elle est constatée par un acte public, signé de trois témoins spécifiant que la femme a reçu quelque chose comme prix de son intervention. (L. 23. C. 4, 29.) Ce qui revient à dire qu'on peut éluder le sénatus-consulte Velléien, par une simple formalité et une mention de style. C'est, comme le dit spirituellement M. Accarias, éluder la prohibition par un mensonge solennel.

2458. Toutefois ces modifications favorables à l'*intercessio* cessent de s'appliquer dans un cas : c'est s'il s'agit d'une *intercessio* de la

femme en faveur de son mari; dans cette hypothèse, l'*intercessio* est absolument nulle dès le début, et ne pourra jamais être validée, malgré toutes les énonciations et toutes les ratifications. (Nov. 134, cap. 8.)

2459. Dans ce droit de Justinien, il est facile de voir que l'incapacité de la femme n'a d'autre but que de garantir sa dot contre les dissipations du mari, les complaisances ou les faiblesses de la femme.

2460. II. **Division des adpromissores en trois classes.** — Nous avons vu que l'*adpromissio*, ou cautionnement, était l'acte par lequel une personne s'oblige *verbis*, accessoirement à un obligé principal dont elle garantit la dette.

Avant Justinien, on distinguait trois classes d'*adpromissores* : les SPONSORES, les FIDEPROMISSORES, les FIDEJUSSORES.

C'est ce que nous apprend Gaïus d'une façon formelle dans son *Commentaire* III, § 115 : « D'autres personnes peuvent aussi s'obliger avec le débiteur principal : on distingue les *sponsores*, les *fidepromissores* et les *fidejussores*. »

La *sponsio* était la forme la plus ancienne de constituer des débiteurs accessoires ; elle était, comme la *mancipatio*, réservée aux seuls citoyens romains, et exigeait l'emploi de la langue latine. Nous avons déjà vu cet exclusivisme en étudiant les différentes formules par lesquelles on pouvait stipuler, et nous avons vu notamment que la stipulation en la forme : *Spondesne? Spondeo*... étai réservée aux seuls citoyens romains, et ne pouvait être faite en une langue étrangère.

Le *sponsor* était, après l'engagement de l'obligé principal, interrogé en ces termes : « *Idem dari spondes?* » Il répondait : « *Spondeo*, » et devenait ainsi personnellement débiteur, tenu de payer immédiatement, si plus tard le débiteur principal ne satisfaisait pas à ses engagements. (Gaïus, III, §§ 116 et 93.)

De même que la *sponsio* était exclusivement réservée aux citoyens romains, la *fidepromissio* était, au moins dans le principe, réservée aux rapports entre citoyens romains et pérégrins ; puis, comme ce dernier mode de contracter était très-commode, la jurisprudence finit par l'adopter, même quand aucune des parties contractantes n'était étrangère à la cité. — On comprend que la *fidepromissio* pouvait toujours être formulée en langue étrangère ; quand on employait la langue latine, on interrogeait en ces termes : « *Idem fidepromittis* ? » Et le *fidepromissor* répondait : « *Fidepromitto*. » (Gaïus, III, § 116.) La *fidejussio*, comme la *fidepromissio*, n'était pas exclusivement réservée aux citoyens romains, et pouvait être énoncée en

une langue étrangère. (Gaïus, C. III, § 116.) Justinien se donne la peine de nous donner la formule grecque (*Inst.*, III, xx, § 7) :

La fidéjussion peut être valablement faite en langue grecque et de la manière suivante : Τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, θέλω, λέγω *sive* βούγομαι. Au reste, si le fidéjusseur dit : Φημι, cela revient au même que s'il eût dit Λέγω.

Les trois façons différentes d'intercéder, que nous venons d'examiner sommairement, et qui, outre les différences de formes qui viennent d'être étudiées, diffèrent entre elles sous certains autres points de vue, se ressemblent cependant, non-seulement par leur but identique : *cautionner la dette d'autrui*, mais aussi par certaines règles capitales qui les régissent toutes uniformément.

2461. 1° *Règles communes.* — Ces règles communes aux différentes classes d'*adpromissores* sont les suivantes :

2462. 1° Une *loi Cornélia* avait restreint, dans certaines circonstances, la faculté de cautionner. C'est ce que nous apprennent les deux §§ suivants de Gaïus (C. III) : « § 124. Le bénéfice de la loi Cornélia (an de Rome 673) est commun à tous : cette loi défend de s'obliger pour le même débiteur, envers le même créancier, dans la même année, pour plus de vingt mille sesterces d'argent prêté [1] ; et si un *sponsor* ou un *fidepromissor* s'est obligé pour une plus forte somme, cent mille sesterces, par exemple, il ne sera pas tenu. Nous entendons par argent prêté, non-seulement celui que nous donnons pour faire crédit, mais encore celui qu'on s'engage à rendre en contractant une obligation, c'est-à-dire celui qui entre dans une obligation non conditionnelle. C'est pourquoi nous regardons comme argent prêté celui que nous stipulons *à terme*, parce qu'il est certain que cet argent sera dû, bien qu'on ne le puisse demander qu'après un certain temps. — Nous entendons par argent (*pecunia*) toutes sortes de choses (*in commercio*) [2] ; ainsi, lorsque nous stipulons du vin, du blé, un fonds de terre ou un esclave, la loi Cornélia doit être observée. — § 125. Dans quelques cas, cependant, cette loi permet de stipuler à l'infini des cautions, comme si on reçoit caution pour cause de dot, et pour ce qui vous est dû en vertu d'un testament, ou si on la reçoit par ordre du juge ; d'un autre côté, la loi sur le vingtième des hérédités défend qu'on applique la loi Cornélia aux satisdations qui sont proposées par elle. »

2463. Il n'est plus question de la loi *Cornélia* aux *Institutes*, et, par conséquent, Justinien est revenu au droit ancien, qui ne limi-

---

1. Environ 4,000 francs.
2. L. 222. D. 50, 16 ; — L. 16. L. 2, § 1. C. 4, 18.

tait aucunement la faculté de cautionner des tiers débiteurs. — Il est même assez difficile de comprendre le véritable motif qui a inspiré la loi Cornélia ; en effet, si, au premier abord, elle paraît avoir pour but de limiter le crédit du débiteur, et de protéger les *intercessores* contre les entraînements de cautionnements dont ils ne pouvaient pas toujours bien calculer les conséquences définitives, il faut bien reconnaître que ce but n'était pas réellement atteint: parce que, d'un côté, un débiteur pouvait se faire cautionner pour une somme considérable, s'il répartissait le montant du cautionnement entre plusieurs *adpromissores*, et que, d'un autre côté, tout individu pouvait prendre des engagements infinis, sous forme de cautionnement, en ayant la précaution de se tenir dans les termes de la loi Cornélia, et de ne pas cautionner plus de 20,000 sesterces, la *même année*, en faveur du *même individu*.

2464. On ne sait d'ailleurs quelle était la sanction de la loi *Cornélia*. L'*adpromissio* exagérée était-elle nulle ou simplement réductible? Était-elle nulle *ipso jure* ou *exceptionis ope*? Laissait-elle subsister une obligation naturelle ? Nous ne le savons pas, non plus que l'époque précise à laquelle elle disparut pour laisser la jurisprudence revenir à ses anciennes traditions.

2465. Pour terminer l'explication des textes de Gaïus, cités plus haut, disons que cette *loi du vingtième*, dont parle le § 125, n'était autre qu'une loi Furia, portée en l'an 750 de Rome, et qui prélevait un vingtième (un dixième à partir de Caracalla) sur les hérédités.

2466. 2° La seconde règle commune aux trois classes d'*adpromissores* nous est indiquée par le § suivant de Gaïus, C. III, § 126 : « La condition des *sponsores*, *fidepromissores* et *fidejussores* est la même, en ce qu'aucun ne peut s'obliger pour une dette plus forte que la dette principale, et en ce que, à l'inverse, ils peuvent s'obliger pour une dette moindre, comme nous l'avons dit au sujet de l'adstipulateur; car leur obligation, comme la créance de l'adstipulateur, est l'accessoire de l'obligation principale; et l'accessoire ne peut être plus étendu que le principal. »

Les *Institutes* nous donnent une théorie plus complète encore sur cette matière :

§ 5. « Les fidéjusseurs ne peuvent contracter une obligation plus étendue que ne l'est celle du débiteur principal : car leur obligation n'est qu'un accessoire de l'obligation principale ; et l'accessoire ne peut pas contenir plus que le principal. Mais, à l'inverse, ils peuvent contracter une obligation moins étendue. Si, par exemple, le débiteur principal a promis dix écus d'or, le fidéjusseur peut ne s'obliger que pour cinq; mais il ne peut s'obliger pour dix, quand la dette principale n'est que de cinq. Pareillement, si le débiteur principal a

promis purement et simplement, le fidéjusseur peut ne s'obliger que sous condition ; mais il ne peut s'obliger purement et simplement quand l'obligation principale est conditionnelle. L'obligation est réputée plus ou moins étendue, non-seulement à raison de la quotité de ce qui est promis, mais aussi à raison du terme fixé pour le payement : car l'obligation de donner une chose de suite est plus étendue que celle de ne la donner qu'après un certain délai. »

2467. Cette règle que « *plus in accessione esse non potest quam in principali re* » ne doit pas être étendue au delà des limites des textes ; en effet, elle s'applique sans difficulté au cas où l'*adpromissor* aurait promis une somme supérieure au montant de l'obligation principale, ou aurait promis, purement et simplement, là où l'obligation principale était à terme ou conditionnelle ; mais elle ne s'appliquera pas à certaines hypothèses dans lesquelles l'*adpromissor* contractera, en fait, une dette plus lourde que celle de l'obligé principal : tel est, par exemple, le cas de celui qui a cautionné une *obligation naturelle;* cette dernière en effet ne pourrait être poursuivie, par voie d'action, contre le débiteur naturel, et cependant celui qui l'aura cautionnée sera poursuivi pour le tout. On voit donc que, dans ce cas, contrairement au principe général, dont la manifestation paraît résulter des textes expliqués plus haut, l'obligation accessoire peut être plus onéreuse que l'obligation principale.

2468. Ici encore il faut se poser cette question : si, en fait, l'*adpromissor* est engagé *in duriorem causam*, son engagement sera-t-il nul, ou, au contraire, simplement réductible? La question est controversée.

2469. M. Demangeat (t. II, p. 316) combat ainsi l'opinion de ceux qui admettent la nullité d'un tel cautionnement : « Ceux qui soutiennent que l'engagement est complétement nul invoquent surtout les expressions d'Ulpien : *Si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari... Si reus sub conditione sit acceptus, fidejussor pure... non obligabitur.* J'ai beaucoup de peine à croire qu'Ulpien se soit arrêté à cette opinion rigoureuse. Quand je stipule de vous 10, si vous promettez 20, le contrat se forme, et vous êtes lié jusqu'à concurrence de 10 : cela ne nous autorise-t-il pas à dire que, si, créancier de 10, je vous reçois comme fidéjusseur pour 20, vous serez tenu comme fidéjusseur dans la limite où vous pouvez l'être? Remarquez, d'ailleurs, qu'Ulpien, au commencement du texte qui nous occupe, ne se borne pas à parler des fidéjusseurs; il parle de *universi qui pro aliis obligantur*. Ces expressions comprennent certainement l'homme *qui constituit se soluturum pro alio;* or, à propos du constitut, que dit précisément Ulpien? *Si quis,*

centum aureos debens, ducenta constituat, in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita est... » (L. 11, § 1, D. 13, 5.)

2470. Cette opinion est vivement contredite par quelques commentateurs, et notamment par MM. Labbé et Accarias. D'après eux, l'obligation du fidéjusseur, si elle est conçue *in duriorem causam*, n'est pas seulement réductible, mais *absolument nulle* pour le tout. En effet, la fidéjussion n'est-elle pas un contrat de droit strict, qui, à ce titre, est valable pour le tout, ou nul pour le tout, sans qu'il puisse être modifié ou réduit? d'un autre côté, n'est-il pas dans le caractère de la législation romaine d'avoir de ces sévérités pour les actes dépassant la mesure qu'ils comportent, puisque, dans une autre matière, la *pluspetitio*, le créancier perd tout son droit s'il demande en justice plus que ce qui lui est dû ?

2471. Au milieu de ce conflit, grave par la science des contradicteurs, je dirai que je ne suis pas extrêmement ému des derniers arguments que je viens d'exposer ; — sans discuter autrement cette question, je rappelle seulement que la nécessité d'une concordance complète, entre la demande et la réponse, n'est pas une règle absolument indispensable à la validité des stipulations, et nous avons même vu plus haut (stip. inutil., nos 2272 et suiv.) que les principes subissaient, sur ce point, des variations importantes; d'un autre côté, quand nous étudierons la sanction de la *plus-pétition*, nous verrons qu'il n'y a aucune analogie à établir entre cette matière, qui constitue une véritable pénalité, et la question qui nous occupe en ce moment. — Je pense donc, en résumé, qu'entre les deux systèmes reproduits plus haut il faut préférer celui qui est enseigné par M. Demangeat.

2472. Dans tous les cas, alors même qu'on admettrait la nullité d'une fidéjussion plus étendue que l'obligation garantie, la réciproque ne serait pas vraie ; en effet, le fidéjusseur peut très-valablement s'obliger *in leviorem causam*, c'est-à-dire, par exemple, cautionner 5, cautionner à terme ou sous condition, — quand l'obligation principale est de 10, ou pure et simple. (*Inst.*, § 5 d. n. t.)

2473. 3° Gaïus signale enfin, comme s'appliquant à tous les *adpromissores*, la faculté accordée à l'*adpromissor*, qui a payé le premier, de se retourner contre l'obligé principal : « Leur condition est encore la même en ce que, si l'un d'eux a payé pour le débiteur principal, il a contre lui l'action de mandat pour recouvrer ce qu'il a déboursé..... » (C. III, § 127.) On comprend très-bien l'action *mandati* donnée dans ces circonstances, car le débiteur principal, en sollicitant l'intervention de l'*adpromissor*, lui a donné un véritable mandat tacite de le cautionner ; c'est

pourquoi Justinien consacre formellement ce droit au profit du fidéjusseur :

§ 6. « Le fidéjusseur qui a payé quelque chose pour le débiteur principal peut agir contre lui par l'action de mandat, pour se faire rembourser. »

2474. Si l'*adpromissor* n'était intervenu que sur le mandat d'une tierce personne, ce serait naturellement contre cette dernière que l'action *mandati* serait intentée.

Mais que décider, si j'ai cautionné spontanément l'obligé principal, sans qu'il l'ait sollicité, et sans qu'un tiers m'ait donné mandat de le faire? — Il faut distinguer : je puis avoir agi dans un sentiment libéral, dans l'intention de gratifier le débiteur principal? Dans cette hypothèse, je n'aurai, si je paie la dette, aucun recours à exercer contre le débiteur principal, puisque l'intention même qui m'a fait agir est exclusive de tout recours. — Au contraire, je puis avoir seulement agi comme *negotiorum gestor*, sans mandat il est vrai, mais sollicité par le désir d'aider momentanémentle débiteur principal ? Dans ce cas, on appliquera les principes généraux, et je pourrai agir par l'action *negotiorum gestorum*.

2475. La question était plus difficile, si j'avais cautionné le débiteur, *malgré sa défense*. Quelques jurisconsultes donnaient, à ce fidéjusseur obstiné, une action utile. Mais en général on lui refusait toute action. Telle était du moins l'opinion de Paul et de Pomponius : « Si je suis intervenu comme fidéjusseur en ta faveur, mais malgré ta défense, — dit Paul, — il n'y a lieu ni à l'action *mandati* ni à l'action *negotiorum gestorum*. Quelques-uns cependant pensent qu'il y a une *action utile*. Je ne suis pas de cet avis ; et telle est l'opinion de Pomponius. » (L. 40. D. 17. 1.) Justinien, du reste, a consacré cette doctrine fort raisonnable, d'après laquelle je ne puis être tenu, à aucun titre, envers une personne qui s'est mêlée, malgré moi, de mes affaires. (L. 24. C. 2. 19.)

Nous verrons tout à l'heure que le *sponsor* était garanti par une action toute particulière, l'*action* DEPENSI.

2° *Différences entre la* FIDEJUSSIO *d'une part, la* SPONSIO *et la* FIDEPROMISSIO *d'autre part.*

2476. Nous avons étudié plus haut (n° 2460 et suiv.) les différences qui existaient entre ces trois espèces d'*adpromissores*, quant à la forme employée. Ce n'est pas tout : en effet, le lien de droit qui résultait de la *fidejussio* différait, sous plusieurs aspects importants, du lien de droit que créait la *sponsio* ou la *fidepromissio*.

Ainsi :

2477. 1° *A*. La *fidéjussion* ne peut garantir qu'une obligation

valable; peu importe d'ailleurs que ce soit une obligation naturelle ou une obligation civile proprement dite. C'est ce que dit formellement Gaïus (§ 119, C. III) : « ... Peu importe que l'obligation principale soit civile ou naturelle ; si bien qu'on garantit par fidéjussion la promesse d'un esclave, soit envers un étranger, soit envers le maître pour ce qui lui est dû. » En effet, l'esclave qui contracte une obligation envers son maître n'est tenu que *naturaliter ;* mais cette obligation naturelle pourra être corroborée par l'adjonction d'un fidéjusseur.

Justinien a reproduit, dans le § 1 de notre titre, la décision de Gaïus, citée plus haut :

« Le fidéjusseur peut garantir une obligation purement naturelle aussi bien qu'une obligation civile, et même la dette naturelle d'un esclave, soit envers un étranger, soit envers le maître lui-même. »

B. La *sponsio* et la *fidepromissio*, au contraire, peuvent cautionner *une dette absolument nulle*, pourvu qu'elle affecte la forme d'une obligation verbale. (Gaïus, C. III, § 119.)

2478. 2° *A*. La *fidejussio* garantit toute obligation : réelle, littérale, consensuelle, *ex delicto*, etc.

§ 1. « On peut se porter fidéjusseur pour une obligation quelconque, réelle, verbale, littérale ou consensuelle. »

B. La *sponsio* et la *fidepromissio*, au contraire, ne peuvent s'appliquer qu'à des obligations principales contractées *verbis*.

Gaïus établit très-bien cette différence, dans son § 119, déjà cité : « ... Les *sponsores* et les *fidepromissores* ne peuvent garantir que des obligations verbales, et cela quoique quelquefois le promettant lui-même ne soit pas obligé, comme lorsqu'un pupille a promis de donner sans y être autorisé par son tuteur, ou lorsque quelqu'un a promis de donner après sa mort ; mais c'est une question de savoir si, un esclave ou un étranger ayant promis, un *sponsor* ou un *fidepromissor* peut s'obliger pour lui. Un fidéjusseur, au contraire, peut garantir toute sorte d'obligations : réelles, verbales, littérales ou consensuelles... »

Il faut remarquer cependant qu'une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose défendait, dans un cas, la *fidéjussion :* c'était s'il s'agissait de l'obligation, par le mari, de restituer à la femme la dot qu'il avait reçue. Cette prohibition subsiste encore au temps de Justinien. (LL. 1 et 2. C. 5, 20.)

2479. 3° *A*. La *fidejussio* pouvait garantir, non-seulement une obligation de *dare*, mais encore une obligation de *præstare* et de *facere*.

B. La *sponsio* et la *fidepromissio* ne pouvaient garantir qu'une obligation de *dare*. (M. Ruben de Couder, p. 418.)

2480. 4° *A*. L'obligation des *fidejussores* ne meurt pas avec eux, et passe à leurs héritiers.

§ 2. « L'obligation du fidéjusseur ne lui est point personnelle ; elle passe à ses héritiers. »

B. L'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores*, au contraire, leur est personnelle, s'éteint par leur mort, et ne passe pas à leurs héritiers.

Cette quatrième différence est très-nettement indiquée par Gaïus : « En outre, l'héritier d'un *sponsor* et celui d'un *fidepromissor* ne sont pas tenus pour ce *sponsor* ou ce *fidepromissor*, à moins qu'il ne s'agisse d'un *fidepromissor* étranger dans le pays duquel on se sert, en ce point, d'un droit autre que le nôtre ; l'héritier d'un fidéjusseur, au contraire, est toujours tenu, comme le fidéjusseur. » (C. III, § 120.)

2481. 5° *A*. L'obligation des *fidejussores* était perpétuelle.

B. Celle des *sponsores* et des *fidepromissores*, au contraire, s'éteignait par le laps de deux ans. C'est ce que dit Gaïus au § 121, C. III : « Les *sponsores* et les *fidepromissores* sont libérés après deux ans, en vertu de la loi Furia [1]... les *fidéjusseurs*, au contraire, sont tenus pour toujours... »

2482. 6° *A*. Comme on le verra plus loin, l'obligation des *fidéjusseurs* ne se divisait pas entre eux, et, jusqu'au rescrit d'Adrien (bénéfice de division), chaque fidéjusseur pouvait être poursuivi pour le tout.

B. Au contraire, l'obligation des *fidepromissores* et des *sponsores* se divisait, de plein droit, entre les *fidepromissores* ou les *sponsores* existant au moment de l'échéance, qu'ils fussent solvables ou non. (*Inst.*, § 4 de n. t. ; Gaïus, C. III, § 121.)

3° *Différences entre la* SPONSIO *et la* FIDEPROMISSIO.

2483. En terminant l'étude des différences qui existent entre l'obligation des *fidéjusseurs* d'une part, et l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* d'autre part, il faut noter deux différences qui existent entre la *sponsio* et la *fidepromissio* : 1° la première, que nous avons déjà vue au début de cette matière, consiste en ce que la *sponsio* n'est accessible qu'aux citoyens romains, tandis que la *fidepromissio* est à la portée des pérégrins ; 2° la seconde, c'est que le *sponsor* avait reçu, de la loi Publilia, contre le débiteur principal, l'action *depensi*, qui croît ou double *adversus inficiantem*, et

1. An de Rome 659.

qui lui permettait, s'il n'était pas remboursé dans les six mois, de faire *manus injectio*, sans jugement préalable. (V. *Action depensi.*)

2484. Et maintenant, pour terminer ces généralités qui, du reste, ont bien largement ébauché l'étude des fidéjusseurs proprement dits, il faut préciser en deux mots comment la *fidejussio* finit par devenir la seule forme de l'*adpromissio*.

Nous avons vu qu'à l'origine des institutions du droit civil les Romains ne connaissaient que la *sponsio*, qui leur était exclusivement réservée.

Lorsque Rome commença à étendre sa puissance sur le monde, les pérégrins, qui d'abord étaient considérés comme des ennemis, prirent chaque jour une place plus importante dans la vie sociale, et la jalousie nationale des vieux principes dut bientôt désarmer, pour laisser le champ libre à ces éléments puissants de civilisation. C'est à leur intention que fut imaginée la *fidepromissio*, destinée à faire naître soit entre eux, soit entre eux et les citoyens, ce lien de droit, ce rapport de cautionnement que l'antique *sponsio* ne pouvait leur procurer. Cette loi nouvelle parut bientôt si commode que les citoyens eux-mêmes l'adoptèrent peu à peu, pour leur usage personnel, de préférence à la *sponsio*, alors même qu'aucun contractant *pérégrin* n'empêchait cette dernière forme d'être employée.

A ce moment, on aurait pu croire que les innovations étaient terminées, en cette matière de l'*adpromissio*, puisque les restrictions de la *sponsio* étaient palliées par les règles plus libérales de la *fidepromissio*.

Cela ne suffisait pas. En effet, si la *fidepromissio* était plus accessible que la *sponsio*, elles étaient toutes deux soumises à certaines règles gênantes ou périlleuses pour les intérêts des créanciers. Ainsi : 1° l'une comme l'autre ne pouvait cautionner qu'une obligation verbale ; 2° l'une comme l'autre cessait son effet, à la mort du contractant, l'héritier du *sponsor* ou du *fidepromissor* ne succédant pas à l'obligation de son auteur ; 3° l'une comme l'autre s'éteignait par le délai de deux ans ; 4° dans l'une comme dans l'autre, l'obligation se divisait de plein droit, au jour de l'échéance, entre tous les *sponsores* ou *fidepromissores* existant à ce moment, et cela, paraît-il, sans que, dans cette division de l'obligation, on écartât les insolvables. (Gaïus, III, § 121.)

Aussi l'esprit, si éminemment pratique, des jurisconsultes romains ne tarda pas à créer une nouvelle méthode d'*adpromissio*, plus conforme à des rapports sociaux devenus plus compliqués : cette méthode nouvelle s'appelle la *fidejussio*.

Cette forme de caution, que nous connaissons déjà sommaire-

ment par les notions générales qui ont été exposées jusqu'ici, offrait tant de facilités aux parties contractantes qu'elle obtint bien vite une faveur assez grande pour faire presque exclusivement reléguer dans le domaine de la théorie la *sponsio* et la *fidepromissio*.

Enfin, sous le Bas-Empire, une constitution de l'empereur Léon, ayant supprimé la nécessité de paroles solennelles dans la stipulation (L. 10, C. 8, 38), le contrat de stipulation appartint complétement au droit des gens, et, par suite, les trois classes d'*adpromissores* se fondirent dans la *fidejussio*. C'est ce que consacre explicitement Justinien dans le pr. de n. t. : « C'est l'habitude de faire engager, pour le promettant, *des tiers appelés* FIDEJUSSEURS, et cela afin de donner plus de sécurité aux créanciers. »

2485. Nous terminerons donc cette matière de l'*adpromissio* en complétant ce que l'on sait déjà sur les fidéjusseurs.

§ IV. — FIDÉJUSSEURS PROPREMENT DITS

(*Inst.*, III, xx.)

2486. La fidéjussion est une obligation contractuelle formée *verbis*, distincte, mais accessoire à un contrat principal, qu'elle corrobore en créant des liens juridiques, soit en faveur du créancier principal contre les fidéjusseurs ; soit en faveur des fidéjusseurs contre le débiteur principal ; soit en faveur des fidéjusseurs les uns envers les autres ; — cette obligation peut s'éteindre, soit directement, soit par voie de conséquence.

2487. Cette longue définition divise naturellement les développements qui vont suivre en six parties.

I. — La fidéjussion est une obligation contractuelle, formée VERBIS, et dérivant d'un contrat distinct du contrat principal.

§ 1. « On peut se porter fidéjusseur pour une obligation quelconque, réelle, verbale, littérale ou consensuelle. Le fidéjusseur peut garantir une obligation purement naturelle aussi bien qu'une obligation civile ; et même la dette naturelle d'un esclave soit envers un étranger, soit envers le maître lui-même. »

§ 2. « L'obligation du fidéjusseur ne lui est point personnelle ; elle passe à ses héritiers. »

§ 3. « La fidéjussion peut avoir lieu soit avant, soit après l'obligation principale. »

2488. Des caractères essentiels qui viennent d'être déterminés, résulte que la *fidejussio* est notamment soumise aux principes généraux qui régissent les *obligations verbales*.

En conséquence :

2489. 1° Comme *obligation* CONTRACTUELLE : elle peut être affectée d'une modalité, si toutefois cette modalité ne lui donne pas une étendue supérieure à celle de l'obligation principale ; — le fidéjusseur est tenu d'une action perpétuelle (v. n° 2481) ; — l'obligation du fidéjusseur passe à ses héritiers (n° 2480) ; — elle n'a d'autre limite que la volonté des parties, si toutefois d'une part elle ne dépasse pas l'obligation principale, et si d'autre part elle reste dans les limites déterminées par la loi Cornélia. (V. n^os^ 2462 et suiv., 2466 et suiv. Gaïus, III, § 124.)

2490. 2° Comme *obligation contractée* VERBIS : elle est accessible à toute personne capable de stipuler, sauf la restriction spéciale résultant de son caractère d'*intercessio* (v. n^os^ 2446 à 2456) ; — elle peut, comme la stipulation, s'appliquer valablement à toute dette quelconque : réelle, littérale, consensuelle, *ex delicto*, etc. (voir n° 2478) ; — enfin, comme la stipulation, elle ne forme qu'une obligation *unilatérale*, faisant naître *hic et nunc* une dette à la charge des fidéjusseurs, sans que le créancier se trouve en rien obligé envers le fidéjusseur. Toutefois, au moment même où la fidéjussion intervient, c'est-à-dire au moment où le fidéjusseur est interrogé par le créancier, celui-ci doit faire une déclaration que précise Gaïus, dans le § 123 (c. III) : « La loi Apuléia veut, en outre, que celui qui accepte des *sponsores* ou des *fidepromissores* le dise hautement et déclare pour quelle chose il les accepte, et combien il veut avoir de *sponsores* ou de *fidepromissores* qui garantissent l'obligation dont il s'agit ; s'il ne l'a pas déclaré, il est permis aux *sponsores* et aux *fidepromissores* d'intenter, dans les trente jours, une action préjudicielle où il sera examiné si on a fait la déclaration voulue par cette loi ; et si on juge que la déclaration n'a pas été faite, les *sponsores* et les *fidepromissores* sont libérés. Cette loi ne fait pas mention des fidéjusseurs ; mais il est d'usage de faire la déclaration, quand nous acceptons des fidéjusseurs. »

On comprend facilement l'utilité de cette déclaration, dont l'oubli était si sévèrement puni. En effet, c'est le seul moyen pour le fidéjusseur de bien apprécier l'étendue de la responsabilité qu'il assume, le *maximum* de la caution s'élevant précisément à la valeur de l'obligation cautionnée, et le *minimum* étant déterminé par le nombre des fidéjusseurs entre lesquels pourra se partager l'obligation. Remarquons ici, avec M. Accarias (t. II, § 347), que cette disposition de la loi Apuléia ne visait d'abord que les *sponsores* et les *fidepromissores*, et ne fut utilement étendue aux fidéjusseurs, qu'à partir du moment où Adrien accorda à ces derniers le *bénéfice de division*.

2491. 3° Comme *obligation distincte du contrat principal* : la stipu-

lation peut prendre naissance dans un autre lieu que celui où naît l'obligation principale (L. 49, § 2. D. 46, 1); elle peut également intervenir, d'une façon séparée, soit *avant*, soit *après* l'obligation principale, et à un intervalle quelconque. (V. § 3. de n. t.)

II. — La fidéjussion est essentiellement une obligation accessoire.

2492. Nous avons déjà traduit les §§ 1 et 5 des *Institutes* qui se rapportent à ce point spécial. Voici maintenant quelques détails :

La fidéjussion, comme obligation accessoire, suppose *nécessairement* une obligation préexistante, une obligation *principale*, qu'elle a pour but de corroborer; peu importe d'ailleurs que cette obligation soit civile, prétorienne, ou même simplement *naturelle*, pourvu qu'elle existe, même paralysée en droit civil. C'est même un caractère remarquable de cette obligation du fidéjusseur, qu'elle peut avoir une sanction plus énergique que l'obligation principale. Et, en effet, la stipulation, qui corrobore une obligation simplement *naturelle*, sera cependant, elle-même, *civile*, et, par conséquent, protégée par des actions civiles, tandis que l'obligation *naturelle*, qu'elle corrobore, est dépourvue, au moins au point de vue actif, de toute sanction. On pourra donc poursuivre le fidéjusseur, quand on ne pourrait pas poursuivre le débiteur principal.

Ce caractère d'obligation *accessoire*, et la forme dans laquelle elle intervient, amènent forcément ce résultat : que la fidéjussion ne peut avoir un autre objet que l'objet même de l'obligation principale, quoique, cependant, cet objet puisse être moins étendu. Ainsi, on ne peut évidemment cautionner *du blé*, accessoirement à une stipulation d'une *somme d'argent;* mais on peut très-bien ne cautionner, que jusqu'à concurrence de 10, une obligation principale qui montait à 20. Nous avons étudié déjà cette matière, et nous n'y reviendrons pas davantage (V. nos 2466 et suiv.).

Une autre conséquence du caractère *accessoire* de la stipulation, c'est que l'obligation, qui en résulte, se perpétue, ou périt, comme l'obligation principale. Toutefois l'obligation du fidéjusseur peut avoir toute son énergie, lorsque l'obligation principale se trouve en fait paralysée, soit parce qu'elle dérive d'un lien naturel, soit parce qu'elle est frappée d'une exception toute personnelle au débiteur principal (n° 2492).

Bien entendu, le fidéjusseur doit être distinct de l'obligé principal; de plus, il ne peut s'engager qu'envers le même créancier que cet obligé principal.

Ces deux points n'ont besoin d'aucun commentaire.

2493. Enfin, en terminant, il faut remarquer que la fidéjussion, pour rester dans son caractère d'obligation accessoire, ne doit pas nécessairement être postérieure en date à l'obligation principale. En effet, on peut très-bien cautionner une dette future, non encore née, pourvu que ce soit une dette *principale*.

§ 3. « La fidéjussion peut avoir lieu soit avant, soit après l'obligation principale. »

III. — **Droits du créancier contre le fidéjusseur.**

§ 4. « Quand il y a plusieurs fidéjusseurs, tous sont obligés solidairement : en conséquence, le créancier peut exiger la totalité de la dette de celui d'entre eux qu'il lui plaît de choisir. Mais, d'après un rescrit d'Adrien, on peut forcer le créancier à poursuivre, chacun pour sa part, tous les fidéjusseurs qui se trouvent solvables au moment de la *litis contestatio*. Si donc, à cette époque, l'un des fidéjusseurs est insolvable, la part qu'il aurait dû payer retombe à la charge des autres. Mais si le créancier a obtenu paiement intégral de l'un des fidéjusseurs, tant pis pour ce fidéjusseur, si le débiteur principal est insolvable : il n'aura aucun recours contre les autres fidéjusseurs ; car il doit s'imputer de n'avoir pas profité, quand il le pouvait, du bénéfice du rescrit d'Adrien, c'est-à-dire de n'avoir pas demandé que l'action ne fût donnée contre lui que pour sa part. »

2494. Le fidéjusseur étant destiné à compléter les garanties du créancier, celui-ci peut s'adresser indifféremment au débiteur principal ou au fidéjusseur, pour exiger le paiement de la dette. (LL. 2, 3, 5. C. 8, 41.) Il n'a pas besoin de commencer par le débiteur principal ; en effet l'obligation du fidéjusseur, quoique accessoire, n'en est pas moins une obligation complète, pure et simple, si on envisage l'obligation principale, et qui a une valeur propre ; en d'autres termes, l'obligation du fidéjusseur n'est pas une sorte d'obligation conditionnelle, dont l'exigibilité soit subordonnée à l'inexécution de l'obligation principale.

2495. En conséquence, étant donnés un débiteur principal et un ou plusieurs fidéjusseurs, le créancier peut poursuivre *in solidum*, c'est-à-dire pour le tout, soit le débiteur, soit le fidéjusseur ou l'un quelconque des fidéjusseurs, puisque chacun de ces derniers a garanti la totalité de la dette. Le ou les fidéjusseurs ne pourraient repousser cette action du créancier, en lui opposant la solvabilité certaine du débiteur principal, le créancier n'ayant point à se préoccuper des convenances des débiteurs accessoires.

2496. Ce qui vient d'être dit serait toutefois en partie modifié, on le comprend, si le fidéjusseur n'avait cautionné qu'*une partie* de la dette principale; dans ce cas, sans doute le créancier pourrait

s'adresser tout d'abord au fidéjusseur, mais, bien entendu, seulement dans les limites de la portion de la dette principale que ce dernier a cautionnée.

Si le créancier peut faire porter tout le poids de sa poursuite sur l'un quelconque des débiteurs, il peut tout aussi bien diviser son action, soit entre les divers fidéjusseurs, soit entre le ou les fidéjusseurs et le débiteur principal. (L. 3, § 1. D. 45, 2.)

2497. Cette latitude extrême, accordée au créancier, est cependant restreinte, dans ses conséquences, par le principe suivant :

Une fois que le créancier a choisi celui qu'il voulait poursuivre, il a par cela même renoncé à poursuivre les autres. Nous verrons, en effet, *aux actions*, en étudiant les effets de la *litis contestatio*, que cette phase du procès produit une véritable novation dans le droit du demandeur. Jusque-là, il n'avait que le droit résultant d'un contrat, d'un quasi-contrat, etc.; mais la *litis contestatio* éteint ce droit, pour lui substituer celui d'obtenir un jugement favorable.

2498. On comprend, dès lors, par ce rapide aperçu, que, si le créancier a poursuivi la totalité de sa créance contre l'un quelconque des débiteurs (que ce soit le débiteur principal ou un fidéjusseur), dès ce moment son droit contre les autres se trouve épuisé, et si, par hasard, il a choisi pour but de ses poursuites un insolvable, il ne pourra plus ensuite se retourner contre les débiteurs solvables. (L. 16, C. 8, 41.) On ne distingue même pas si cette insolvabilité est antérieure ou postérieure à la poursuite, ce qui serait cependant équitable, mais ce qui est absolument contraire au principe novateur de la demande portée en justice.

2499. Cette rigueur de l'ancien droit, qui résultait surtout de la conception de la formule, disparut sous Justinien. La loi 28 au Code (8, 41)[1], dont on trouvera le texte complet en note, établit que la poursuite, dirigée par le créancier contre le fidéjusseur ou l'un des fidéjusseurs, voire même contre le débiteur principal, ne libère pas les autres obligés; et ce n'est pas seulement à la *litis contestatio* que l'ancien effet libératoire est enlevé, mais bien aussi à la condamnation de celui qui avait été appelé en justice; dès lors, l'effet libératoire n'est attribué qu'à la *satisfaction entière* donnée au

---

1. « *Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta, alter non liberetur : ita et in fidejussoribus observari. Invenimus etenim, et in fidejussorum cautionibus plerumque ex pacto hujusmodi causæ esse prospectum : et ideo generali lege sancimus, nullo modo electione unius ex fidejussoribus, vel ipsius rei alterum liberari : vel ipsum reum fidejussoribus, vel uno ex his electo, liberationem mereri, nisi satisfiat creditori : sed manere jus integrum, donec in solidum ei pecuniæ persolvantur, vel alio modo satis ei fiat.*

créancier; tant que celui-ci reste créancier pour une part quelconque, tous les obligés, débiteur principal et fidéjusseurs, restent soumis aux poursuites du créancier. — Par cette réaction contre la rigueur des anciens principes, Justinien est peut-être tombé dans l'excès contraire.

2500. Remarquons, du reste, que ce n'est pas seulement le *paiement* qui, sous Justinien, produit l'ancien effet libératoire de la *litis contestatio*, mais bien toute autre satisfaction accordée au créancier et que celui-ci juge insuffisante.

2501. Cette restriction considérable, apportée aux anciens principes, se résume en une aggravation du sort déjà suffisamment périlleux des fidéjusseurs; en effet, il leur était évidemment très-favorable de se trouver complétement libérés, sans rien débourser, par ce fait seul que l'un d'eux ou le débiteur principal avait été poursuivi par le créancier.

2502. Après avoir ainsi présenté les dangers et les inconvénients du rôle des fidéjusseurs, nous devons maintenant étudier la contre-partie en examinant certaines dispositions qui améliorèrent successivement leur situation. Cette amélioration était impérieusement réclamée.

En effet, d'après les premiers principes, le fidéjusseur était envisagé, moins comme un obligé officieux intervenant seulement dans l'intérêt d'un débiteur principal que, pour ainsi dire, comme un nouveau débiteur principal qu'on devait traiter aussi durement que le premier; d'un autre côté, la fidéjussion constituait une obligation boiteuse, dans laquelle le fidéjusseur seul s'obligeait, sans que le créancier fût tenu d'aucun ménagement envers lui. — Cette situation eut pour conséquence naturelle de refroidir sensiblement le zèle des fidéjusseurs; or, comme la fidéjussion était un des grands ressorts des transactions chez les Romains, la législation dut modifier les rigueurs primitives, et ne pas laisser les fidéjusseurs exposés aux caprices du créancier.

2503. Ce nouveau courant d'idées fut inauguré par le *bénéfice de cession d'actions*, bientôt complété, sous Adrien, par le *bénéfice de division*, puis, sous Justinien, par le *bénéfice de discussion*.

Ce sont ces trois bénéfices que nous allons successivement étudier.

1° *Bénéfice de cession d'actions*. — En vertu de ce bénéfice, le fidéjusseur, qui, poursuivi le premier, paie toute la dette au créancier, peut obliger celui-ci à lui céder toutes les actions qu'il avait lui-même, soit contre le débiteur principal, soit contre les autres fidéjusseurs, pour obtenir le paiement de la créance. (LL. 11 et 17. C. 8, 41.)

2504. Rien de plus naturel que ce bénéfice, introduit sans doute par la jurisprudence, dès l'origine de la procédure formulaire. Sans lui, le paiement effectué par un des fidéjusseurs éteindrait les actions qui garantissaient le créancier, et celui-ci ne saurait plus les faire renaître au profit du fidéjusseur poursuivi, qui se trouverait ainsi désarmé envers ses coobligés et l'obligé principal.

2505. Ce bénéfice ne fait d'ailleurs que donner satisfaction aux exigences de l'équité : en effet, il ne nuit pas au débiteur principal, puisque celui-ci doit, somme toute, supporter tout le poids de la dette qu'il a contractée; — il ne nuit pas aux autres fidéjusseurs, qui auraient pu tout aussi bien être poursuivis *pour le tout;* — enfin il ne nuit pas au créancier, qui va être intégralement payé, et dont les actions s'éteindraient complétement s'il ne les cédait avant le paiement. — Dans cette nouvelle théorie, le hasard des premières poursuites ne suffit plus pour grever un seul des contractants de la totalité de la dette, quand tous les obligés au même titre doivent, en équité, supporter une part égale de la dette.

2506. Revenons sur l'obligation imposée au créancier de céder ses actions au fidéjusseur qui le paie.

D'abord le créancier ne peut refuser au fidéjusseur cette cession de ses actions, car il y aurait *dol* à empêcher ce fidéjusseur de profiter de ce moyen de recours.

Si donc le créancier poursuit un des fidéjusseurs, celui-ci, avant la *litis contestatio*, et *in limine litis*, réclamera la cession d'actions; si le créancier se refusait à cette cession, sa demande serait repoussée par l'exception de dol. (L. 18, § 5. D. 10, 2; L. 65. D. 21, 2.) Ceci se comprend fort bien, dans l'hypothèse d'une poursuite intentée par le créancier; mais que décider si cette cession est réclamée par un fidéjusseur qui offre spontanément le paiement? On décide fort sagement que le créancier peut refuser la cession, et le débiteur trop zélé n'aura qu'à retirer son offre de paiement. (L. 21. C. 8, 42.) On ne pouvait, en effet, admettre qu'il dépendit de la volonté seule d'un des fidéjusseurs d'opérer, malgré le créancier, cette véritable novation de la créance. On aurait pu craindre que ce fidéjusseur fût sous l'influence d'un sentiment hostile au débiteur principal ou à l'un des cofidéjusseurs, sentiment qui l'aurait poussé à se rendre maître des poursuites.

En second lieu, le fidéjusseur poursuivi n'obtient la cession d'actions que s'il la réclame au créancier dès le début des poursuites, avant le paiement, et s'il offre le montant intégral de la dette. (L. 11 et 17, C. 8, 41.) En effet, la *litis contestatio* opère une véri-

table novation dans la dette primitive, et, ainsi que le paiement pur et simple, anéantit tous les droits primitifs du créancier.

2507. Remarquons, du reste, que le créancier ne peut être tenu de conserver précieusement les actions garantissant sa créance, dans l'intérêt d'une cession possible et future. Il a donc parfaitement le droit de diminuer ses garanties, par exemple, en laissant périmer un droit d'hypothèque, en libérant un des fidéjusseurs, etc., etc.; et celui qui effectuera plus tard le paiement serait mal venu à se plaindre de ce que le créancier ne lui livre pas un faisceau d'actions aussi énergique qu'il aurait pu le conserver; le créancier ne sera tenu qu'à lui céder les actions qui subsisteront encore au moment où la cession est réclamée.

2508. Comment maintenant s'opérera cette cession d'actions? Par un mandat fictif. Il faut savoir, en effet, que les Romains n'admettaient pas, en principe, la cession des actions. Dès lors, quand une personne voulait transférer, sur la tête d'un tiers, une action qu'elle possédait, elle était obligée de recourir à une fiction : le cédant constituait le cessionnaire *son mandataire*, à l'effet de poursuivre l'exécution de l'obligation par telles ou telles actions, ce qui était parfaitement licite; mais, en même temps, il dispensait ce mandataire fictif de rendre compte de son mandat. Le cessionnaire, en agissant en exécution du mandat, faisait donc *sa propre affaire*, et c'est pourquoi on l'appelait *procurator in rem suam*.

De ce caractère résultait : 1° que ce pseudo-mandataire n'était pas tenu de rendre compte; 2° qu'il agissait à ses risques et périls, sans recours possible contre le cédant, son mandant fictif.

2509. Le désavantage de ce bénéfice accordé au fidéjusseur poursuivi était de le forcer à faire l'avance de la dette tout entière, désavantage qu'il évitait dans le bénéfice de division que nous allons étudier. Mais, par contre, il avait le grand avantage d'obtenir, pour le recouvrement de ses déboursés, toutes les garanties, gage, hypothèque, privilége, etc., attachées à l'obligation principale. (L. 14. C. 8, 41.)

Remarquons, en terminant, que le fidéjusseur cessionnaire peut à son choix se retourner contre le débiteur principal, soit par son action personnelle de fidéjusseur, soit, comme cessionnaire, par les actions du créancier cédant.

2510. 2° *Bénéfice de division.* — Ce bénéfice, réglementé par un rescrit d'Adrien, n'était pas une idée nouvelle. En effet, déjà l'an 659 de Rome une loi Furia avait décidé que l'obligation se divisait de plein droit, à l'encontre du créancier, entre tous les *sponsores* et les *fidepromissores*. (Gaïus, III, 121.) Ceux-là seuls profitaient

de cette faveur ; elle n'était point étendue aux fidéjusseurs. Il faut remarquer également que cette loi ne s'appliquait qu'en Italie, à la différence de ce qui se pratiquait dans l'application d'une loi Apuléia que nous trouverons tout à l'heure. (N^os^ 2535 et suiv.)

2511. Ce fut Adrien qui le premier résolut d'appliquer aux fidéjusseurs les principes de sauvegarde établis par la loi Furia en faveur des seuls *sponsores* et *fidepromissores*. — Il est probable d'un autre côté que la jurisprudence finit par étendre le rescrit d'Adrien aux *sponsores* et aux *adpromissores* qui n'avaient point contracté en Italie, et qui ne pouvaient par conséquent invoquer les prérogatives de la loi Furia. (Gaïus, III, 121.)

2512. Si le but de la loi et du rescrit était sensiblement le même, il faut toutefois remarquer que ces deux dispositions ne produisaient pas absolument les mêmes effets juridiques. Ainsi :

1° La division se faisait toujours par portions viriles ; mais les parts étaient déterminées, d'après la loi Furia, par le nombre des *sponsores* et *fidepromissores* vivant au jour de l'échéance, et, d'après le rescrit, par le nombre des fidéjusseurs solvables au jour de la *litis contestatio*. Sous l'empire du rescrit, la situation du créancier est donc plus favorable, puisqu'il ne peut souffrir de l'insolvabilité de certains fidéjusseurs qu'à partir de la *litis contestatio*.

2° Le bénéfice de la loi Furia se produit *ipso jure*, si bien que le créancier, qui poursuivrait *in solidum* l'un des *adpromissores*, commettrait une *plus-petitio*, et perdrait tout son droit. Au contraire, le bénéfice de division doit être formellement invoqué, par le fidéjusseur poursuivi, avant la *litis contestatio*. En ce point également, l'édit était plus favorable au créancier. (L. 26. D. 46, 1.)

3° D'après M. Accarias (t. II, p. 360), si, par suite d'une erreur, le *sponsor* ou le *fidepromissor* paye l'intégralité de la dette, il paye *indûment* ce qui excède la part qui le concerne, et il pourra répéter cet excédant par la *condictio indebiti*. — C'est la conséquence logique du principe, posé plus haut, que la dette se divise *ipso jure* entre les *sponsores* et les *fidepromissores*. — Il en est tout autrement pour le fidéjusseur qui, tenu *in solidum*, paye à bon droit toute la dette, bien qu'on lui accorde la faveur de faire diviser cette dette, au début du procès. (L. 3 et L. 49, § 1. C. 8, 41.)

Après avoir noté ces différences entre la loi Furia et le bénéfice d'Adrien, revenons exclusivement à ce dernier et aux fidéjusseurs, puisque ceux-ci finissent par remplacer complétement les deux autres classes d'*adpromissores*.

2513. Le bénéfice de division ne peut se cumuler avec le bénéfice de *cession d'actions*. Il ne peut en être autrement, puisque pré-

cisément le dernier est destiné à produire, après condamnation, ou après le paiement total opéré par l'un des fidéjusseurs, la répartition que le bénéfice de division est destiné à produire au début de l'instance; en d'autres termes, le bénéfice de division vise le même but que le bénéfice de cession d'actions, mais il y arrive d'une façon beaucoup plus simple : en effet, ne vaut-il pas mieux permettre seulement au créancier de poursuivre chacun des cofidéjusseurs pour la portion qui le concerne, que de le forcer à payer l'intégralité de la dette, pour le mettre aussitôt dans la nécessité de se retourner contre les autres fidéjusseurs?

2514. De ce qui précède résulte que le *bénéfice de division* ne peut être invoqué que *in jure*, c'est-à-dire devant le magistrat qui délivre la formule d'action au demandeur. Rien de plus simple : ce dernier me réclame 100, et nous sommes quatre fidéjusseurs; arrivé devant le magistrat, et au moment de la délivrance de la formule, j'affirme que nous sommes quatre fidéjusseurs solvables, et que, par conséquent, la formule d'action doit être seulement délivrée contre moi pour 25. — Pas de difficulté, si le créancier ne conteste pas l'existence des autres cofidéjusseurs solvables; mais s'il conteste leur existence, ou même leur solvabilité, le magistrat, n'ayant pas à trancher cette question de fait, donne l'action pour le tout, en y insérant toutefois une exception qui limitera ma condamnation à ma part contributive, si je prouve, devant le juge, que j'ai bien trois autres cofidéjusseurs solvables : « *Si contendat fidejussor cæteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam*, SI NON ET ILLI SOLVENDO SINT. » (L. 28. D. 46, 1.)

On s'est demandé si le bénéfice de division ne pouvait pas être invoqué, même devant le juge. Ce qui motive cette question, c'est une constitution de l'empereur Alexandre, ainsi conçue « .... *Ut is qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos qui solvendo sunt*, ANTE CONDEMNATIONEM *ex ordine postulari solet.* » (L. 10, § 1. C. 8, 41.)

Mais il faut remarquer que ce mot *condemnatio* s'applique, dans ce texte, non pas à la condamnation définitive par laquelle le juge termine le procès, mais bien à cette partie de la formule par laquelle le magistrat, dans la procédure formulaire, conférait au juge la capacité de condamner. (V. système formulaire.)

Bien entendu, le bénéfice de division ne pourra s'appliquer que si, à côté du fidéjusseur qui l'invoque, il y a d'autres fidéjusseurs solvables. En effet, nous savons que la dette ne se partage qu'entre les cofidéjusseurs solvables.

2515. Il y a certains fidéjusseurs qui ne peuvent invoquer le

bénéfice de division. Ainsi : 1° le fidéjusseur qui tout d'abord a nié sa qualité est privé de cette faveur, à titre de châtiment. (L. 10, § 1. D. 46, 1.) 2° Ce bénéfice est refusé également au fidéjusseur d'un tuteur. (L. 12. D. 46, 6.) Cette dernière décision résulte sans doute du désir de sauvegarder autant que possible les intérêts du pupille.

2516. 3° *Bénéfice de discussion*. — Ce bénéfice, introduit par Justinien, en 535, dans sa novelle 4 (ch. 1), permet au fidéjusseur de se soustraire à l'action du créancier, tant que le débiteur principal n'a pas été poursuivi et jugé insolvable par la *discussion*, ou vente préalable de tous ses biens.

2517. Dans la préface de la novelle 4, Justinien énonce que ce bénéfice de discussion avait existé autrefois, mais que la pratique ne l'avait pas adopté. — Il est bien certain que, si le bénéfice de discussion avait été en vigueur, Justinien n'aurait pas pris la peine de le consacrer de nouveau ; mais il est plus difficile de trouver des textes pour démontrer qu'à une époque quelconque ledit bénéfice a existé même théoriquement. On cite, il est vrai, deux constitutions, l'une des empereurs Sévère et Antonin (L. 2. C. 8, 41) ; l'autre d'Antonin Caracalla (L. 5. C. 8, 41) ; mais la première me paraît uniquement se référer à une cession d'actions : « *Creditori qui pro eodem debito et pignora et fidejussorem accepit, licet, si malit, fidejussorem convenire in eam pecuniam in qua se obligaverit; quod cum facit*, DEBET JUS PIGNORUM IN EUM TRANSFERRE ; » et la seconde constitution me paraît encore moins catégorique : « *Jure nostro est potestas creditori*, RELICTO REO, *eligendi fidejussores*, NISI INTER CONTRAHENTES ALIUD PLACITUM DOCEATUR... » Ce texte ne fait donc autre chose que de poser le principe général d'après lequel le créancier peut toujours poursuivre tout d'abord les fidéjusseurs, sauf le cas où une convention particulière en aurait décidé autrement. Comment peut-on voir là l'ombre même du bénéfice de discussion ? Il n'y a point besoin d'insister.

2518. J'aimerais mieux citer le cas des fidéjusseurs engagés pour les débiteurs du fisc. En effet, la loi 4 (C. 4, 15) pose, comme un principe incontesté, que le fisc ne peut étendre son action aux fidéjusseurs que si l'insolvabilité du débiteur principal apparaît d'une façon évidente.

2519. Le fidéjusseur qui, avant la novelle 4, ne pouvait invoquer le bénéfice de discussion, pouvait protéger sa situation de diverses manières. Ainsi :

2520. 1° Quand le débiteur principal avait donné, en même temps qu'un fidéjusseur, une hypothèque comme garantie de sa

dette, on pouvait préciser, soit dans la formule même du contrat, soit dans un pacte adjoint, que le fidéjusseur ne pourrait être poursuivi que jusqu'à concurrence de l'excédant restant dû après vente préalable du bien hypothéqué. (L. 17. C. 8, 41. L. 52 pr. et 63. D. 46, 1.) C'était une sorte de *fidejussio indemnitatis*, pour un cas spécialement déterminé.

Qu'était-ce donc que la *fidejussio indemnitatis?*

2521. 2° Lorsque le fidéjusseur avait été interrogé en ces termes : *Spondes quanto minus a Titio* (débiteur principal) *exigere potuero?* le créancier ne pourra le poursuivre que si, après avoir fait vendre tous les biens du débiteur principal, l'insolvabilité totale ou partielle de ce dernier est constatée. Dans ce cas, le fidéjusseur sera tenu de la totalité ou d'une fraction seulement de la dette, suivant que la discussion n'aura produit aucun résultat, ou, au contraire, aura produit une certaine somme diminuant d'autant et la dette principale, et naturellement l'obligation accessoire du fidéjusseur.

2522. Remarquons de plus, avec Paul (L. 116. C. 6, 38 et L. 21. D. 46, 3), que la poursuite intentée par le créancier, contre le débiteur principal, n'a pas, dans l'espèce, pour effet de libérer le fidéjusseur; en effet, ce dernier doit sous la condition que le débiteur principal ne paiera pas, et, par conséquent, tant que le débiteur principal n'a pas été poursuivi, on ne sait si le fidéjusseur devra ou ne devra pas. C'est précisément la circonstance que le débiteur principal, poursuivi tout d'abord, ne paie pas l'intégralité de sa dette, qui fait réaliser la condition tacite qui donne ouverture à une action contre le fidéjusseur.

2523. Dans ce qui précède, nous admettons naturellement, conformément d'ailleurs à la doctrine qui a prévalu, que le créancier doit commencer ses poursuites par le débiteur principal : « *A Mœvio* (fidéjusseur) *enim ante Titium* (débiteur principal) *excussum recte non petetur.* » (L. 116. C. 6, 38.) Toutefois il faut noter que Celsus combattait cette opinion et prétendait que le *fidejussor indemnitatis* pouvait être poursuivi avant le débiteur principal. (L. 42. D. 12, 1.) Il est difficile d'expliquer comment ce système a pu être soutenu. En effet le caractère de la *fidejussio indemnitatis* est d'être destinée, comme son nom l'indique, à *indemniser* le créancier de l'insolvabilité totale ou partielle du *reus;* en d'autres termes, la *fidejussio indemnitatis*, comme nous l'avons dit, est une véritable obligation conditionnelle, sous la condition tacite : *s'il est impossible au créancier de se faire complétement payer sur les biens du débiteur principal;* et cette condition ne peut s'accomplir qu'après discussion préalable des biens de ce dernier. C'est cette discussion qui montrera si l'o-

bligation du fidéjusseur prendra ou non naissance; si elle disparaîtra par suite du paiement total résultant de la discussion (ce qui fait défaillir la condition), ou si au contraire elle prendra seulement naissance pour le reliquat restant dû.

2524. Ajoutons que le créancier ne peut retarder indéfiniment sa poursuite contre le débiteur principal. En effet, si ces retards laissaient à ce dernier le temps de devenir insolvable, la perte en retomberait sur le créancier, puisqu'il est de toute raison que ce dernier, par sa négligence ou son incurie, ne peut avoir le droit d'aggraver le sort du fidéjusseur. (L. 41, pr. D. 46, 1.)

2525. 3° Enfin le fidéjusseur poursuivi pouvait dire au créancier : « *Je vous donne mandat* de poursuivre le débiteur principal. » (*Inst.*, § 2, III, XXVI.) Si le créancier acceptait, non-seulement le fidéjusseur se dérobait aux inconvénients d'être poursuivi en première ligne, mais même il était absolument libéré, comme fidéjusseur, par l'effet novateur de la *litis contestatio* intervenant entre le débiteur principal et le créancier. Est-ce à dire pour cela qu'il fût absolument quitte de toute obligation? Évidemment non, car le créancier, s'il n'obtenait pas satisfaction, se retournait, en sa qualité de mandataire, contre l'ex-fidéjusseur, son mandant, et, par l'action *mandati contraria*, lui demandait réparation du dommage que l'exécution du mandat lui avait fait éprouver, c'est-à-dire, dans l'espèce, précisément le montant de la dette primitive. (L. 45, § 8. D. 47, 1.)

Cette situation, présentée par M. Accarias (t. II, p. 364), est fort ingénieuse, mais on peut se demander si jamais le créancier consentait à accepter une combinaison qui pouvait l'exposer aux ennuis de deux procès successifs.

2526. Quoi qu'il en soit, nous venons d'examiner trois procédés au moyen desquels le fidéjusseur pouvait se soustraire à la première poursuite du créancier. Mais, les uns comme les autres, ces procédés dépendaient de la bienveillance du créancier, ou d'une clause spéciale du contrat, la discussion préalable des biens du débiteur principal ne constituant pas, dans toute fidéjussion, un droit formel au profit des fidéjusseurs.

2527. Aussi Justinien, désirant améliorer le sort de ces derniers, prescrit-il formellement, dans sa novelle 4, que le fidéjusseur peut se refuser au paiement, tant que le débiteur principal n'a pas été poursuivi et son insolvabilité constatée par la vente préalable de tous ses biens mobiliers ou immobiliers. C'est très-raisonnable, mais ce principe n'est pas absolu. En effet, la discussion n'a lieu que si le fidéjusseur la réclame formellement et si le débiteur

principal *est présent*. Si le fidéjusseur ne réclame pas la discussion, ou si, dans un délai fixé par le juge, il ne peut réussir à faire comparaître le débiteur principal, il doit répondre aux poursuites. Ajoutons que, tant que la discussion n'a pas été demandée, l'insolvabilité du débiteur principal est à la charge du fidéjusseur, alors même qu'elle se serait produite par la négligence apportée dans les poursuites ; que si, au contraire, elle se produit après la discussion demandée, c'est le créancier lui-même qui, selon toute justice, souffrira de la négligence qu'il a mise à poursuivre à temps le débiteur.

2528. Si donc le fidéjusseur craignait de voir l'insolvabilité de celui qu'il avait cautionné se produire ou s'aggraver, il devait, sans doute, engager le créancier à agir au plus tôt, et, devant le refus de ce dernier, offrir le paiement, puis se retourner immédiatement contre le débiteur principal.

IV. — **Droits du fidéjusseur contre le débiteur principal.**

2529. Supposons maintenant qu'un fidéjusseur ait payé l'intégralité de la dette. Il est bien évident qu'il peut se retourner contre le débiteur principal, pour lui demander le remboursement de ses avances.

2530. Déjà Gaïus posait ce principe à l'égard de tous les *adpromissores*, énonçant que ce recours était exercé par l'action *mandati contraria*. (C. III, 127.) Et, en effet, l'*adpromissor* qui, pour rendre service au débiteur principal, cautionne la dette de ce dernier, peut parfaitement être assimilé à un mandataire. Remarquons, pendant que nous en sommes encore au vrai droit classique, la situation privilégiée du *sponsor*. Non-seulement ce dernier pouvait, comme le *fidepromissor* ou le *fidejussor*, exercer son recours par l'action *mandati*, mais il pouvait agir, en vertu de la loi Publilia, par une action toute spéciale, l'*actio depensi*, laquelle croît au double contre le débiteur qui conteste mal à propos la prétention du *sponsor*. (N° 2483. — Gaïus, IV, 9.; *Inst.*, § 26, IV, VI.) De plus, la même loi Publilia lui avait accordé le droit considérable de procéder par la *manus injectio ... in eum pro quo dependisset, si in sex mensibus proximis quam pro eo depensum esset, non solvisset sponsori pecuniam*... (Gaïus, IV, 22.)

2531. Revenons à l'action *mandati contraria*, dont Justinien consacre formellement l'application dans le § 6 :

« Si le fidéjusseur a payé quelque chose pour le débiteur, il recouvre ses déboursés par l'action de mandat. »

Il est bien évident que c'est là le cas le plus ordinaire, car, ainsi qu'il a été dit plus haut, la *fidejussio* est le plus ordinairement le résultat d'un mandat formel ou tacite du débiteur principal.

S'il n'en était pas ainsi, si le fidéjusseur avait cautionné en qualité de *negotiorum gestor*, ce ne serait plus l'action *mandati contraria*, mais bien l'action *negotiorum gestorum contraria*, qui appartiendrait au fidéjusseur.

2532. Si maintenant le fidéjusseur n'était intervenu que dans une intention purement libérale, *donandi animo*, il n'aurait aucun recours à exercer, pas plus que celui qui, *donandi animo*, aurait fait *acceptilatio* à son débiteur, ne pourrait le poursuivre de nouveau.

2533. Dans le même ordre d'idées, si le fidéjusseur avait cautionné, sur le mandat d'un tiers autre que le débiteur principal, c'est contre ce tiers seulement que le fidéjusseur pourrait intenter l'action *mandati contraria*, et nullement contre le débiteur libéré. (*Inst.*, § 3, III, XXVI.)

2534. Mais si nous supposons que j'ai cautionné Titius malgré sa défense, contre son gré, je n'aurai évidemment ni l'action *mandati contraria*, ni l'action *negotiorum gestorum contraria;* quelques jurisconsultes m'accordaient une *action utile;* d'autres, parmi lesquels Paul et Pomponius, me refusaient toute action. C'est cette dernière théorie, fort raisonnable d'ailleurs, que Justinien a consacrée formellement. (L. 24, C. 2, 19; n^os^ 2473 et suiv.)

V. — Droits des fidéjusseurs les uns envers les autres.

2535. Une loi Apuleia, rendue en l'année 652 de Rome, avait établi une espèce de société entre les divers *sponsores* ou *fidepromissores* qui avaient cautionné une même dette. Ils étaient tenus *in solidum* envers le créancier; mais dès que l'un d'eux avait payé plus que sa part, il pouvait immédiatement recourir contre les autres au moyen de l'action *pro socio*. (Gaïus, III, § 122.) Il faut remarquer d'ailleurs que cette loi *Apuleia* s'appliquait aussi bien à tout l'Empire qu'à l'Italie. C'est sans doute pourquoi elle fut conservée, même après que la loi Furia eut établi le principe beaucoup plus simple de la division *ipso jure* de l'obligation entre tous les *sponsores* ou *fidepromissores*. En effet, la loi Furia n'était applicable qu'aux obligations contractées en Italie. La loi Apuleia restait donc utile pour les cautions formées en dehors de l'Italie. (N° 2510 et suiv., et Gaïus, III, § 122.)

2536. Spécialement quant au fidéjusseur qui avait payé, il

n'avait en principe aucun recours contre les autres cofidéjusseurs, qui se trouvaient libérés par la poursuite exercée contre lui. C'est pour corriger cette situation qu'on lui permit d'abord de se faire céder les actions du créancier par ce dernier, puis qu'on établit le bénéfice de division, et enfin le bénéfice de discussion. (N^os^ 2510 et suiv., 2516 et suiv.)

VI. — **Extinction de la fidéjussion.**

2537. L'obligation du fidéjusseur, avons-nous dit au commencement de cette matière (n^os^ 2486 et suiv.), possède un double caractère : c'est une obligation *distincte* de l'obligation qu'elle garantit, mais en même temps c'est une obligation *accessoire* à cette dernière.

2538. Par suite de ce double caractère, l'obligation du fidéjusseur peut s'éteindre, *soit directement*, en sa qualité d'obligation distincte, *soit par voie de conséquence*, en sa qualité d'obligation accessoire.

2539. Elle s'éteint directement lorsqu'un fait libératoire se produit en la personne même du fidéjusseur ; elle s'éteint par voie de conséquence lorsque l'obligation principale s'éteint elle-même.

2540. De là deux questions :

1° *La libération du débiteur principal entraîne-t-elle toujours la libération du fidéjusseur ?* Il faut distinguer :

A. Les faits libératoires *ipso jure* ne libèrent pas le fidéjusseur, si (comme la *capitis deminutio*, le fait de mourir sans héritier, etc.) ils affectent seulement la personne du débiteur principal, sans toucher à l'objet, ni, par conséquent, à l'existence de l'obligation elle-même. (L. 95, § 1. D. 46, 3 ; — L. 20. C. 8, 41.) — Ils libèrent, au contraire, le fidéjusseur, si (comme le paiement, la novation, l'*acceptilatio*, la perte de la chose due) ils affectent l'objet même, c'est-à-dire l'existence de l'obligation. Ce principe est absolu; si bien (comme le fait remarquer M. Accarias, t. II, p. 365) que le pacte de remise consenti en faveur d'un débiteur, qui n'est tenu que *naturaliter*, suffit pour éteindre l'obligation civile du fidéjusseur qui avait garanti cette dette naturelle.(L. 95, § 4. D. 46, 3.)

B. Quant aux faits libératoires *exceptionis ope* (L. 21, § 5. D. 2, 14; L. 5, D. 6, 2) — par exemple un pacte de remise consenti au débiteur principal, — ils doivent forcément profiter aussi au fidéjusseur, qui pourra les invoquer. S'il en était autrement, si le fidéjusseur pouvait être forcé à payer, il pourrait se retourner contre le débiteur principal, qui, devant indemniser le fidéjusseur, per-

drait, en fait, le bénéfice de l'acte libératoire intervenu en sa faveur. Nous avons vu un raisonnement analogue dans l'étude des rapports des *correi entre eux*. — Remarquons toutefois que le fidéjusseur ne serait pas admis à invoquer une exception, entièrement personnelle au débiteur, et qui ne laisserait ce dernier exposé à aucun recours. Telle serait la situation suivante : un mineur de vingt-cinq ans s'est obligé ; et son obligation a été garantie, en connaissance de cause, par un fidéjusseur ; puis il se fait restituer *in integrum*? Le fidéjusseur restera tenu parce que précisément il avait pour but évident de garantir le créancier contre le danger de l'*in integrum restitutio* (L. 13, pr. D. 4, 4; — L. 7, § 1. D. 44, 1). Par contre, le fidéjusseur profitera de l'*in integrum restitutio*, s'il est prouvé qu'il ignorait la minorité du débiteur principal, ou qu'il ne s'est pas engagé dans le but de garantir le créancier contre les effets de cette *restitutio*. (L. 13, pr. D. 4, 4 ; — L. 95, § 3. D. 46, 3.)

2541. 2° *La libération du fidéjusseur entraîne-t-elle celle du débiteur principal?*

Même distinction que dans la question précédente :

A. Les faits libératoires *ipso jure*, s'ils affectent seulement la personne du fidéjusseur, n'ont absolument aucune action sur la dette principale. Le fidéjusseur disparaît tout simplement. — Les faits libératoires *ipso jure*, qui touchent à l'objet même de l'obligation, éteignent celle-ci, aussi bien envers le débiteur principal qu'envers le fidéjusseur, qu'ils se produisent en la personne du fidéjusseur ou en la personne du débiteur principal. Toutefois, si la chose périt par le fait, ou après la mise en demeure du fidéjusseur, l'obligation s'éteint, faute d'objet, à l'égard du débiteur principal, mais elle se perpétue à l'égard du fidéjusseur. (L. 44. D. 38, 1; L. 88. D. 45, 1 ; L. 95, § 1. D. 46, 3.)

B. Quant aux faits libératoires *exceptionis ope*, qui se produisent à l'égard du fidéjusseur, ils peuvent uniquement être invoqués par ce dernier, et, par conséquent, le débiteur principal reste tenu (L. 25. D. 2, 14), à moins que ces faits libératoires ne suppriment l'objet même de l'obligation ou ne soient assimilés au paiement comme la *litis contestatio* (n° 249), le serment libératoire (L. 28, § 1 ; L. 42, § 1, D. 12, 2), et, sous Justinien, l'absolution fondée sur la nullité ou l'extinction de l'obligation. (L. 52, § 3. D. 12, 2.)

2542. *Observation*. — L'existence de la fidéjussion peut être prouvée par écrit ; or l'écrit est réputé fidèle ; par suite, la fidéjussion régulière, quand même ledit écrit ne mentionnerait pas

comme ayant été accomplies, toutes les formalités nécessaires à la formation de la fidéjussion :

§ 8. Il faut encore observer que, dans la stipulation du fidéjusseur, on tient pour constant tout ce que l'écrit atteste avoir été fait. Si donc quelqu'un a écrit qu'il s'est porté fidéjusseur, on suppose qu'il s'est obligé avec toutes les formalités requises.

ARTICLE IV. — DIVISION DES STIPULATIONS

(*Inst.*, III, XVIII.)

Pr. « Les stipulations sont ou judiciaires, ou prétoriennes, ou conventionnelles, ou communes, c'est-à-dire prétoriennes et judiciaires en même temps.

§ 1. « Les stipulations judiciaires sont celles qui dépendent exclusivement de l'office du juge : telle est la promesse de s'abstenir de tout dol (*cautio de dolo*), et celle de poursuivre l'esclave qui est en fuite ou d'en rendre la valeur.

§ 2. « Les stipulations prétoriennes sont celles qui dépendent exclusivement de l'office du préteur : telle est la promesse qu'on exige à titre de garantie contre un dommage imminent (*cautio damni infecti*) ; telle est encore celle que les légataires à terme ou conditionnels peuvent exiger de l'héritier, pour assurer le paiement des legs (*cautio legatorum*). Sous le nom de stipulations prétoriennes, on comprend aussi celles qui dépendent de la juridiction des édiles, parce qu'elles dérivent aussi de la juridiction.

§ 3. « Les stipulations conventionnelles sont celles que les parties font volontairement et sans l'intervention ni du juge ni du préteur. De cette espèce, il y en a, pour ainsi dire, autant que des choses pouvant faire la matière d'une obligation.

§ 4. « Les stipulations communes sont, par exemple, la caution qu'on exige des tuteurs pour assurer la conservation des biens d'un pupille (*rem salvam fore pupilli*) : en effet, cette caution est ordinairement exigée par le préteur ; mais elle peut l'être aussi quelquefois par le juge, quand il n'est pas possible de faire autrement. Telle est aussi la promesse par laquelle on s'engage à faire ratifier (*cautio de rato*).

2543. Au début de cette matière des stipulations, nous avons étudié les caractères particuliers des stipulations *certæ* et *incertæ*, — *pures et simples*, *à terme*, *conditionnelles*. Ces caractères divisent donc les stipulations en plusieurs catégories, considérées au point de vue de l'objet et de l'étendue du contrat.

2544. Il s'agit maintenant de considérer les stipulations à un autre point de vue, celui *des circonstances dans lesquelles elles peuvent se former* [1].

---

1. M. Accarias rejette l'étude de cette matière à la fin des obligations. En effet, après avoir divisé les obligations en obligations civiles, obligations honoraires, c'est-à-dire sanctionnées par le préteur, et obligations naturelles, il était logique d'examiner les obligations honoraires après les obligations civiles, mais avant les obligations naturelles, puisque précisément elles constituent un terme moyen entre les premières et les dernières. Malgré tout

Les stipulations, nous dit notre texte, sont : *judiciaires*, *prétoriennes*, *communes* et *conventionnelles*.

2545. Nous n'avons pas à nous occuper des stipulations conventionnelles, qui résument uniquement, quoique dans certaines formes déterminées, la volonté des parties, sans aucune intervention du magistrat ou du juge, de telle sorte que c'est à l'intention des parties contractantes qu'on doit se référer pour interpréter la stipulation conventionnelle ; si l'on a bien saisi la nature du contrat de stipulation, on comprendra facilement qu'il y a autant d'espèces de stipulations conventionnelles qu'il y a de dettes contractées en la forme de l'obligation verbale.

2546. Il n'en est point ainsi des trois autres classes de stipulations qui se forment, non pas spontanément, mais seulement sur l'invitation du magistrat ou du juge, et dans des circonstances parfaitement déterminées.

I. — Stipulations judiciaires.

2547. Ainsi que l'énonce le § 1 de notre titre aux *Institutes*, les stipulations judiciaires sont celles que le juge ordonne, et est seul compétent à ordonner, comme : la stipulation *de dolo*, ou la stipulation *de persequendo servo qui in fuga est restituendove pretio.* (§ 1 de n. t. L. 5 pr. D. 45, 1.) [1]

---

ce que cette classification a de séduisant, j'ai préféré étudier le titre XVIII à la fin des stipulations. En effet, bien que les *stipulations* fassent partie des *obligations*, et, par suite, participent aux théories générales qui les régissent, il faut bien reconnaître qu'elles ont un caractère tout spécial et très-remarquable, qu'on doit bien se garder de faire disparaître. Dès lors, puisque le titre XVIII est intitulé, et justement intitulé : *De la division des stipulations*, c'est qu'il concerne spécialement cette forme de s'obliger qui s'appelle la *stipulation*. Il serait donc à craindre qu'une certaine confusion ne se produisît dans l'esprit du lecteur, s'il étudiait cette matière de la division des stipulations, comme une sorte d'annexe à la grande théorie des obligations, tandis qu'elle n'est qu'un appendice intéressant, mais restreint, à l'étude des stipulations.

C'est pour cette raison que, sans adopter la classification ingénieuse de M. Accarias, je me suis néanmoins éloigné de l'ordre des *Institutes*, en plaçant cette étude à la fin des *stipulations*, au lieu de l'intercaler, on ne sait pourquoi, avant les *stipulations inutiles*.

1. Ces stipulations, ainsi que celles qui seront étudiées dans les deux autres classes de stipulations imposées aux parties, portent, dans la terminologie latine, le titre de *cautiones*. Cette appellation n'est pas absolument exacte; en effet, dans la même terminologie on donne proprement le nom de *cautiones* aux *satisdationes*, c'est-à-dire aux engagements des fidéjusseurs qui garantissent une obligation principale. Or, dans la matière que nous allons étudier, le mot *cautio* a un sens très-large : il désigne, non-seulement l'adjonction des fidéjusseurs, mais aussi toute espèce de *sûretés* et de garanties, et même, dans certaines circonstances, de simples promesses « *nudæ repromissiones.* »

2548. Ces deux stipulations supposent nécessairement une instance engagée. Deux plaideurs étant devant le juge, celui-ci prononce une sentence d'absolution envers l'un de ces deux plaideurs, qui aura pris, sur l'invitation du juge, un certain engagement sauvegardant les droits éventuels de l'autre partie. Si le plaideur, que le juge invite à prendre cet engagement, s'y refuse, il sera condamné.

2549. D'après cela, on comprend que c'est en général le *défendeur* qui fournit ces *cautions*, lesquelles ont précisément pour effet pratique de substituer le lien de droit, résultant de cette stipulation, au droit poursuivi en justice. Il est donc facile de saisir pourquoi, à la suite de la stipulation consentie par le défendeur, une sentence d'absolution intervient en faveur de ce dernier.

2550. Il arrive toutefois que, dans certaines situations, c'est le demandeur qui est invité à fournir la caution. Le mécanisme de cette seconde hypothèse est moins facile à saisir que celui de l'espèce précédente. Et, en effet, il ne s'agit plus ici d'une sorte de novation opérée dans la nature du *vinculum juris*, mais d'une obligation accessoire, contrebalançant l'effet trop absolu d'une condamnation prononcée en faveur du demandeur et destinée à sauvegarder certains droits acquis. En voici deux exemples, présentés par M. Demangeat (t. II, p. 285) : 1° le possesseur d'une maison a fourni à son voisin la *cautio damni infecti* (n° 2563); or le véritable propriétaire, s'il revendique la maison contre le possesseur, doit promettre de garantir ce dernier des conséquences de la *cautio damni infecti* qu'il a fournie (L. 19, D. *De rei vin.*); 2° le possesseur d'un fonds est actionné en revendication par Primus et Secundus. Si Primus, le premier, obtient gain de cause, il doit, et c'est justice, s'engager à venir garantir le possesseur (qui va être dépossédé), au cas où, de son côté, Secundus obtiendrait également gain de cause contre cet ex-possesseur (L. 57, D. *De rei. vin.*). La sanction est d'ailleurs la même, et le demandeur qui refuserait de prendre l'engagement qui lui est proposé serait puni par l'absolution du défendeur.

2551. Les *Institutes* citent deux stipulations *judiciales ;* examinons-les successivement.

2552. 1° *Cautio de dolo.* — Je revendique, contre Titius, un esclave dont je suis propriétaire, et le juge en ordonne la restitution. Mais le défendeur ne sera pas absous par cela seul qu'il restituera l'esclave ; il devra, de plus, promettre qu'il n'a commis ou ne commet aucun dol. En effet, si, par exemple, il avait empoisonné l'esclave avant la restitution, celle-ci n'aurait, en ma faveur, qu'un

effet illusoire. C'est donc très-sagement que le juge obligera Titius à me fournir la *cautio de dolo*. Dès lors, je pourrai poursuivre, par l'action civile *ex stipulatu*, la réparation du préjudice que le dol de Titius m'aura fait subir.

2553. Cette *cautio* serait encore plus utile, dans l'hypothèse où Titius aurait, au cours du procès (*inter moras litis*), usucapé l'esclave, ce qui lui permettrait de l'affranchir, de l'aliéner, de le grever de droits réels. La *cautio de dolo* viendra me préserver de toutes les conséquences de ces agissements déloyaux. (L. 18, D. 6,1.) — Bien plus, si la mauvaise foi du possesseur est démontrée, ce possesseur, défendeur au procès, devra garantir non-seulement les conséquences de son dol, mais même celles de sa *culpa*. (L. 45. D. 6,1.)

2554. 2° *Cautio de persequendo servo qui in fuga est restituendove pretio*. — On suppose que je revendique, contre Titius, un esclave qu'il a usucapé *inter moras litis*, dont il est ainsi devenu, au moins momentanément, propriétaire, mais qui s'est enfui, le mettant ainsi dans l'impossibilité matérielle d'en opérer la restitution. — Trois hypothèses peuvent se présenter :

2555. Si l'esclave s'est enfui, sans qu'il y eût aucunement *de la faute* de Titius,—par exemple si, jusque-là, on avait confiance dans cet esclave,—Titius sera absous, à condition de me céder toutes les actions qu'il possédait relativement à cet esclave. (L. 21. D. 6, 1.)

2556. Si maintenant l'esclave s'est enfui par le dol de Titius, celui-ci sera tenu de me payer la somme que je fixerai moi-même, sous la foi du serment. En effet, Titius, s'étant mis lui-même dans l'impossibilité de restituer l'esclave, doit être absolument assimilé au défendeur qui refuse d'obtempérer à l'ordre de restituer la chose revendiquée. (L. 22, D. 6, 1.) Nous verrons en effet, *aux actions*, que les Romains n'admettaient pas en principe l'exécution forcée des sentences judiciaires, en ce qui concernait l'objet même du litige; ainsi toute condamnation se résumait, en dernière analyse, en une condamnation *pécuniaire*. Cela nous paraît bizarre, dans nos idées modernes; mais, en réalité, le résultat pratique était à peu près le même ; en effet, comme on avait soin de fixer la condamnation pécuniaire à un taux sensiblement supérieur à la valeur de l'objet du litige, le défendeur avait un intérêt très-réel à éviter la condamnation pécuniaire, en opérant la restitution.

2557. Après cette digression nécessaire, abordons la troisième hypothèse, qui est précisément intermédiaire entre les deux premières qui viennent d'être examinées. C'est l'hypothèse où l'esclave s'est enfui par suite *de la négligence* du défendeur. Ce dernier

sera traité moins favorablement que si la fuite de l'esclave ne lui était aucunement imputable, mais plus favorablement que si cette fuite était le résultat de son dol; en conséquence, il obtiendra son absolution, à la charge de me promettre, à moi demandeur, qu'il va rechercher l'esclave pour me le restituer en nature, et, s'il ne peut le retrouver, qu'il m'en payera la valeur. Cette promesse porte le titre de : *Cautio de persequendo servo qui in fuga est restituendove pretio.*

2558. La théorie précédente n'est pas universellement acceptée : M. Pellat, notamment, a soutenu, dans son *Commentaire du livre IV des Pandectes* (p. 202), que la *Cautio de persequendo servo*, etc., s'appliquait alors même qu'il n'y avait eu *ni dol ni faute* de la part du défendeur. Mais M. Demangeat (T. II, p. 284) fait justement observer que cette doctrine est contraire : 1° *aux principes*, puisque celui qui a cessé de posséder sans dol et sans faute ne peut être tenu de restituer la chose ou sa valeur; 2° *au texte*, car le jurisconsulte Paul dit positivement : « Si servus *integræ opinionis* videbatur, ut non debuerit custodiri, ABSOLVENDUS EST *possessor*, ut tamen, si interea eum usuceperit, actionibus suis cedat petitori..... Julianus, in his casibus ubi propter fugam servi possessor absolvitur, et non cogitur cavere de persequenda re, tamen cavere debere possessorem si rem nactus fuerit, ut eam restituat. »

2559. Il y a d'autres hypothèses dans lesquelles le juge prononce l'absolution du défendeur, à la charge par celui-ci de prendre certains engagements; mais il n'y a aucun intérêt à les étudier. (V. L. 1. D. 6, 1; L. 12, § 5. D. 10, 4. *Inst. Just.*, §§ 2 et 3, IV, XVII.)

II. — **Stipulations prétoriennes.**

2560. Ces stipulations, comme leur nom l'indique, dérivent de l'autorité du préteur : « *A mero prætoris officio proficiscuntur*, » ou, dans un sens moins restreint, de l'autorité du magistrat. En effet, quand on oppose les stipulations judiciaires aux stipulations prétoriennes, on base cette division sur les attributions fort différentes du *juge* et du *magistrat*. On connaît déjà sommairement (n^os^ 203 et suiv.) la compétence parfaitement déterminée de l'un et de l'autre, et ces idées sommaires seront complétées au début de la grande matière des *actions*. Remarquons seulement, quant à présent, que le magistrat, qui tient dans la juridiction romaine le rôle infiniment prépondérant, est *le préteur*, et c'est pourquoi on parle surtout de *stipulations prétoriennes*, comme on parle surtout de l'*édit prétorien* (v. n° 97); mais les préteurs n'étaient pas les

seuls magistrats compétents pour imposer des engagements aux parties qui se trouvaient en leur présence ; les édiles, notamment, avaient dans certains cas un pouvoir analogue, et les conventions ainsi conclues prenaient le nom de *stipulationes ædilitiæ* : « *Nam et hoc a jurisdictione veniunt.* » (L. 5, pr. D. 45, 1.)

2561. Les stipulations prétoriennes qui, seules, présentent un véritable intérêt juridique [1], se produisaient, à la différence des stipulations judiciaires, dans deux situations distinctes : soit au début d'une instance, soit *extra ordinem*, en dehors de tout litige.

2562. A la première classe appartient, entre autres, la *cautio judicatum solvi*, que nous étudierons, ainsi que plusieurs autres, en examinant le rôle du magistrat dans la procédure romaine. (V. aux actions.) Dans la seconde classe se rangent, d'après les *Institutes*, la *cautio damni infecti* et la *cautio legatorum*.

2563. 1° *Cautio damni infecti.* — Qu'est-ce, tout d'abord, que le *damnum infectum?* Si l'on traduit cette expression littéralement, on trouve : *dommage qui n'est pas encore fait*. La *cautio damni infecti* consiste donc à garantir une certaine personne d'un dommage non encore réalisé, mais qui pourrait se produire à un certain moment.

2564. Il est difficile, dans nos idées modernes, de bien comprendre l'utilité d'une pareille caution. En effet, il est un principe formellement exprimé par nos corps de droit, c'est celui d'après lequel tout fait de l'homme, qui cause à autrui un préjudice, oblige celui par le fait duquel il arrive à le réparer. Ainsi, dans notre législation, il serait puéril de faire promettre à quelqu'un de réparer le préjudice qu'il pourra, à un certain moment, nous occasionner, puisque, le préjudice survenant, nous devenons immédiatement créanciers de la réparation de ce préjudice, quelque considérable qu'il soit.

2565. En droit romain, il en était tout autrement, et, comme le principe dominant était que les BIENS, les objets possédés, ne pouvaient jamais être pour le propriétaire l'occasion d'une perte supérieure à leur propre valeur, on avait admis que, si un objet m'appartenant, maison, animal, esclave, causait un préjudice à Titius, celui-ci ne pouvait point exiger de moi plus que la valeur de cette maison, de cet animal, de cet esclave. Dès lors, en les lui

---

1. Toutefois on peut citer parmi les stipulations édilitiennes la *cautio duplæ*, que le vendeur était, dans certains cas déterminés, tenu de fournir à l'acheteur, soit en vue d'une éviction possible, soit en vue de vices rédhibitoires non apparents au moment de la vente. (L. 28. D. 21, 1 et L. 37, § 1. D. 21. 2.)

abandonnant, j'étais entièrement libéré de toute responsabilité, quelle que fût l'importance du dommage éprouvé. (V. abandon noxal.)

2566. Dès lors, si je suppose qu'un objet appartenant à Titius, sa maison, par exemple, menace ruine et peut être susceptible, en s'écroulant, de me causer un préjudice important, je pourrai appeler Titius devant le magistrat, qui le forcera à me promettre la réparation complète du préjudice qui pourra résulter pour moi de l'écroulement de sa maison. Titius ne pourrait, sans mauvaise foi, refuser de contracter cet engagement. En effet, ou la maison est solide, et, dès lors, il ne court aucun risque en garantissant la réparation d'un dommage qui n'aura pas lieu, ou bien, réellement, la maison menace ruine, et alors il est dans son tort s'il ne la fait pas réparer ou consolider. (L. 7, pr. D. 39, 2.)

2567. Il est vrai, pourrait-on dire, que, même dans une législation reconnaissant la plénitude de l'obligation du propriétaire à réparer le préjudice causé par sa chose, la *cautio damni infecti* présenterait une utilité sérieuse, en faisant corroborer, par un promettant accessoire, l'obligation d'un dédommagement complet? Mais cette observation ne serait pas absolument fondée : d'abord, parce que l'adjonction d'une *caution* est sans utilité, si la personne cautionnée est solvable ; ensuite, parce que la *cautio* proprement dite n'était point toujours exigée, et que souvent on se contentait d'une *nuda repromissio.*

2568. Après cette théorie rapide, les détails de la *cautio damni infecti* offrent peu d'intérêt. Examinons-les donc rapidement.

2569. En prenant l'espèce dont j'ai parlé, c'est-à-dire l'hypothèse où je crains qu'une maison *ruinosa*, appartenant à Titius, ne me cause un préjudice, je pouvais, suivant le cas, exiger, soit une simple promesse (*nuda repromissio*), soit un engagement garanti par des fidéjusseurs (*satisdatio*).

2570. S'agit-il d'un propriétaire ou d'un possesseur de bonne foi? On ne peut lui demander qu'une *nuda repromissio*, sans doute parce qu'il est le premier intéressé à la conservation de sa chose. S'il s'agit, au contraire, d'un superficiaire ou d'un usufruitier, d'un créancier gagiste ou d'un homme qui a construit *in loco publico*, on pourra exiger de lui une *satisdatio*.

2571. Mais comment contraindre le défendeur à faire cette *nuda repromissio*, à fournir cette *satisdatio?* Il faut distinguer suivant les époques. A l'origine, on supposait, dit M. Demangeat, que la caution était fournie, en ce sens que, le dommage prévu se réalisant, action était donnée *proinde ac si de ea re, cum ita postulatum*

essēt, damni infecti ex formula recte repromissum satisve datum esset. (*Lex Galliæ cisalpinæ*, ch. XX.) Je ne comprends pas, je l'avoue, cette fiction, au moins en ce qui concerne la *cautio*. En effet, s'il est évident que la *nuda repromissio* fictive produit les mêmes effets pratiques que la *nuda repromissio* qui aurait été faite avant le dommage réalisé, je ne conçois plus comment la fiction d'un engagement accessoire, d'une *cautio*, pourrait produire les mêmes effets que la *cautio* réellement fournie.— Sans insister davantage, passons au second état du droit, qui fut sans doute la conséquence de la situation évidemment imparfaite que je viens d'indiquer : le préteur admit bientôt que, sur le refus de fournir la *cautio*, il y aurait tout d'abord un envoi en possession au profit du voisin demandeur. Mais cet envoi en possession s'accomplissait généralement en deux périodes successives : par un premier décret, le voisin est mis seulement *in possessione*, et cette possession de fait disparaît si la *cautio* est fournie ; mais si la *cautio* n'est pas fournie au bout d'un certain délai, un second décret, après une *causæ cognitio* ou enquête préalable, place la maison *ruinosa* IN BONIS du demandeur, qui usucape et devient propriétaire définitif. (L. 15, § 16. D. 39, 2. L. 1. pr. D. 23, 5.)

2572. La *cautio damni infecti* est encore employée dans l'hypothèse suivante : Si je veux, en vertu d'un droit de servitude qui m'appartient, faire un certain travail sur le fonds servant, je puis être contraint, avant de commencer ce travail, à donner à mon voisin la caution *damni infecti*, par laquelle je m'engage à réparer le dommage que mon travail pourra lui occasionner. (L. 30. D. 39, 2.)

2573. 2° *Cautio legatorum.* — J'ai été institué légataire, mais seulement *à terme* ou *sous condition*. Par conséquent, je ne puis réclamer à l'héritier institué le payement du legs ? Or cette situation offre pour moi un danger très-réel ; en effet, si, pendant le temps qui s'écoule jusqu'à l'arrivée du terme ou la réalisation de la condition, l'héritier devient insolvable, je perdrai le bénéfice de la disposition testamentaire faite à mon profit. Pour parer à cette éventualité, le préteur oblige l'héritier à me promettre, avec l'adjonction de garanties (fidéjusseurs, hypothèque, etc.), qu'il exécutera le legs à l'arrivée du terme ou de la condition. Or ces sûretés accessoires diminueront les chances mauvaises qui résulteraient pour moi de l'insolvabilité possible de l'héritier. — Qu'arrivera-t-il maintenant si cet héritier refuse de me donner ces garanties? Le préteur use encore, dans cette situation, de son procédé habituel : il m'envoie en possession des biens héréditaires. Mais il faut remarquer que je ne deviens point propriétaire de ces

biens, je n'en suis pas même possesseur proprement dit, mais seulement le gardien ; en d'autres termes, cet envoi en possession constitue un véritable séquestre. (L. 1, § 2. D. 36, 3 ; L. 28. D. 20, 1 ; — titre 4. Lib. 36. D.)

III. — **Stipulations communes.**

2574. Les stipulations que nous allons étudier ont reçu la dénomination de *communes*, parce qu'elles peuvent être ou *prétoriennes* ou *judiciaires*. En d'autres termes, c'est ordinairement le préteur qui les ordonne, mais le juge pourrait également les ordonner dans certains cas déterminés. En conséquence, ces stipulations ne pouvant rentrer absolument ni dans la classe des stipulations judiciaires ni dans celle des stipulations prétoriennes forment une catégorie toute spéciale.

2575. Les *Institutes* nous donnent deux exemples de stipulations communes :

2576. 1° *Cautio de rato.* — La *cautio rem ratam dominum habiturum*, plus brièvement appelée *cautio de rato*, n'est que l'un des incidents d'une matière que nous aurons à étudier plus tard, *aux actions*, en expliquant le titre : « *De iis per quos agere possumus.* »

Bornons-nous donc à indiquer rapidement ce qu'est cette *cautio de rato*, et comment elle prend place parmi les *stipulations communes*.

2577. Sous l'empire des *actions de la loi*, personne ne pouvait plaider pour autrui, sauf dans certaines situations toutes particulières, qui mettaient en jeu les intérêts publics.

Ce système était fort incommode. Aussi la *procédure formulaire* admit-elle la *représentation des plaideurs*, d'une manière générale. Mais les conséquences du procès ainsi intenté ou soutenu n'étaient point toujours les mêmes. Tantôt le mandataire au procès s'identifiait complétement avec le véritable intéressé, le *dominus litis*, qui était ainsi soumis en personne, activement et passivement, à l'action *judicati* résultant de la sentence prononcée par le juge. Tantôt c'était le mandataire, contre lequel compétait, activement et passivement, cette même action *judicati*. Dans cette dernière hypothèse, le *dominus litis* conservait son droit intact, malgré l'action accordée à son *procurator*, et aurait pu le faire valoir de nouveau contre le défendeur déjà condamné en vertu du même droit. Aussi le préteur n'accordait-il une *formule* au *procurator* que si ce dernier s'engageait, soit par simple promesse, soit par fidéjusseurs, à faire ratifier, par son mandant, toutes les conséquences du procès entamé : « *Procurator si agat, satisdare jubetur ratam rem dominum*

habiturum : periculum enim est ne iterum dominus de eadem re experiatur. » (Gaïus, IV, § 58 ; *Inst.*, pr. et § 1, IV, XI.)

Dès lors, si le mandant veut, plus tard, intenter de nouveau contre moi (défendeur au premier procès suivi par le *procurator*) l'action qui résultait de son droit primitif, je ne pourrai me soustraire aux conséquences de ce second procès, mais j'exercerai mon recours, en vertu de la caution fournie, contre le *procurator* ou ses fidéjusseurs, s'il en a été donné.

2578. Comment, dans cette situation, les *Institutes* ont-elles rangé cette *cautio* dans la classe des stipulations *communes?* Voilà ce qu'il nous semble bien difficile d'expliquer. En effet, d'après les notions qui précèdent, il est facile de voir que c'était le préteur seul, et non pas le juge, qui ordonnait cette caution ; c'est pourquoi Ulpien dit très-nettement, et avec grande raison : *Rati habitionis satisdatio* ANTE LITIS CONTESTATIONEM *a procuratore exigitur; cæterum*, SEMEL LITE CONTESTATA NON COMPELLETUR *ad cautionem.* (L. 40, § 3. D. 3, 3.)

2579. M. Demangeat cherche à tout concilier (t. II, p. 288), en disant : « Qu'a donc voulu dire Justinien, en présentant la *stipulatio de rato* comme une stipulation commune? Sans doute son idée est que, d'une part, la *cautio* dont il s'agit est d'institution prétorienne, et que, d'autre part, dans chaque affaire, elle est fournie sur l'ordre du juge (qui, du reste, dans le droit de Justinien, se confond avec le magistrat)... »

2580. Cette explication est bien subtile; et, du reste, l'éminent professeur ne mettant pas en doute que la *cautio rem pupilli salvam fore* puisse être ordonnée et par le magistrat et par le juge, comment peut-il expliquer que Justinien ait donné simultanément, comme exemple des stipulations *communes*, et cette dernière caution qui, incontestablement, peut être imposée par la double autorité du préteur et du *judex*, et la *cautio de rato* qui dépendrait seulement du juge? Je crois plus prudent d'admettre que la *cautio de rato* pouvait être ordonnée, le plus ordinairement par le préteur, mais aussi par le *judex*, dans certains cas exceptionnels, lorsque « ...*res aliter expediri non potest* », ce qui est précisément le caractère des stipulations *communes*.

2581. 2° *Cautio rem pupilli salvam fore.* — Nous avons vu, en étudiant la *tutelle*, que cette caution est fournie, tantôt par certains tuteurs à leur pupille, tantôt par le tuteur qui va seul administrer à ses coluteurs. Cette caution est *commune*, parce que, si elle a été instituée et réglementée par le préteur, et si elle est souvent ordonnée par lui, elle peut l'être également par le *judex*, dans

certaines situations où l'on ne peut faire autrement : « *Res aliter expediri non potest.* » Tel est le cas où le tuteur qui doit fournir cette caution, mais ne l'a point fait encore, actionne un débiteur du pupille. Le juge ordonnera au tuteur de fournir immédiatement cette caution ; autrement, la sentence rendue contre le tuteur serait frappée de nullité. (*Inst.* pr. et § 1, I, XXIV ; L. 17, pr. D. 26, 2 ; L. 3. C. 5, 42.)

2582. *Observation.* — Dans le titre des *Institutes*, qui vient d'être étudié, les expressions *judiciales*, *prætoriæ*, *communes*, ont un sens parfaitement déterminé. Elles se réfèrent uniquement à l'autorité de laquelle émanent ces stipulations.

2583. Voici un texte d'Ulpien qui va nous offrir une tout autre division des stipulations : « *Prætoriarum stipulationum tres videntur esse species :* JUDICIALES, CAUTIONALES, COMMUNES. *Judiciales eas dicimus, quum propter judicium interponuntur : ut ratum fiat ; ut judicatum solvi et ex novi operis nunciatione. — Cautionales sunt autem quæ instar actionis habent et ut sit nova actio intercedunt : ut de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam rem haberi, et damni infecti. — Communes sunt stipulationes quæ fiunt judicio sistendi causa.* »

2584. On voit que cette division repose sur le but que poursuit la stipulation. Survient-elle pour assurer le résultat d'une instance, comme la *cautio judicatum solvi* et la *cautio* donnée dans la *novi operis nunciatio* (v. ce mot à la table), c'est une stipulation *judicialis*. — A-t-elle pour but de procurer une action, dans une hypothèse déterminée, à celui qui n'en aurait pas sans cela, c'est une stipulation *cautionalis*. — C'est du reste, par suite d'une transposition, selon la majorité des interprètes, que le texte d'Ulpien cite, parmi les stipulations *cautionales*, — et à côté des cautions *legatorum*, *damni infecti*, *rem pupilli salvam fore*, — la caution *de rato*, qui paraît être plutôt *judicialis*. — Enfin, la stipulation *communis* est celle qui est en même temps *judicialis* et *cautionalis*. Telle est la *cautio in judicio sistendi*, que nous étudierons aux *actions*. (V. au *Digeste*, 2, 6 et 2, 8.)

2585. Remarquons d'ailleurs que les stipulations *judiciales*, *cautionales et communes* sont toutes, d'après le texte, des stipulations *prætoriæ*.

2586. Ceci nous conduit à terminer cette explication de notre titre, *De divisione stipulationum*, par cette réflexion : Il n'y a en réalité qu'une *division générale* des stipulations : d'un côté, les stipulations spontanées, libres, appelées aussi conventionnelles ; de l'autre, les stipulations réglées et imposées par l'autorité. La première

classe ne reçoit pas de subdivision. La seconde classe, au contraire, se subdivise selon plusieurs théories :

La classification présentée par les *Institutes* n'a rien de rationnel, car elle repose uniquement sur les hasards de la procédure.

La classification émanée d'Ulpien n'est pas plus satisfaisante, et même elle contient des erreurs.

2587. Enfin M. Accarias (t. II, p. 746) adopte une classification qui me paraît donner peu de prise à la critique : « Parmi les stipulations que l'autorité impose, les unes ne figurent pas dans l'édit, et je leur laisserai, si l'on veut, le nom de stipulations judiciaires, mais sans distinguer si, en fait, c'est le juge ou le magistrat qui les ordonne. Les autres, au contraire, sont proposées dans l'édit, c'est-à-dire que, d'avance et d'une manière générale, le magistrat détermine les cas où elles seront exigibles et la formule dans laquelle elles devront être conçues. Ce sont ces dernières, seules, qu'il faut appeler prétoriennes (L. 52, pr. *De verb. ob.*); et cela quand même elles interviendraient en fait sur l'ordre du juge, ou même à l'amiable. »

CHAPITRE III

CONTRATS QUI SE FORMENT LITTERIS

(*Inst.*, III, t. XXI.)

I. — Préliminaires.

« Il y avait autrefois des obligations qui se contractaient au moyen de certaines écritures, ou, comme on disait alors, par *nomina* : ces *nomina* sont de nos jours tombés en désuétude. — Toutefois, si quelqu'un a reconnu par écrit devoir une somme qui ne lui a pas été comptée, il ne peut plus, quand il s'est écoulé un long espace de temps, opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ* (d'argent non compté) : c'est un point que les constitutions ont fréquemment décidé. Ainsi, puisque aujourd'hui il ne peut plus se plaindre (c'est-à-dire exciper du défaut de numération), il est donc obligé par son écrit, en supposant d'ailleurs qu'il n'y ait pas d'obligation verbale.

« Le long temps, passé lequel on ne pouvait plus opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ*, avait été fixé à cinq ans par les constitutions impériales : nous l'avons réduit à deux ans, afin que les créanciers ne restent pas trop longtemps exposés à perdre leur argent. »

2588. L'obligation littérale, qui a disparu sous Justinien, était celle qui résultait de l'*inscription matérielle*, comme l'obligation verbale résulte du prononcé de certaines paroles déterminées.

2589. Il faut savoir, en effet, que les Romains, dès les premiers temps de la République, avaient coutume de constater le mouvement de leur fortune sur certains registres.

2590. L'un de ces registres, qu'on appelait *adversaria*, n'était autre chose qu'un cahier brouillon, un *livre-journal*, sur lequel étaient mentionnées, jour par jour, toutes les opérations, recettes ou dépenses qui intéressaient les fortunes particulières.

2591. L'autre, appelé *tabulæ* ou *codex expensi et accepti*, était un registre méthodique, analogue au grand-livre de nos commerçants, dans lequel les Romains relevaient toutes les opérations mentionnées aux *adversaria*, dans des comptes spéciaux ouverts à toute personne avec laquelle ils se trouvaient en affaire.

2592. Les *adversaria* n'avaient aucune force probante et ne pouvaient en rien intervenir dans les rapports juridiques des particuliers. Quant au *codex*, il en était tout autrement : il faisait foi en justice de toutes les opérations qui s'y trouvaient portées, même en faveur de celui auquel il appartenait; mais, bien entendu, cette force probante pouvait être combattue par la preuve contraire, et notamment par la production du *codex* de l'adversaire.

II. — **Formation du contrat.**

2593. Ce n'était là, d'ailleurs, qu'une face extrêmement restreinte de la valeur juridique attribuée aux *tabulæ expensi et accepti*. Le caractère absolument original de ce registre, caractère qui va nous faire entrer immédiatement dans la matière des *obligations littérales*, c'est que, dans certains cas, l'inscription sur le registre donnait immédiatement naissance à un *vinculum juris*, à une obligation aussi absolue que si elle fût résultée, par exemple, du prononcé des paroles solennelles de la stipulation.

2594. En d'autres termes, non-seulement une obligation peut être *constatée litteris*, par une énonciation portée au *codex*, mais elle peut également être FORMÉE *litteris*, par une simple énonciation portée audit *codex*.

2595. Cette différence profonde dans les inscriptions des *tabulæ* avait introduit une terminologie particulière.

2596. Les inscriptions qui ne constituaient que des instruments de preuve s'appelaient *arcaria nomina*, et les deux textes de Gaïus (G. III) suffiront à en faire connaître le mécanisme d'ailleurs peu intéressant : « § 131... Ces dernières inscriptions (*arcaria nomina*) ne créent pas d'obligation littérale, car l'obligation ne se forme que par la numération de l'argent; c'est la numération de l'argent prêté qui fait naître l'obligation; aussi disons-nous avec raison que les *arcaria nomina* ne forment pas une obligation, mais servent à prouver une obligation préexistante. — § 132. C'est pour cela

qu'on dit, avec raison, que *les étrangers* peuvent s'obliger *ex arcariis nominibus*, parce qu'ils ne s'obligent pas par l'inscription, mais par la numération des espèces : or ce genre d'obligation est du droit des gens. »

2596 *bis*. Quant aux inscriptions qui faisaient naître les obligations littérales, elles portaient, suivant les circonstances, les noms de : *expensilatio*, *nomen transcriptitium*.

2597. Supposons que, de votre consentement à vous, Titius, j'écrive sur mon registre la mention : « *expensum Titio centum* », il y a création d'une obligation nouvelle, et l'effet immédiat de cette mention est de vous obliger envers moi, comme si je vous avais remis les *centum*, par exemple, à titre de *mutuum*. — On voit donc que, dans cette hypothèse, le fait générateur de l'obligation est l'*écrit*, et l'écrit seul. En un mot, dans ce cas, l'inscription est la *causa civilis* de l'obligation. (V., pour plus de détails, n^os^ 2032 et suiv.) Il est facile de comprendre comment, le mot *expensum* se trouvant dans l'écriture qui faisait naître l'obligation, le contrat dont cette formule était la *causa civilis* portait le nom d'*expensilatio*.

2598. Est-ce à dire que la seule inscription sur mon registre, avec votre consentement, suffit pour vous constituer mon débiteur. Évidemment non ; et il faut qu'il y ait eu numération, ou, primitivement, *pesée* d'espèces (*pecunia*), c'est-à-dire une tradition matérielle corroborée par l'élément solennel de l'inscription. Ne faut-il pas de plus qu'il y ait eu, de la part de celui qui devient débiteur, une inscription correspondante sur son registre ? C'est ce que nous examinerons plus bas.

(V. plus bas, n^os^ 2611 et suiv., le *nomen transcriptitium*.)

III. — Différences et ressemblances entre le contrat verbal et le contrat littéral.

2599. L'*expensilatio* offre de grandes analogies avec la stipulation, et les Romains assimilaient souvent l'une à l'autre ces deux formes de contracter. Ainsi Paul dit très-nettement : « *Non figura litterarum, sed oratione quam exprimunt litteræ, obligamur : quatenus placuit non minus valere quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.* » (L. 38. D. 44, 7.) Ainsi : 1° l'*expensilatio*, comme la *stipulatio*, est un contrat de droit strict garanti par la *condictio certi;* — 2° dans la *stipulation*, comme dans l'*expensilatio*, une formule solennelle était nécessaire, énoncée *verbalement* dans la première, et *par écrit* dans la seconde ; — 3° l'*expensilatio*, comme la *stipulatio*, était moins un contrat particulier

qu'une manière de donner la force juridique aux conventions des parties. Aussi l'*expensilatio*, tout en étant sans doute, à l'origine surtout, destinée à consacrer les créances résultant de la remise d'espèces, servait très-souvent, comme la stipulation, à nover une obligation préexistante. — Enfin, selon certains interprètes dont je repousserai tout à l'heure l'opinion, comme dans la stipulation deux parties intervenaient, dont l'une stipulait et l'autre promettait, de même, dans l'*expensilatio*, deux parties intervenaient, dont l'une, le créancier, portait sur son registre une certaine somme comme pesée et livrée à son débiteur, et dont l'autre, le débiteur, portait cette même somme sur son registre, comme pesée et reçue du créancier.

Par contre :

2600. 1° La stipulation, comme nous l'avons vu, ne pouvait se former qu'entre personnes présentes et matériellement capables, le créancier d'interroger, le débiteur d'entendre l'interrogation et d'y répondre. — Rien de semblable pour l'*expensilatio* : il suffisait, pour que l'obligation se formât, que celui qui allait devenir créancier inscrivît la formule consacrée, bien entendu, avec le consentement de celui qui allait devenir débiteur, mais consentement donné d'une façon quelconque : « *Absenti expensum ferri potest, etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit.* » (Gaïus, III, § 138.)

2601. 2° La stipulation pouvait s'appliquer à tout engagement : dation, fait, abstention ; elle pouvait avoir pour objet une chose déterminée ou une chose indéterminée, d'où résultait la nécessité de la sanctionner par une double action : la *condictio certi* et la *condictio incerti* ou *ex stipulatu*. — Au contraire, l'*expensilatio* s'appliquait exclusivement, on le conçoit, à des sommes ou quantités déterminées, d'où résultait qu'elle ne pouvait donner ouverture qu'à la *condictio certi*.

2602. 3° Nous avons vu que la *stipulation* pouvait être faite à terme ou sous condition. — L'*expensilatio*, au contraire, ne peut être que pure et simple. (*Fragm. Vatic.*, § 329.)

2603. La stipulation, sauf en la forme : « *Spondesne? Spondeo*, » appartenait au droit des gens, c'est-à-dire que les pérégrins pouvaient s'obliger par cette forme de contracter. Au contraire, l'*expensilatio*, au moins dans l'origine, était réservée aux seuls citoyens romains.

Nous reviendrons sur cette question en étudiant les *chirographa* et les *syngrapha*. (N^os^ 2618 et suiv.)

2604. 5° Enfin, dans l'opinion que nous adoptons, la stipulation n'est formée que si l'interrogation du futur créancier a pour contre-

partie immédiate la réponse du futur débiteur, — tandis que l'*expensilatio* ne comporte que l'*inscription* par le futur créancier sur son propre registre,

2605. Nous adoptons cette opinion, bien que d'autres interprètes prétendent que la mention, mise sur le registre du créancier, « *expensum Titio centum*, » doive être complétée par une mention corrélative mise sur le registre du débiteur : « *acceptum a Mævio centum* ». Examinons ces deux opinions :

2606. Il est probable que, dans la pratique, le contrat littéral était mentionné, sous les deux aspects, sur le registre du créancier et sur le registre du débiteur. Comment, en effet, en aurait-il été autrement, puisque le *codex expensi et accepti* est précisément destiné, comme, du reste, son nom le prouve surabondamment, à indiquer la situation exacte de la fortune des particuliers, c'est-à-dire non-seulement leurs créances (*expensum*), mais aussi leurs dettes (*acceptum*). Cicéron, dans un texte souvent cité, indique bien cette idée quand, en parlant de son adversaire Fannius, il dit : « *Quod si ille suas proferet tabulas, proferet suas quoque Roscius : erit in illius tabulis hoc nomen, at in hujus non erit. Cur potius illius quam hujus credetur? Scripsisset ille, si non jussu hujus expensum tulisset? Non scripsisset hic quod sibi expensum ferri jussisset? Nam quemadmodum* TURPE EST *scribere quod non debeatur, sic improbum est non referre quod debeas : æque enim tabulæ condemnantur ejus qui verum non retulit, et hujus qui falsum perscripsit.* » (*Pro Roscio*, n° 1.)

2607. Ce texte, qui établit parfaitement les principes, quant à la tenue régulière du *codex expensi et accepti*, et quant aux *éléments de preuve* qui doivent résulter de la comparaison des registres des deux adversaires, prouve de la façon la plus nette qu'aucune écriture n'est obligatoire de la part du débiteur. En effet, dans l'espèce, le demandeur Fannius Chéréa avait fait une inscription, quand Roscius n'en avait fait aucune. Au lieu d'invoquer cette abstention, qui eût été décisive dans le sens que nous combattons, Cicéron plaide seulement que l'inscription du demandeur était irrégulière et nulle parce qu'elle avait été faite non pas sur le *codex*, mais sur un simple brouillon.

D'un autre côté, ce qui prouve bien que deux *écritures corrélatives* ne sont pas nécessaires pour la formation du contrat littéral, c'est que, si une seule inscription ne constituait qu'une véritable lettre-morte, il n'y aurait aucune honte à la mentionner : « *Turpe est scribere quod non debeatur...* »

2608. Du reste, c'est uniquement la question de preuve qui préoccupe Cicéron, et c'est dans le même ordre d'idées qu'au dire de

Sénèque (*De beneficiis*, l. II, ch. XXIII, et l. III, ch. XV), des témoins, *pararii*, intervenaient pour constater que l'inscription, faite par le créancier, était conforme à la volonté du débiteur.

2609. On invoque, il est vrai, un texte de Gaïus qui, mettant sur la même ligne le contrat verbal et le contrat littéral, les oppose aux contrats consensuels : « Pareillement, dans ces contrats (consensuels), chaque partie s'oblige envers l'autre pour ce qu'elles doivent se fournir *ex æquo et bono ;* tandis que, dans les obligations verbales, l'un stipule et l'autre promet, et, dans les contrats littéraux, l'un oblige l'autre en portant l'argent comme pesé, et l'autre est obligé. » (Gaïus, II, 137.) Mais précisément, à la lecture attentive de ce texte, on voit très-bien que Gaïus entend opposer, à des contrats synallagmatiques, des contrats unilatéraux, et que, s'il réunit dans une même classification le contrat verbal et le contrat littéral, ce n'est pas du tout pour démontrer qu'il doit y avoir de la part de celui qui va devenir débiteur *litteris* une inscription analogue à la réponse du débiteur *verbis*. Cela est si vrai que Gaïus spécifie que l'obligation résulte de la *simple expensilatio* : « *Alius expensum ferendo obligat*... »

2610. Enfin, si deux inscriptions corrélatives avaient été nécessaires pour la formation de l'obligation littérale, les jurisconsultes romains ne se seraient jamais posé la question de savoir si les pérégrins pouvaient s'obliger *litteris*, attendu que les pérégrins ignoraient l'usage du *codex*. (Gaïus, III, 133.)

IV. — Nomina transcriptitia.

2611. On désignait ainsi certaines opérations spéciales qui s'effectuaient par des inscriptions sur le *codex*. Il est même probable que c'était à ces opérations que le contrat littéral était le plus souvent employé.

2612. Gaïus (C. III) nous indique d'une facon complète ce qu'étaient ces *nomina transcriptitia* :

« § 128. L'obligation littérale a lieu, par exemple, dans les *nomina transcriptitia*. Or cette transcription se fait de deux manières : soit *a re in personam*, soit *a persona in personam*. »

« § 129. La transcription *a re in personam* a lieu lorsque je porte comme pesé pour votre compte ce que vous me devez en vertu d'une vente, d'un louage ou d'un contrat de société. »

« § 180. La transcription *a persona in personam* a lieu lorsque je porte comme pesé pour votre compte ce que Titius me devait, c'est-à-dire lorsque Titius vous a délégué à moi. »

2613. D'après ces textes, le *nomen transcriptitium* n'était donc autre chose qu'un moyen d'opérer une novation, c'est-à-dire de substituer une obligation nouvelle à une obligation antérieurement existante. On a prétendu, il est vrai, que le *nomen transcriptitium* ne produisait pas toujours une novation, et voici comment M. Accarias (T. II, p. 384) formule cette opinion : « Ce serait une erreur grave de s'imaginer, sur le vu des hypothèses présentées par Gaïus, que ce contrat tende invariablement, semblable en cela à la novation, à remplacer une obligation antérieure par une obligation nouvelle. Il est fort possible, en effet, qu'il ne se rattache à aucun rapport de droit préexistant. Par exemple, je veux vous faire une donation ou vous ouvrir un crédit : vous écrirez sur votre livre que vous avez reçu de moi telle somme, puis que vous me l'avez comptée. Ce sera alors une *transcriptio a re in personam.* »

2614. Il me semble difficile de comprendre parfaitement cet exemple, et je trouve plus prudent de nous en tenir au texte de Gaïus, et de dire que le *nomen transcriptitium* n'est autre chose qu'un mode de transformer en obligation littérale une obligation préexistante, avec changement de débiteur ou modification dans l'objet de l'obligation. — Du reste, les textes de Gaïus, alors même qu'on les considérerait comme moins explicites qu'ils ne me paraissent, ne sont-ils pas puissamment corroborés par ce texte de Théophile : « *Prior obligatio extinguebatur : nova autem,* ID EST LITTERARUM, *nascebatur?* »

2615. Pour en finir avec les *nomina transcriptitia*, disons que plusieurs interprètes, M. Accarias notamment, enseignent que l'obligation littérale se confond entièrement avec le *nomen transcriptitium*, que le mot *expensilatio* ne convient point à ce mode de contracter, mais bien celui de *transcriptio ;* qu'en d'autres termes jamais le contrat littéral n'intervient autrement qu'en la forme d'une *transcriptio a re in personam* ou *a persona in personam.* — Il me semble impossible d'admettre cette opinion contredite par le texte même qu'elle invoque, le § 128 de Gaïus, et qui, si elle ne s'appuie pas sur d'autres textes, ne s'appuie pas davantage sur l'utilité pratique qu'une application si exclusive aurait produite. Quel avantage, en effet, aurait-on retiré de ce mode d'opérer une *transcriptio*, dans certains cas tout à fait spéciaux, quand la stipulation aurait tout aussi bien pu produire ce résultat? Et le texte de Gaïus ne dit-il pas : « LITTERIS OBLIGATIO *fit* VELUTI *in nominibus transcriptitiis...* » Gaïus ne dit-il pas encore (III, 134) : « *Litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis?...* » Or ces deux textes ne prouvent-ils pas amplement que l'*obligation littérale*

est le *genre*, tandis que lés *nomina transcriptitia*, les *chirographa* et les *syngraphæ* ne sont que des *espèces* ?

Si quelques textes emploient surtout l'expression *transcriptio*, en traitant de l'obligation littérale, ne voyons rien là qui contredise notre opinion. N'avons-nous pas, en effet, remarqué quelque chose d'analogue, en traitant des *obligations verbales*, dont on parle surtout sous le titre de *stipulation*, quand la stipulation n'était qu'une *espèce*, la plus importante, il est vrai, du *genre* des obligations contractées *verbis* ? (N^os^ 2118 et suiv.)

2616. Ne peut-on pas dire que le *contrat littéral*, du reste peu usité, servait principalement à remplacer la stipulation, dans certaines circonstances où celle-ci ne pouvait être employée, par exemple quand l'un des contractants était sourd, muet ou absent ?

2617. Remarquons, dans tous ces cas : 1° que la *transcriptio a re in personam* offrait au créancier un double avantage : l'objet de sa créance était désormais un *certum* dont il pouvait poursuivre le payement par une *actio stricti juris* ; la novation qui avait eu lieu le préservait des exceptions que le débiteur aurait pu opposer aux actions *venditi*, *locati*, *pro socio*, etc. ; 2° que la *transcriptio a persona in personam* était une véritable délégation du débiteur, et que ce mode de transfert devait surtout se pratiquer entre banquiers.

V. — **Chirographa. — Syngraphæ.**

2618. A l'origine, il paraît que les citoyens romains étaient seuls admis à l'*expensilatio*, parce que cette forme de contracter appartenait au droit civil. — Mais cette exclusion ne fit que s'atténuer avec le temps. Déjà du temps de Gaïus on discutait la question de savoir si les pérégrins ne pouvaient pas s'obliger par une *transcriptio a re in personam*. Les Proculiens opinaient pour la négative, les Sabiniens pour l'affirmative. — Quant à la *transcriptio a persona in personam*, les deux écoles étaient d'accord pour les interdire aux pérégrins. (Gaïus, III, 133.)

2619. Bientôt la situation s'améliora en faveur de ces derniers : s'ils continuèrent à être exclus (d'après les Proculiens) de l'institution civile des *nomina transcriptitia*, il paraît, du moins, qu'ils pouvaient s'obliger en déclarant par écrit leur volonté de s'obliger. Ces écrits, émanés de la main du débiteur et conservés par le créancier, étaient dits *chirographa*. Étaient-ils écrits en double, signés et conservés par chacune des parties contractantes, ils s'appelaient *syngraphæ*. (*Asconius ad Ciceronem in Verrem, act. II, lib. I,*

§ 369. — L. 47, § 1. D. 2, 14. — L. 41, § 2. D. 22, 1.) Dans tous les cas, ils donnaient lieu à la *condictio certi*.

2620. Quelle était maintenant la valeur de ces écrits? Ici deux théories entièrement tranchées : la doctrine allemande prétend que les *chirographa* et les *syngraphæ* n'étaient que des moyens de preuve, des *instrumenta*, des *cautiones*. — En France, au contraire, on pense généralement que ces écrits constituaient une forme de s'obliger par l'*écriture ;* qu'en d'autres termes, ils remplissaient, mais plus spécialement pour les pérégrins, le rôle que l'*expensilatio* remplissait dans le principe pour les seuls citoyens romains. Ainsi l'*écriture* matérielle serait donc, dans ces deux sortes d'actes, comme sur le *codex* du père de famille romain, la cause efficiente de l'obligation. C'est ce qui nous semble bien résulter du paragraphe suivant de Gaïus (C. III) : « § 134. *Præterea* LITTERARUM OBLIGATIO FIERI VIDETUR *chirographis et syngraphis, id est, si quid debere se, aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat, quod genus obligationis proprium peregrinorum est.* » Les pérégrins étaient donc admis, sans conteste, à ce mode de contracter, et il est probable que les citoyens romains s'en servaient également, abandonnant l'*expensilatio*, évolution que nous avons déjà vue se produire dans l'*adpromissio*. (Nos 2484 et suiv.) Ceci nous conduit à étudier ce qu'est devenue l'obligation littérale dans le droit de Justinien.

VI. — Droit de Justinien. — Exception non numeratæ pecuniæ.

2621. La première phrase de notre titre énonce que l'obligation littérale n'était plus en usage à l'époque de Justinien. En effet, le *codex accepti et expensi*, ainsi que les *nomina* soit *transcriptitia* soit *arcaria*, sont tombés depuis longtemps en désuétude. Les *syngraphæ* ont également disparu. Les *chirographa* seuls apparaissent encore dans plusieurs textes du *Digeste* ou du *Code*, mais dans un sens entièrement différent du sens primitif; désormais ils ne sont pas autre chose que des éléments de preuve, des *instrumenta*.

2622. Comment donc, dans cette situation, Justinien parle-t-il d'obligations contractées *litteris?* Par suite d'une étrange confusion entre la cause de l'obligation et la preuve. Voici comment. Dans la théorie de l'obligation *littérale*, c'est l'inscription qui fait naître, qui crée l'obligation. L'écriture est donc alors la *cause* de l'obligation. Sous Justinien, l'écrit est tout simplement devenu la constatation d'un contrat de prêt d'argent, en un mot, d'un *mutuum*. Or Jus-

tinien envisage la situation suivante, qui, je l'avoue, me semble assez étrange : un homme a eu l'imprudence de reconnaître par écrit que Titius lui a consenti un prêt d'argent; mais Titius, une fois nanti de cette reconnaissance, refuse de verser les espèces. (L. 7, C. 4, 30.) Or la jurisprudence a établi, ainsi que nous allons le voir, que le souscripteur du billet, qui n'a pas reçu l'argent, et qui se trouve actionné par le porteur de ce billet, peut lui opposer cette exception dite *non numeratæ pecuniæ;* dès lors le demandeur est obligé de prouver qu'il a fait la numération des espèces, ce qui, par parenthèse, est contraire à la double règle : *Onus probandi incumbit actori... reus excipiendo fit actor.* En d'autres termes, il ne suffit pas au créancier d'exhiber purement et simplement l'écrit qui paraît prouver qu'il aurait jadis compté des espèces à Titius; il doit prouver que cette numération d'espèces a réellement été opérée.

2623. On comprend que, pour protéger le pseudo-débiteur contre une situation fort extraordinaire et sans doute fort rare, on en arrivait à compromettre gravement les droits des créanciers sérieux. Aussi Justinien restreignit dans de certaines limites l'obligation imposée au créancier *littéral.* Il était raisonnable en effet de ne plus obliger ce créancier à prouver la numération des espèces, après un délai, au bout duquel les éléments de preuves auraient certainement disparu. Ce délai fut d'abord d'un an (L. 1. C. Herm., tit. 1); puis Marc-Aurèle le porta à *cinq ans,* et Justinien le ramena à *deux ans.*

2624. Cette modification amena, de son côté, un nouvel inconvénient. En effet, si le porteur du billet que j'avais souscrit, et contre lequel les espèces ne m'avaient point été fournies, attendait, pour me poursuivre, l'expiration du délai pendant lequel j'aurais pu opposer à sa demande l'exception *non numeratæ pecuniæ,* j'étais absolument désarmé. Aussi décida-t-on, tout d'abord, que je pouvais, dès que j'aurais reconnu le piége dans lequel on m'a fait tomber, prendre l'initiative, et intenter, contre le détenteur du billet, une *condictio sine causa,* à l'effet d'obtenir la restitution du billet, ou la libération de l'obligation qui paraît en résulter. (L. 7, C. 4, 30; L. 4, C. 4, 9.)

2625. Puis, sous Justinien, on accorde au débiteur apparent le moyen de rendre perpétuelle son exception *non numeratæ pecuniæ;* il lui suffit de faire, contre le billet, une protestation écrite, qui doit être adressée soit au prétendu créancier, soit au magistrat. (LL. 4, 14, pr. et § 4. C. 4, 30.)

VII. — **Résumé.**

2626. On vient de voir toute une série compliquée de dispositions successives dont chacune est destinée à remédier à un inconvénient produit par la disposition qui la précède immédiatement. Cette oscillation de la jurisprudence offre un exemple peu capable d'inspirer beaucoup d'admiration pour cette partie du droit romain. Reprenons rapidement ces phases diverses, pour en arriver à une conclusion.

2627. Tout d'abord : obligation littérale, faisant résulter le *vinculum juris* de l'inscription matérielle sur le *codex*, — ce mode de s'obliger restant sans doute complétement interdit aux pérégrins. Par cette raison, l'*expensilatio* primitive cède le pas aux *syngraphæ* et aux *chirographa*, accessibles aussi bien aux pérégrins qu'aux citoyens, et qui paraissent bien avoir, au début, la même force créatrice d'obligation que l'*expensilatio*.

Puis cette force créatrice disparaît, ainsi que les *syngraphæ*, et les *chirographa* demeurent seuls, mais avec une physionomie et une fonction toutes nouvelles, celles de simples écrits constatant simplement qu'un contrat est intervenu. Cet écrit n'est donc plus qu'un élément de preuve, et si le contrat, dont il paraît révéler la confection, n'a pas été fait en réalité, ce n'est en droit pur que lettre morte. Mais, en fait, nombreuses difficultés. Le souscripteur de ce billet, qui constate une numération d'espèces, n'a pas en réalité reçu ces espèces, sans doute parce que, obligé d'emprunter, il s'est trouvé ainsi à la merci du prêteur, qui lui a fait d'abord rédiger un billet, puis a refusé de lui verser les fonds. Si le porteur du billet attaque ce débiteur apparent, celui-ci lui opposera l'exception *non numeratæ pecuniæ*, qui était d'abord perpétuelle, puis devint temporaire. Dans cet état, le créancier n'avait qu'à laisser passer le temps pendant lequel l'exception pouvait être invoquée, pour recueillir tous les fruits de sa fraude. C'est à ce nouveau péril qu'on remédie en autorisant le débiteur apparent : 1° à prendre l'initiative d'une poursuite, d'où résultera sa libération directe ou indirecte ; 2° ou bien, un peu plus tard, à faire une protestation qui rendra son exception perpétuelle.

2628. Mais si le délai, dans lequel l'exception peut être invoquée, s'écoule sans qu'il y ait eu ni poursuite de la part du pseudo-créancier, ni protestation de la part du pseudo-débiteur, ce dernier est considéré comme reconnaissant que la numération des espèces a eu lieu conformément au contenu de l'écrit, et il ne pourra plus invoquer contre cet écrit aucun moyen de défense. (LL. 8 et 14,

C. 4, 30.) En d'autres termes, c'est la matérialité de l'écrit qui, à elle seule, l'obligera à payer, l'aura *en fait* rendu débiteur.

2629. C'est cette idée qui, sans doute, a frappé Justinien ; il a vu que *par un simple écrit*, si j'étais assez imprudent pour ne pas user des voies de recours mises à ma disposition, je pourrais me trouver absolument dans la même situation qu'un débiteur proprement dit, quoiqu'il n'y eût eu aucune numération d'espèces, et il a traduit sa pensée en disant que je puis être obligé *scriptura*, ce qui est vrai en fait, mais ce que je considère comme faux en droit. « Dans un langage plus exact, dit très-judicieusement M. Demangeat, on dirait que le souscripteur du billet est obligé en vertu d'un *mutuum*, qui est légalement présumé lui avoir été fait. » (V., aux actions, l'exception *non numeratæ pecuniæ*.)

CHAPITRE IV

CONTRATS QUI SE FORMENT CONSENSU

CARACTÈRES GÉNÉRAUX

(*Inst.*, III, XXII.)

« Les obligations se forment par le seul consentement dans les cas de vente, de louage, de société, de mandat. On dit que ces obligations se contractent par le seul consentement, parce qu'elles n'exigent ni la solennité de l'écriture (*obligation littérale*) ni la présence des contractants (*obligation verbale*), et qu'enfin l'obligation existe indépendamment de toute dation (*obligation réelle*) : il suffit que ceux qui veulent contracter ces obligations consentent. Aussi ces obligations peuvent-elles être formées entre absents, par messager ou par lettres. Il faut encore faire remarquer que, dans les contrats consensuels, chaque partie est obligée envers l'autre à tout ce que réclame l'équité (*contrats synallamatiques et de bonne foi*) ; tandis que, dans les obligations verbales, l'un des contractants stipule (devient créancier), l'autre promet (devient débiteur) (*contrats unilatéraux et de droit strict*). »

2630. Les contrats consensuels sont donc au nombre de quatre : la vente, le louage, la société, le mandat. Remarquons que ces contrats sont les plus simples, et qu'ils durent sans doute être les premiers en usage; en effet, ne constituent-ils pas des rouages indispensables de toute société, si primitive qu'elle soit? C'est sans doute pourquoi la formation de ces contrats n'est subordonnée qu'au simple consentement, c'est-à-dire à l'accord des volontés, sans aucune formalité spéciale. Au contraire, dans les contrats que nous avons examinés jusqu'ici, le consentement ne suffit pas, et doit

être amélioré par des formalités spéciales : *tradition*, dans le contrat réel,—*paroles solennelles*, dans le contrat verbal,—et *inscription matérielle*, dans le contrat littéral.

2631. Remarquons, du reste, que, si le consentement suffit pour former l'obligation, dans nos quatre contrats, cette condition n'est entourée d'aucun formalisme; ce consentement peut être donné par lettre, même par un messager (*nuncius*), lequel, d'ailleurs, ne doit pas être confondu avec le *procurator*, que nous étudierons dans le *mandat*.

2632. Dans l'ancien droit, la vente, le louage, la société et le mandat étaient les seules obligations qui pouvaient résulter du simple consentement. C'est plus tard seulement que le préteur ou les constitutions impériales rendirent obligatoires certaines conventions émanant uniquement de la volonté des parties. Ces conventions s'appelaient *pactes*, et se divisaient, ainsi qu'on le verra plus tard, en pactes légitimes, pactes prétoriens, et *nuda pacta*.

2633. Notons les caractères principaux des contrats consensuels :

2634. 1° Ils ressemblent à l'obligation littérale, en ce qu'ils peuvent être conclus entre absents; mais, par contre, ils diffèrent, en ce point, de l'obligation verbale qui, nous le savons, ne peut être conclue qu'*inter præsentes :* « ... *Inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam, aut per internuntium, quum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.* » (Gaïus, III, 136.)

2635. 2° Les contrats consensuels sont *synallagmatiques;* en d'autres termes, ils font naître entre les parties des obligations réciproques. Toutefois les quatre contrats formés *consensu* ne sont pas également *synallagmatiques :* tandis que la vente, le louage et la société obligent nécessairement et immédiatement tous les contractants, le mandat n'oblige tout d'abord que le mandataire, et ce n'est que plus tard, et dans certaines circonstances déterminées, que le mandant peut se trouver obligé (V. au *Mandat.*) Cette différence a fait donner aux trois premiers contrats le titre de *synallagmatiques parfaits*, et au mandat le titre de *synallagmatique imparfait.* Malgré cette petite différence, les contrats consensuels ressemblent, en ce point, aux trois contrats réels : commodat, dépôt et gage. Par contre, ils diffèrent du *mutuum*, du contrat verbal et du contrat littéral, qui sont essentiellement *unilatéraux*. (Gaïus, III, 137.) Remarquons aussi que, dans la société, chaque contractant joue le même rôle, porte le même nom et se trouve soumis aux mêmes obligations, tandis que, dans les trois autres contrats consensuels, les rôles, les noms et les obligations de chacun des contractants en présence diffèrent complétement.

2636. 3° Les contrats consensuels sont des contrats de *bonne foi*, c'est-à-dire que leurs effets s'apprécient d'après l'équité, « *ex æquo et bono*, » tandis que le *mutuum*, le contrat verbal et le contrat littéral sont des contrats de droit strict. (Gaïus, III, §§ 135, 137; — *Inst.* de Just., III, XXII.)

ARTICLE PREMIER. — DE LA VENTE

(*Inst.*, III, XXIII.)

« Pr. La vente est parfaite dès qu'il y a accord sur le prix : il n'est pas nécessaire que le prix ait été payé, ni que des arrhes aient été données : en effet, ce qui est donné à titre d'arrhes sert seulement à prouver que la vente est parfaite.

« Tels sont les principes à observer dans les ventes *sans écrit*, à l'égard desquelles nous n'avons rien innové. Quant aux ventes qui se font *par écrit*, voici le système adopté par notre constitution : ces ventes ne seront parfaites qu'après qu'un acte en aura été dressé par écrit, soit de la main même des contractants, soit de la main d'un tiers, mais signé par les parties ; ou si l'acte est rédigé par un tabellion, après que toutes les formalités requises auront été remplies ; en conséquence, tant qu'il y manquera quelque chose, chacune des parties pourra se dédire impunément, pourvu, bien entendu, qu'il n'y ait pas eu d'arrhes données : car, une fois que des arrhes ont été données, que la vente ait lieu *par écrit* ou *sans écrit*, les parties ne peuvent plus s'en départir impunément : si c'est l'acheteur qui refuse d'accomplir le contrat, il perd les arrhes qu'il a données ; si c'est le vendeur, il est obligé de restituer ce qu'il a reçu, et de payer en outre une valeur égale ; et cela, sans qu'il y ait besoin d'aucune convention à ce sujet.

« § 1. Il faut qu'il y ait accord sur le prix : car il n'y a pas de vente sans prix. Le prix doit être certain : aussi les anciens regardaient-ils comme fort douteux qu'une vente fût valable, quand les parties étaient convenues de s'en rapporter, pour la détermination du prix, à l'arbitrage d'un tiers.

« Mais une de nos constitutions décide que la vente, faite moyennant le prix que fixera un tiers, doit être réputée faite sous condition. Si le tiers fixe le prix, les parties devront, dans tous les cas, se soumettre à sa décision ; la vente sera parfaite ; le vendeur tenu, par l'action de vente, de livrer la chose, et l'acheteur tenu, par l'action d'achat, de payer le prix fixé, quel qu'il soit. Si, au contraire, le tiers ne veut ou ne peut fixer le prix, la vente sera réputée non avenue, comme faite sans prix. Cette décision s'applique aussi au louage.

« § 2. Le prix doit consister en argent monnayé. C'était cependant autrefois une question très-controversée que celle de savoir si tout autre chose (par exemple un esclave, un fonds de terre, une toge) ne pourrait pas constituer le prix d'une vente. Sabinus et Cassius pensaient qu'un objet quelconque pouvait servir de prix ; aussi disait-on communément que la vente se contracte par échange, et que l'échange lui-même n'est que la forme la plus ancienne de vente. Ils invoquaient en outre, à l'appui de leur opinion, ces vers dans lesquels Homère nous montre l'armée des Grecs achetant du vin en échange d'autres objets :

« Les Grecs aux longs cheveux achetaient du vin, les uns contre du cuivre « ou de l'acier brillant, les autres contre du cuir, des bœufs ou des esclaves. »

« Les Proculiens, au contraire, considéraient la vente et l'échange comme deux contrats distincts : dans l'échange, disaient-ils, on ne peut distinguer le

prix d'avec la chose vendue ; et la raison s'oppose à ce qu'on puisse considérer chacune des choses échangées comme étant à la fois et le prix et l'objet de la vente. L'opinion de Proculus a prévalu et avec raison ; car, sans parler de quelques autres vers d'Homère que l'on pourrait citer, elle repose sur les raisons les plus solides. Ce point, admis par nos prédécesseurs, se trouve plus amplement développé dans le *Digeste*.

« § 3. Dès que la vente est parfaite (et, comme nous l'avons déjà dit, cela a lieu, *dans les ventes sans écrit*, aussitôt qu'on est convenu du prix), la chose est aux risques de l'acheteur, bien qu'elle ne lui ait pas encore été livrée. Si donc l'esclave est mort ou a été blessé ; si l'incendie a consumé l'édifice en tout ou en partie ; si la violence du fleuve a enlevé le fonds en tout ou en partie ; si l'inondation ou la tempête, en renversant les arbres, en ont considérablement diminué la valeur, le dommage est à la charge de l'acheteur qui, lors même qu'il ne reçoit pas la chose, n'en est pas moins tenu de payer le prix convenu. En effet, le vendeur n'est responsable que des détériorations qui proviendraient de son dol ou de sa faute. Mais, réciproquement, l'acheteur profite de toutes les améliorations et notamment de l'alluvion qui, depuis le contrat, viendrait augmenter l'étendue du fonds : et cela est équitable, car là où se trouvent les risques doivent aussi se trouver les avantages. Lorsque l'esclave vendu est volé ou prend la fuite, sans qu'il y ait dol ni faute de la part du vendeur, il faut distinguer : si le vendeur s'est chargé de garder l'esclave jusqu'à la tradition, l'événement est à ses risques ; dans le cas contraire, le vendeur n'est nullement responsable. Il faut appliquer la même décision, quand la chose vendue est un animal ou tout autre objet. Mais le vendeur devra prester à l'acheteur la revendication ou la condiction que l'événement peut faire naître à son profit ; nous disons à *son profit*, parce que, tant que la tradition n'est pas effectuée, le vendeur demeure propriétaire. Il en faut dire autant des actions de vol et de dommage (*damni injuriæ*).

« § 4. La vente peut être faite purement et simplement ou sous condition : quand on a dit, par exemple : *Si d'ici à telle époque Stichus vous convient, je vous le vends tant d'écus d'or.*

« § 5. Celui qui achète sciemment un fonds sacré, religieux ou public (par exemple une place publique ou une basilique), fait un acte nul. Mais celui qui, trompé par le vendeur, achète un fonds de cette nature, le croyant profane ou privé, aura l'action d'achat (*ex empto*) fondée sur ce que le vendeur ne lui fait point avoir la chose : il obtiendra ainsi une indemnité égale à l'intérêt qu'il avait à n'être pas trompé. La même distinction s'applique au cas où un homme libre aurait été vendu comme esclave. »

§ Ier. — DÉFINITION. — ORIGINE.

2637. La vente est un contrat par lequel deux parties s'engagent, l'une, le *vendeur*, à procurer à l'autre la possession utile et durable d'une chose, et l'autre, l'*acheteur*, à donner un prix consistant *en argent monnayé ;* si le prix ne consistait pas en argent monnayé, mais en un certain objet, il n'y aurait plus vente, mais *échange*.

2638. Il faut savoir, en effet, que la vente n'est autre chose qu'un échange perfectionné, dans lequel l'un des objets de l'échange a disparu, pour être remplacé par sa valeur numéraire ou prix (*pretium*). Nous reviendrons plus bas sur les caractères du *pretium*.

2639. Cette origine de la vente est très-nettement déterminée dans le texte suivant de Paul (L. 1, pr. D. 18, 1) : « *Origo emendi vendendique* (vente) *a permutationibus* (échange) *cœpit. Olim enim non erat nummus ; neque aliud merx* (objet vendu), *aliud pretium* (prix) *vocabatur. Sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum, utilibus inutilia permutabat; quando plerumque evenit ut quod alteri super est, alteri desit. Sed, quia non semper nec facile concurrebat ut, quum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est cujus publica et perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subveniret ; eaque materia, forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia præbet quam ex quantitate ; nec ultra* MERX *utrumque, sed alterum* PRETIUM, *vocatur.* »

2640. Remarquons, du reste, qu'entre l'échange et le contrat consensuel appelé *emptio-venditio* se plaça la *mancipatio*, que nous avons déjà examinée (n° 875), et qui n'était autre chose qu'une vente solennelle, qui s'appliqua de très-bonne heure aux objets les plus importants de la fortune privée des Romains.

2641. La vente se résume en trois éléments : le *consentement* ou accord de volonté ; la *chose ;* le *prix ;* — elle est parfaite, dès que les parties sont tombées d'accord sur la chose et sur le prix, quoique la chose n'ait pas été livrée, ni le prix payé : « *Emptio et venditio contrahitur cum de pretio convenerit...* » (Gaïus, III, 139 ; — pr. de n. t.) Reste à savoir quand le consentement doit être considéré comme donné? C'est ce qui va être immédiatement étudié. — Mais, auparavant, notons que la langue latine avait attribué une double expression à ce contrat : *emptio-venditio ;* le mot *emptio* désignait l'*achat*, et le mot *venditio*, la vente proprement dite ; par suite, *emptor* désignait l'acheteur, et *venditor* le vendeur. En francais, au contraire, si nous distinguons l'acheteur et le vendeur, le contrat, sous sa double face, vente et achat, est uniquement désigné sous le nom de vente.

§ II. — ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'*EMPTIO-VENDITIO*

I. — **Du consentement.**

2642. 1° *Ancien droit.* — La vente étant un contrat consensuel dont les éléments sont la *chose* (*merx*) et le *prix* (*pretium*), elle est formée, *perfecta*, à l'instant même où les parties s'accordent sur la chose et le prix, dans l'intention de faire naître entre eux les rapports de vendeur et d'acheteur. La perfection du contrat et la naissance des obligations réciproques qui en dérivent sont donc indé-

pendantes de son exécution : « *Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit : nam quod arrhæ nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractæ.* » (Gaïus, III, 139.)

2643. Ce texte, en confirmant notre première proposition, nous conduit à étudier une autre question. — Les ARRHES sont une certaine somme donnée par l'une des parties contractantes à l'autre. Or, dans l'ancien droit, contrairement à ce qu'on décida plus tard, les arrhes ne sont qu'un *moyen de preuve;* elles *matérialisent* le consentement. En général, elles sont fournies par l'acheteur au vendeur, et s'imputent sur le prix. Toutefois le vendeur peut également les fournir, mais, dans ce cas, une fois son obligation accomplie, il répétera les arrhes, soit par l'action née du contrat, soit par une *condictio sine causa.* (L. 11, § 6. D. 19, 1.)

2644. 2° *Droit de Justinien.* — Dans le droit nouveau, une innovation considérable est apportée aux principes précédents. — Il faut distinguer si, oui ou non, les parties ont entendu qu'un écrit — *instrumentum* — serait dressé ?

2645. *A.* Si oui, il faut de nouveau distinguer s'il y a eu ou s'il n'y a pas eu des arrhes fournies? — *a.* S'il n'y a pas eu d'arrhes fournies, une constitution décide (L. 17. C. 4, 21) que la vente sera seulement parfaite après que l'écrit aura été mis au net et signé des contractants, ou même des tabellions qui le reçoivent quand il s'agit d'un acte public. Jusqu'à cette rédaction définitive, il n'y a point vente, mais seulement un projet, que chacune des parties est absolument libre d'abandonner. — *b.* S'il y a eu des arrhes fournies, cette remise d'une somme déterminée devient un véritable contrat spécial qui se résume en ceci : l'obligation, sanctionnée de la part de chacun des contractants, de parfaire le projet de vente, par la rédaction de l'*instrumentum*. Peu importe, d'ailleurs, que l'un seul des contractants ou tous deux aient fourni les arrhes : on considère seulement que celui qui refuse de donner suite au projet doit perdre la valeur des arrhes. Dès lors, s'il les a fournies, il les perdra; s'il les a reçues, il les restituera et fournira de plus pareille somme. — Dans notre hypothèse, les arrhes ne sont donc autre chose que la représentation de la *sanction pénale*, déterminée par les contractants, dans le but d'assurer autant que possible la réalisation du projet formé.

2646. *B.* Si, au contraire, il n'a pas été convenu qu'un écrit serait dressé, on reste dans les anciennes traditions; en d'autres termes, l'accord des volontés sur la *merx* et le *pretium* suffit à rendre la vente *perfecta.* Peu importe qu'il ait été ou non fourni des

arrhes, car celles-ci demeurent de simples éléments de preuve. (Voir, dans le même sens, M. Accarias. t. II, p. 431, 432.)

2647. M. Demangeat enseigne une doctrine différente. D'après lui, les innovations de Justinien consistent en ceci : les arrhes cessent d'avoir le caractère qu'elles avaient dans l'ancien droit, et ne sont jamais de simples éléments de preuve, mais bien un moyen de *dédit*, en ce sens qu'elles sont perdues pour celui qui abandonne le contrat. On distingue bien si les parties avaient eu ou non l'intention de dresser un *instrumentum*, mais seulement, dans ce cas, pour déterminer l'époque jusqu'à laquelle on peut abandonner le contrat en perdant le dédit ou les arrhes : s'il devait y avoir un *instrumentum*, on pourra se dédire jusqu'à la rédaction de cet *instrumentum;* sinon, c'est jusqu'à l'exécution de la vente; par exemple jusqu'à la tradition faite par le vendeur. (T. II, p. 341, 342.)

2648. Vinnius et Pothier distinguaient entre la vente actuelle ou pure et simple et la promesse de vente. Dans la première, les arrhes, s'il en avait été fourni, ne sont, comme dans l'ancien droit, qu'une preuve de la perfection du contrat; — dans la seconde, au contraire, les arrhes sont un moyen de dédit; les parties peuvent se rétracter jusqu'à ce que la promesse de vente soit réalisée. (M. Ruben de Couder, p. 436.)

2649. Est-il besoin de remarquer qu'une vente constatée par écrit ne devient pas un contrat littéral, mais reste contrat consensuel, puisque c'est le consentement seul qui la forme, et que l'écrit n'est qu'un moyen de preuve?

II. — De la chose (merx).

2650. Un des éléments essentiels de la vente est la *merx*, c'est-à-dire une chose, un objet. Tout objet qui se trouve *dans le commerce* (n° 802) peut être vendu, que ce soit un corps certain, comme un cheval, — une quantité, comme cent mesures de blé, — une chose incorporelle, comme une créance, un droit réel [1], une hérédité ouverte, un pécule, — enfin une chose future, comme l'enfant qui naîtra de telle esclave.

2651. Remarquons, toutefois, que la vente d'une chose future est réputée affectée d'une condition tacite : celle de l'existence de l'ob-

1. Bien entendu, soit un *droit réel* qui soit susceptible de changer de titulant, ou d'être exercé par des tiers, comme l'usufruit, l'emphythéose, la superficie, soit un droit réel qui n'existe pas encore comme droit séparé, et qui précisément est constitué, moyennant un prix. Car, s'il s'agit d'un droit d'usage, d'un droit d'hypothèque ou de servitudes prédiales, ces droits ne peuvent être vendus qu'avec le fonds dominant ou la créance garantie.

jet stipulé. La vente de l'enfant qui naîtra de telle esclave est donc suspendue jusqu'à la naissance de cet enfant. C'est en quoi cette opération diffère de la vente à forfait qui s'intitule *emptio spei*. Par exemple, j'achète le prochain coup de filet d'un pêcheur? Je devrai le prix, alors même que le filet sera revenu parfaitement vide, tandis que je ne devrai pas le prix de l'achat de l'enfant à naître, si cet enfant ne vient pas au monde. (L. 8, § 1, D. 18, 1; — LL. 11, § 18, et 12. D. 19, I.)

2652. On peut vendre, avons-nous dit, une *hérédité* OUVERTE; mais on ne peut vendre une hérédité non ouverte, quoiqu'elle soit une chose future, car une telle vente serait périlleuse et constituerait, dans tous les cas, un acte immoral. C'est pourquoi, en droit romain comme en droit français une telle opération est absolument nulle. Il faut observer cependant que le droit romain reconnaissait la validité de cette vente, si elle était complétée par le consentement du principal intéressé, c'est-à-dire de celui sur la succession future duquel on contractait. (D. 18, 4.) En droit français, au contraire, rien ne peut valider une telle convention. (Art. 1600. C. C.)

2653. On ne distingue pas, dans la vente romaine, si l'objet vendu appartient ou n'appartient pas au vendeur. On peut donc très-valablement vendre la CHOSE D'AUTRUI : « *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est.* » (L. 28. D. 18, 1.) Ce n'est pas, ainsi que certains interprètes l'enseignent, parce que le vendeur ne s'oblige pas à *transférer la propriété;* car le *legs* et la *promesse* d'une *res aliena* sont parfaitement valables, et cependant l'héritier et le promettant sont bien obligés à transférer la propriété. Ce n'est pas non plus parce que la vente est seulement *productive d'obligations;* car tous les contrats se résument toujours en une obligation. C'est, je crois, tout simplement parce que, l'esprit de la législation romaine n'admettant que dans des cas tout à fait exceptionnels l'exécution forcée et *matérielle* des obligations ou des sentences judiciaires, le débiteur récalcitrant pouvait toujours échapper à la prestation matérielle par le payement d'un équivalent. Dès lors, quel intérêt pouvait-il y avoir à interdire la vente de la chose d'autrui, puisque le vendeur n'était jamais tenu à livrer l'objet vendu, alors même qu'il lui aurait appartenu ? C'était à l'acheteur, désireux d'avoir l'objet même qu'il avait acheté, à stipuler une *clause pénale* assez élevée pour que le vendeur fût contraint, par son intérêt bien entendu, à se procurer la chose, pour en transférer la propriété à son acheteur. — En droit français, au contraire, la vente de la chose d'autrui est radicalement nulle, parce

que, dit-on, le Code civil ne considère que l'intention des parties; or, partant de cette idée que l'acheteur entend devenir propriétaire, il décide que l'obligation contractée par l'acheteur *manque de cause*, si on ne lui transfère pas la propriété. — Ce raisonnement me paraît bien faible, et l'on doit, selon moi, uniquement rechercher le motif de l'article 1599 dans ce principe, qui me paraît une hérésie juridique, c'est que la théorie du Code considère la *vente comme translative de propriété!* Du reste, remarquons que l'article 1599 se contredit lui-même en édictant que, si la vente de la chose d'autrui est nulle, elle donne ouverture à des dommages-intérêts, lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. Or, dans cette hypothèse, quelle différence pratique peut-on trouver entre la législation française et la législation romaine? N'est-il pas sous-entendu, en effet, que le vendeur romain, qui ne pouvait livrer la chose d'autrui, devait en donner l'équivalent, soit, en fait, fournir des dommages-intérêts?

2654. Mais, si je puis parfaitement acheter une *res aliena*, je ne puis acheter *ma propre chose*, au moins purement et simplement; en effet, j'achèterais très-valablement ma propre chose, *sous condition*, par exemple, pour le cas où elle viendrait à sortir de mon patrimoine. Je puis également acheter la *possession* de ma chose, si je n'ai pas cette possession. (LL. 34, § 4, 16, pr., et 61. D. 18, 1.)

2655. Je ne puis valablement acheter ou vendre une chose qui n'est pas dans le commerce, un homme libre, un lieu sacré ou religieux, etc. Une telle vente est nulle, en ce sens que la chose hors du commerce ne pourra être acquise et livrée à l'acheteur, et que le vendeur ne pourra en exiger le prix; mais si, en fait, le contrat a eu lieu, n'y aura-t-il aucune action? Les *Institutes* distinguent : si l'acheteur a été de bonne foi, c'est-à-dire s'il ignorait que l'objet fût *extra commercium*, il aura le droit d'agir contre le vendeur, par l'action *ex empto*, pour réclamer l'intérêt qu'il avait à l'exécution de la vente. Et il faut remarquer que cette action est donnée contre le vendeur, non-seulement s'il y a eu dol de sa part, mais même s'il y à eu seulement erreur, c'est-à-dire *bonne foi*. On ne s'occupe donc pas du vendeur, mais seulement de l'acheteur, et celui-ci, pourvu qu'il ait été de bonne foi, obtiendra l'action *ex empto*. (*Inst.*, § 5 de n. t.; — L. 70. D. 18, 1; — L. 39, § 3. D. 21, 2.)

2656. Contrairement aux tendances qui viennent d'être exposées, toutes favorables à l'acheteur de bonne foi, on décidait que, si la chose vendue n'existait plus au moment du contrat, la vente était nulle, car l'obligation du vendeur n'avait pu naître faute d'objet; et, par conséquent, celle de l'acheteur n'avait pu naître faute de

cause. Il n'y avait donc lieu à aucune action. (V. *Code civil*, art. 1601; — L. 15, pr. L. 57, § 1. D. 18, 1.)

Mais, EN DROIT PUR, l'impossibilité juridique étant tout aussi absolue que l'impossibilité physique, une chose *extra commercium* ne peut davantage former l'objet de l'obligation du vendeur qu'une chose ayant cessé d'exister : on aurait donc dû assimiler les deux hypothèses précédentes, et, pour toutes deux, décider ou qu'il n'y aurait absolument aucune action, ou qu'il y aurait poursuite de dommages-intérêts par l'action *ex empto*.

2657. On remarquera facilement que les principes sur les nullités de la vente, dérivant de son objet, diffèrent de ceux que nous avons étudiés dans la stipulation. (Lire nos 2227 et suiv.) Il faut sans doute l'attribuer à ce que la stipulation est un contrat *de droit strict*, tandis que la vente est un contrat *de bonne foi*.

III. — **Du prix (pretium).**

2658. Le prix est un élément essentiel de la vente : « *Nulla emptio sine pretio esse potest*, » dit le § 1 de notre titre. — Mais ce prix doit réunir plusieurs conditions :

2659. 1° *Il doit être déterminé* : « *Certum pretium esse debet.* » — Peu importe d'ailleurs que les parties connaissent ou ne connaissent pas, *dès à présent*, le montant de ce prix : tel serait le cas où je vous achèterais telle denrée au prix où elle a été vendue à tel marché, ou moyennant la somme qui se trouve dans ma bourse. Il y a vente : car le prix est déterminé tacitement, puisqu'il suffit de vérifier le cours de tel marché ou le contenu de la bourse pour savoir exactement quel est le prix de la vente. Nous avons vu quelque chose d'identique dans la stipulation. (Nos 2137 et suiv.)

2660. Si maintenant la fixation du prix était laissée à la bonne foi de l'une des parties, la vente serait nulle, car on ne considérerait pas ce prix comme suffisamment facile à déterminer. (L. 35, § 1. D. 18, 1.) Nous avons vu une décision analogue aux stipulations. (N° 2141.)

2661. Le paragraphe précédent nous conduit à cette question : Que décider d'une vente dans laquelle les parties conviennent que le prix sera déterminé *par un tiers?* La question a été discutée : les Sabiniens disaient qu'une telle vente était nulle ; les Proculiens professaient l'opinion contraire. (Gaïus, III, 140.) — Justinien tranche la question, en décidant qu'une telle vente est conditionnelle[1];

1. Justinien ajoute que la même règle s'appliquerait *au louage*.

en d'autres termes, la vente existe conditionnellement pour un prix inconnu quant à présent : la *fixation* de ce prix par le tiers désigné constituera précisément la réalisation de la condition, et aussitôt la vente deviendra définitive. (L. 15, C. 4, 38 ; — *Inst.*, § 1 de n. t.) Par contre, si le tiers mourait sans avoir fixé le prix, ou refusait de le fixer, la condition serait défaillie, et la vente ne vaudrait pas.

2662. Pourquoi ne pas décider de même dans l'hypothèse où la fixation de prix était laissée à la bonne foi de l'une des parties? Je n'en vois d'autre motif qu'une confiance très-limitée dans la bonne foi des contractants !

2663. 2° *Le prix doit être sérieux et non simulé* (VERUM). — On n'admettait pas, on le comprend, la validité d'une vente faite pour un prix dérisoire. En effet, ce ne serait plus une vente, mais, en fait, une véritable donation. Nous avons également vu qu'une stipulation serait nulle si l'objet stipulé était si peu déterminé que le promettant pût se libérer avec une quantité dérisoire. (N° 2141.) Toutefois il ne faut pas aller trop loin, et la vente est parfaitement valable, alors même que le prix n'est pas proportionné à la valeur réelle de la chose vendue.

2664. 3° *Le prix doit consister en argent monnayé.* — Cette règle n'avait pas toujours été admise. Même au temps de Gaïus, on discutait sur le point de savoir si le prix ne pouvait pas consister en un certain objet : « Le prix doit de plus consister en argent monnayé ; on agite, il est vrai, fortement la question de savoir si le prix peut consister en d'autres choses, comme un esclave, une toge, un fonds ou un autre objet qui ne soit pas de l'argent. Nos maîtres pensent que le prix peut consister en tout autre chose ; aussi pensent-ils communément qu'une vente peut avoir lieu par un échange de choses, et que c'est là *la forme la plus ancienne* de ce contrat. Ils citent, dans ce sens, le poëte grec Homère, qui dit quelque part :

« Les Grecs aux longs cheveux achetaient le vin, les uns avec l'airain, les autres avec le fer splendide, les uns avec des fourrures, les autres avec leurs bœufs, les autres enfin avec leurs esclaves... »

Les Proculiens sont d'un autre avis, et pensent que l'*échange des choses diffère de la vente ;* EN EFFET, ON NE POURRAIT PAS DISTINGUER PARMI LES CHOSES ÉCHANGÉES CELLE QU'ON A VENDUE DE CELLE QUI EN EST LE PRIX ; *bien plus, chaque chose peut passer pour la chose vendue ou pour le prix, ce qui est absurde.* Mais Cœlius Sabinus répond que, si j'ai reçu de vous *une chose que vous vouliez vendre*, comme un fonds de terre, et si je vous ai donné, par exemple, un esclave en guise de prix de ce fonds, *le fonds sera considéré comme* LA CHOSE

VENDUE, *et l'esclave comme* LE PRIX *donné pour avoir le fonds.* » (Gaïus, III, 141.)

2665. Les obligations du vendeur et celles de l'acheteur étant très-différentes, il y a un grand intérêt à savoir quelle est celle des deux parties qui joue le rôle de vendeur, et quelle est celle qui joue le rôle d'acheteur ; par suite, entre les deux objets en présence, quel est l'objet vendu, quel est le prix. Or, dans l'échange, les deux choses en présence étant de même nature, il est impossible de déterminer quel est le prix, quelle est la chose vendue, par suite, quel est l'acheteur et quel est le vendeur. — Pour éviter ces incertitudes, on décide que le prix doit consister en argent monnayé, ce qui le distingue absolument de l'objet vendu. Mais, logiquement, le prix pourra consister en un objet mobilier, quand il sera possible de distinguer son caractère de prix. Tel est le cas où Titius *aurait mis sa chose en vente ;* sans doute, cette chose ne pourra être considérée autrement que comme l'*objet vendu*, et, conséquemment, la chose, donnée en échange, ne pourra être considérée autrement que comme le *prix.*

2666. Ce qui précède nous conduit à indiquer les différences qui existent entre la vente et l'échange :

2667. 1° La vente est un contrat *consensuel.* — L'échange est un contrat qui se forme *re :* en effet, je suis obligé de vous donner ma chose, dès que vous m'avez donné la vôtre. « La vente, dit Paul, est formée par la simple volonté des contractants ; l'échange au contraire fait naître l'obligation de la tradition d'une chose... » (L. 1, § 2. D. 19, 4.)

2668. 2° Si le vendeur a livré la chose, en suivant la foi de l'acheteur, il devient immédiatement créancier du prix, mais il a perdu tout droit sur l'objet livré, et il ne saurait plus le revendiquer, puisqu'il a cessé d'en être propriétaire, alors même que l'acheteur ne payerait pas le *pretium.* On ne peut pas dire, d'un autre côté, que la livraison faite par le vendeur était *sans cause*, attendu que le but poursuivi par le vendeur était de remplir sa principale obligation. — Il en est tout autrement dans l'échange. En effet, comme la dation à effectuer par Titius est précisément *la cause* de la dation que j'effectue en sa faveur, si Titius ne me livre pas la chose qu'il devait me livrer en échange de la mienne, mon but n'est pas atteint, ma livraison a été faite *sans cause*, et par conséquent je pourrai revendiquer la chose, dont je n'ai pas cessé d'être propriétaire, par la *condictio ob rem dati re non secuta.* On pourrait dire, dans un autre langage, que la livraison faite par le premier des coéchangistes est une tradition tendant à transférer

la propriété, mais *sous condition* que l'effet translatif de propriété ne se réalisera qu'au moment de la tradition faite par le second des coéchangistes. (N° 866.)

2669. On s'est demandé si la partie, qui avait la première livré l'un des éléments de l'échange, pouvait répéter cet objet *ex pœnitentia?* Bien entendu la question ne peut se poser qu'avant le moment où l'autre partie opère à son tour la livraison qui la concerne. En effet, à ce moment, le contrat est définitivement lié. Mais jusque-là le premier *tradens* ne peut-il pas renoncer au projet d'échange en revenant sur l'acte qui de sa part en a commencé la réalisation? — On doit répondre négativement, quoique cette *condictio ex pœnitentia* soit admise en faveur de la personne qui, par exemple, m'a donné un objet, pour que j'affranchisse un de mes esclaves. En effet, la situation n'est pas la même, quoique l'hypothèse qui vient d'être énoncée ne constitue pas autre chose qu'une sorte de mandat rémunéré, qu'on régit, par extension, selon les principes du mandat proprement dit, lequel est, de sa nature, révocable au gré du mandat (L. 3, § 2, D. 12, 4.) Or ce caractère tout spécial ne se trouve pas dans le fait de commencer l'exécution de l'échange.

2670. 3° La vente produit deux obligations distinctes, mais l'acheteur seul s'engage à transférer la propriété des écus qui constituent le prix. — Au contraire, dans l'échange, chaque contractant transfère la propriété.

2671. Que décider si je vous remets une somme d'argent afin de vous obliger à me transférer la propriété d'une certaine chose? Cette somme d'argent peut-elle être considérée comme un *pretium*, et cette chose comme une *merx;* en d'autres termes, y a-t-il là une vente? Paul admet l'affirmative (L. 5, § 1. D. 19, 5); mais Celsus, plus justement à mon avis, décide que cette convention se résume en un échange : « ..... *Utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum.* » (L. 16. D. 12, 4.)

2672. Il n'y a pas qu'un simple intérêt dogmatique à décider si l'opération dont il vient d'être parlé constitue une vente ou un échange. — En effet, la chose, qu'on doit me remettre contre la somme d'argent que je fournis, venant à périr, pour qui seront les risques? Pour moi, s'il y a vente; c'est-à-dire que je n'obtiendrai pas la chose, et que je ne pourrai répéter la somme livrée. — Pour mon coéchangiste s'il y a échange; car, devant l'impossibilité où il se trouve de me remettre cette chose, je répéterai les écus que je me trouve maintenant avoir fournis *sans cause.* — Paul, il est vrai, est d'un avis diamétralement opposé à celui qui vient

d'être exposé d'après Celsus. (L. 16. D. 12, 4.) — Un système de conciliation a été proposé, et voilà comment il est exposé par M. Demangeat (t. II, p. 346) : « M. de Vangerow croit que d'après Celsus, comme d'après Paul, je ne puis pas répéter ce que j'ai fourni : suivant lui, Celsus, dans la loi 16 *De condict. causa data*, suppose, non pas que l'esclave est mort depuis que vous êtes tenu de me le donner, mais que l'esclave était déjà mort quand je vous ai donné les écus. Ainsi, d'après le savant professeur de Heidelberg, la seule différence entre l'acheteur et le co-échangiste créancier, c'est que les risques de la chose due sont pour l'acheteur, dès le jour où la vente s'est formée *consensu*, tandis qu'ils ne peuvent être pour le co-échangiste qu'à partir de la *datio* par lui faite [1]. Le texte de la loi 16 marche, en définitive, assez bien avec cette explication ingénieuse [2]. »

§ III. — MODALITÉS

2673. La vente peut être pure et simple ; elle peut être conditionnelle ou à terme. — Ce que nous savons déjà nous dispense de développer ce principe. (N^os^ 2014, 2142 et suiv.) Nous n'insisterons pas davantage sur l'exemple donné par les *Institutes* d'une vente subordonnée à l'agrément de la chose, par l'acheteur, dans un certain délai. Les interprètes appellent « vente *ad comprobationem* » cette vente conditionnelle, particulièrement usitée pour les choses dont les qualités ne peuvent s'apprécier qu'à l'essai ou après dégustation [3]. Mais il faut fournir quelques détails sur trois conditions résolutoïres, auxquelles la terminologie a donné des noms particuliers.

2674. I. **Addictio in diem.** — L'*addictio in diem* est une clause par laquelle le vendeur se réserve le droit de vendre la chose à une autre personne (la première vente étant résolue), s'il trouve, dans un délai déterminé, un acquéreur qui lui offre des conditions meilleures. Peu importe d'ailleurs que cet accroissement d'avantages résulte d'un prix plus élevé ou de tout autre élément : terme plus proche, garanties accessoires plus complètes, etc., etc., ou même diminution des charges du vendeur. (L. 1. D. 18, 2.)

---

1. *Lehrbuch der Pandekten*, t. III, § 591.

2. Voyez cependant M. Machelard : *Des obligations naturelles en droit romain*, p. 64 et suiv., et M. Accarias : *Théorie des contrats innommés*, p. 118 et suiv.

3. A l'inverse, les parties peuvent convenir que si la chose vient à déplaire à l'acheteur, dans un certain délai, ledit acheteur aura le droit de faire rescinder la vente. Les interprètes ont donné à cette convention le titre de *pactum displicentiæ*. (L. 3. D. 18, 1 ; L. 2, § 5. D, 41, 4.)

2675. Si la vente primitive était conditionnelle, la condition sera considérée comme défaillie, et ladite vente ne pourra se former. Si, au contraire, la première vente était pure et simple, elle sera résolue. (L. 2. D. 18, 2.)

2676. Remarquons d'ailleurs que cette résolution n'a pas lieu de plein droit. En effet, le premier acquéreur a un droit de préférence, c'est-à-dire le droit de conserver la chose vendue, en réalisant lui-même les offres plus avantageuses qui se produisent. Aussi le vendeur doit-il notifier, à son premier acheteur, les offres nouvelles. (L. 6. § 1; LL. 7 et 9. D. 18, 2.) — Est-il nécessaire de dire que le vendeur seul a le droit d'invoquer la faveur de l'*in diem addictio*, et qu'un nouvel amateur de la chose vendue ne pourrait déposséder le premier acquéreur, sans le concours du vendeur, pas plus que le premier acquéreur ne pourrait renoncer à la vente, dès qu'il se serait produit des offres nouvelles?

2677. II. **Lex commissoria** ou **pacte commissoire.** — Par cette clause, le vendeur se réserve le droit de résoudre la vente, si le prix ne lui est pas payé dans un délai déterminé. Le vendeur seul est admis à invoquer cette clause, et il pourra tout aussi bien, s'il le préfère, poursuivre le payement du prix, après le délai expiré, sans que l'acheteur puisse prétendre à la résolution de la vente. — Ce droit d'option n'appartient au vendeur que jusqu'à l'action qu'il intente en justice. Cette action une fois intentée, le droit d'option disparaît, et le choix devient irrévocable. (L. 4, §§ 2 et 4. L. 7. D. 18, 3.)

2678. III. **Pacte de réméré.** — Le pacte de réméré a pour effet de permettre au vendeur de faire considérer la vente comme non avenue, et de reprendre la chose, si, dans un délai déterminé, il rembourse le prix qu'il en avait reçu. — On voit donc que cette opération se résume en un véritable *prêt sur gages*, avec cette différence toutefois que la propriété appartient au prêteur, qui restera plein propriétaire, par cela seulement que le vendeur n'aura pas invoqué le pacte dans les délais déterminés. (L. 2. C. 4, 54.)

2679. Les conséquences des trois clauses que nous venons d'étudier peuvent être différentes. Ainsi : — dans l'*addictio in diem*, le fait par le vendeur de trouver des conditions meilleures, dans un certain délai, peut donner à la vente un caractère conditionnel, et en suspendre la formation, ou bien au contraire être seulement un élément résolutoire d'une vente contractée *pure* : « *Quoties fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emptio, quæstionis est.*

Et mihi videtur verius interesse quid actum sit. Nam, si quidem id actum est ut, meliore allata conditione, discedatur, erit pura emptio quæ sub conditione resolvitur; sin autem hoc actum est ut perficiatur emptio nisi melior conditio afferatur, erit emptio conditionalis. » (L. 2, pr. D. 18, 2.) — Dans la *lex commissoria*, au contraire, et dans le *pacte de réméré*, la vente est toujours considérée comme *pura*, et c'est la résolution qui est conditionnelle, ce qui a notamment pour effet de mettre les risques à la charge de l'acheteur, mais, par contre, de permettre à ce dernier d'usucaper. (L. 2, § 1. D. 18, 2.)

2680. Quoi qu'il en soit, la condition résolutoire étant accomplie, les effets seront différents, suivant que le contrat aura ou n'aura pas été exécuté. S'il n'a pas été exécuté, rien de plus simple : les obligations réciproques s'éteignent purement et simplement. Si, au contraire, il a été exécuté, les jurisconsultes variaient sur l'action au moyen de laquelle le vendeur pouvait invoquer son droit : — les Sabiniens donnaient au vendeur l'action *venditi;* les Proculiens, au contraire, n'admettant pas que l'action *venditi* pût servir précisément à faire disparaître la vente, donnaient l'action *præscriptis verbis*. — Il est probable que les deux doctrines étaient également admises. (Voir une étude très-complète de cette question : M. Accarias, t. II, p. 467 à 471.)

§ IV. — RESCISION DE LA VENTE POUR CAUSE DE LÉSION

2681. Les clauses que nous venons d'étudier, et qui tendent à produire, dans certaines situations déterminées, la résolution de la vente, dérivent de la convention des parties. Ceci nous conduit à examiner un droit consacré par les empereurs Dioclétien et Maximien au profit du vendeur d'immeubles qui a souffert une lésion d'outre moitié. Ce vendeur, qui, par exemple, a vendu pour 49 ce qui en valait 100, a le droit de faire rescinder un contrat aussi préjudiciable à ses intérêts. Toutefois l'acheteur peut se soustraire à cette rescision et, par suite, à la restitution de l'immeuble, en fournissant le supplément du juste prix. (L. 2. C. 4, 44.) — On peut se demander pourquoi les empereurs ont songé à protéger un vendeur contre les conséquences d'une vente qui n'a pu être conclue qu'avec son consentement; et pourquoi, dans le même ordre d'idées, il n'y aurait pas à créer un droit semblable au profit de l'acheteur qui aurait acheté à un prix trop élevé. On répond que jamais personne ne peut se trouver dans la nécessité de faire une acquisition, tandis qu'une personne, ayant un besoin urgent de se procurer des fonds, peut être forcée de consentir à une vente pour un prix dérisoire.

— Mais il faut remarquer d'abord que cette mesure protectrice ne s'appliquait qu'aux ventes d'*immeubles*, lesquels sont précisément l'élément le plus facile de crédit, et, ensuite, qu'en établissant le prix d'achat à 51 p. °/₀ de la valeur de l'immeuble acheté notre acheteur indélicat se soustrait à toute mesure tendant à protéger le vendeur forcé de réaliser la valeur de son immeuble.

2682. Quoi qu'il en soit, il faut bien considérer que cette faculté de rescision, destinée à protéger le vendeur qui a conclu sous la pression du besoin, peut conduire à une iniquité au préjudice de l'acheteur qui n'a peut-être conclu que par l'appât d'une *bonne affaire*. Il en bénéficie et c'est justice, puisque le vendeur bénéficie des avantages d'une réalisation qu'il considère, même à ce prix inférieur, comme avantageuse à ses intérêts, puisque, somme toute, il la recherche et l'accepte.

2683. Les empereurs Dioclétien et Maximien se sont laissé entraîner par des considérations de sentiment, toujours dangereuses dans les questions de droit.

§ V. — EFFETS OU CONSÉQUENCES DU CONTRAT DE VENTE

2684. Le contrat de vente produit des *obligations* à la charge du *vendeur* et de l'*acheteur*. On comprend que les obligations du vendeur correspondent à des droits au profit de l'acheteur, et réciproquement.

De plus, le contrat de vente fait naître une question importante, celle des *risques*.

Enfin ce contrat donne naissance à des actions qui en assurent l'exécution dans ses conséquences directes ou indirectes.

I. — Obligations du vendeur.

2685. Du caractère de la vente romaine résulte que le vendeur n'est pas tenu de transférer la propriété de la chose vendue (L. 30, § 1. D. 19, 1); il doit seulement procurer la possession utile et durable de la chose à l'acheteur, qui, dans ces conditions, usucapera cette chose, devenant ainsi propriétaire *ex jure Quiritium*.

2686. Cette obligation principale se ramifie, d'après Paul, en trois obligations parfaitement distinctes : *venditori sufficit* OB EVICTIONEM SE OBLIGARE, POSSESSIONEM TRADERE, ET PURGARI DOLO MALO. » (L. 1, pr. D. 19, 4.) On pourrait ajouter une quatrième obligation : celle qui résulte pour le vendeur de la responsabilité qui lui incombe quant à certains vices de la chose vendue. Mais, si cette obligation

peut être considérée comme une dépendance ou un complément de l'obligation de livrer, il faut bien reconnaître qu'elle ne dérivait pas primitivement de la vente, mais qu'elle fut créée par l'édit des édiles curules. C'est pourquoi, conservant la division classique de Paul, nous nous réservons d'étudier les vices rédhibitoires au sujet des actions *redhibitoria* et *quant minoris* ou *æstimatoria.* (Nos 2714 et suiv.)

2687. *Obligation de livrer.* — Le vendeur doit livrer à l'acheteur, avons-nous dit, la possession de la chose vendue, non pas une simple détention de la chose, mais la possession proprement dite, c'est-à-dire susceptible d'être défendue par le vendeur, au moyen d'un interdit. Or, cette possession pouvant parfaitement reposer sur une chose appartenant à autrui, l'acheteur, tant qu'il n'est pas troublé dans sa possession par le véritable propriétaire, ne saurait se plaindre, puisqu'il peut usucaper. Si le propriétaire revendique, alors il sera temps de se retourner contre le vendeur qui, précisément pour ce cas, garantit son acheteur contre toute éviction possible. (L. 22. D. 41, 2; L. 2, § 1, et L. 3, pr.; L. 11, § 13. D. 19, 1; L. 3. C. 8, 44.)

2688. Si le vendeur ne doit livrer que la *vacua possessio* de la chose, il doit livrer tout ce qu'il a vendu, ce qui comprend, avec la chose elle-même tout entière, telle qu'elle est exprimée au contrat[1], les accessoires de cette chose, qui s'y trouvent tacitement compris, dans l'intention des parties (LL. 13, § 31, 14 à 18, 38, § 2. D. 19, 1); enfin tous les fruits ou produits que la chose a donnés depuis l'époque où l'acheteur pouvait exiger la tradidion. (Paul, II, 17, § 7; *Fr. Vat.*, § 15.) — L'obligation de livrer comprend forcément celle de conserver la chose jusqu'à la tradition (L. 36. D. 19, 1); mais cette obligation n'est intéressante qu'au point de vue de certaines situations toutes spéciales, qui seront étudiées plus loin dans la matière des *risques.* (Nos 2697 et suiv.)

2689. *Garantie de l'éviction.* — Cette obligation du vendeur consiste à prévenir et, au besoin, à réparer les résultats d'une éviction qui déposséderait l'acheteur, en vertu d'une sentence rendue sur le fond du droit et dérivant d'une cause antérieure à la vente. En effet, le vendeur est seulement responsable de l'éviction qui ne peut être imputée à l'acheteur, soit qu'elle résulte de faits postérieurs au contrat intervenu, soit que ledit acheteur

---

1. Ainsi l'acheteur, qui aura reçu partie de la chose vendue, pourra réclamer le surplus par l'action *ex empto*. Par contre, si le vendeur a livré plus que ce qu'il devait livrer, il aura le droit de se faire restituer l'excédant, non plus par l'action *ex empto*, mais par une *condictio*. (L. 18, § 3. D. 4, 3.)

n'ait eu aucun moyen juridique (par lui-même, comme possesseur, ou par le vendeur dûment averti en temps utile) de repousser les prétentions du tiers qui l'évince. (L. 29. D. 21, 2.)

2690. L'obligation de garantie est de la nature du contrat de vente : elle existe en dehors de toute convention spéciale ; mais elle n'est point de l'essence même du contrat de vente. Aussi le vendeur peut-il parfaitement se soustraire à cette obligation, par une convention spéciale. (L. 11, § 18 ; L. 68 pr. D. 19, 1.) Toutefois cette convention de non-garantie ne saurait soustraire le vendeur aux conséquences d'une éviction résultant d'un fait qui lui serait *personnel* et qui était connu de lui au moment du contrat. Tel serait le cas où j'aurais stipulé cette non-garantie, en vous vendant une maison antérieurement hypothéquée par moi. L'intention frauduleuse apparaît, dans cette hypothèse, d'une façon si manifeste, que la stipulation de non-garantie sera considérée comme nulle, et que l'acheteur évincé pourra réclamer des dommages-intérêts.

2691. A côté de l'obligation légale pour le vendeur de garantir l'acheteur contre toute éviction, se trouvait parfois une autre obligation conventionnelle. Voici comment : l'usage s'était introduit, chez les acheteurs, de stipuler à titre de peine, pour le cas d'éviction, une somme d'argent déterminée, en général le double du prix, ce qui avait donné à cette convention le titre de *stipulatio duplæ*. Dans certaines provinces, pour les objets d'une certaine valeur ainsi que pour les immeubles, la promesse du double avait fini par devenir obligatoire : le vendeur était obligé de la faire. Bien plus, si cette stipulation avait été omise au moment du contrat, l'acheteur pouvait l'exiger après coup par l'action *ex empto*. (LL. 37 pr. et 2. D. 21, 2.) On avait même admis que cette convention pouvait être considérée comme sous-entendue, ce qui permettait à l'acheteur évincé de poursuivre directement le payement du double, par son action *ex empto*. (L. 37, § 2. D. 21, 2 ; Paul, II, 17, § 2.)

2692. L'acheteur évincé avait donc ordinairement deux actions : l'action *ex empto*, dérivant légalement du contrat, et qui l'indemnisait, non pas de la valeur primitive de la chose, mais précisément de tout le préjudice que l'éviction lui avait fait éprouver ; — l'action *ex stipulatu duplæ*, qui dérive d'une stipulation spéciale, et qui est précisément limitée au double du prix. Nous reviendrons du reste sur ces deux actions. (N^os^ 2712, 2713.)

2693. *Obligation de ne pas commettre de dol.* — Cette obligation est inhérente à tous les contrats de bonne foi. Mais elle produit naturellement, en ce qui concerne la vente, des effets particuliers. 1° Si la chose appartenait en pleine propriété au vendeur, celui-ci

est tenu non-seulement d'en livrer la possession, mais, si c'est une *res mancipi*, d'en transférer la propriété par la mancipation ou la *cessio in jure*. (Paul, I, 13, § 4; — Gaïus, 4, 131; — M. Accarias, t. II, p. 457.) 2° Si le vendeur savait que la chose vendue appartenait à autrui, ou était sujette à une éviction totale ou partielle (servitudes), l'acheteur, bien que non encore troublé dans sa possession, peut immédiatement intenter l'action *ex empto*. (L. 30, § 1. D. 19, 1.) 3° La clause de non-garantie, ainsi que nous venons de le voir (n° 2690), ne libère pas de l'action *ex empto* le vendeur qui l'avait frauduleusement stipulée, connaissant le danger de l'éviction. (L. II, § 18. D. 19, 1; L. 69, § 5, 21, 2.) 4° Enfin nous verrons plus loin (n^os^ 2715 et suiv.) qu'indépendamment des vices rédhibitoires prévus par l'édit des édiles, le vendeur est tenu de tous les autres vices qu'il a connus et dissimulés. (L. 4, § 4. D. 21, 1.)

II. — Obligations de l'acheteur.

2694. La principale obligation de l'acheteur consiste à payer le prix stipulé au terme convenu; du reste, on sait déjà qu'il doit non-seulement verser les écus, mais transférer la propriété de ces écus. (L. 11, § 2. D. 19, 1.) — Tous les commentateurs insistent énergiquement sur ce dernier point; on pourrait, il est vrai, se demander comment l'acheteur, livrant les écus qui constituent son prix, pourrait bien ne pas en transférer la propriété, puisque ces écus sont *res nec mancipi*, que le payement du prix est fait en vertu d'une *justa causa*, que l'acheteur, entendant *payer son prix*, ne peut avoir d'autre intention que d'en transférer la propriété, et que le vendeur, entendant de son côté recevoir son prix, ne peut avoir d'autre intention que d'en devenir propriétaire. La tradition des écus est donc parfaite, et par conséquent translative de propriété.

2695. A côté de l'obligation de payer le prix à l'époque indiquée au contrat, l'acheteur est tenu de rembourser les impenses faites de bonne foi à la chose vendue, depuis la vente (L. 13, § 22, D. 19, 1), et de payer les intérêts de son prix, du jour de la tradition, si un terme n'a pas été stipulé. (L. 13, § 20, 21. D. 19, 1.)

2696. Remarquons d'un autre côté qu'en général, sauf stipulation de délais spéciaux, le payement du prix et la tradition de la chose vendue doivent être simultanés. L'une est la conséquence et la condition de l'autre. D'où résulte que chacune des parties a un véritable droit de rétention, le vendeur sur la chose vendue, jusqu'au payement du prix, l'acheteur sur son prix, jusqu'à la livraison de la chose vendue. (L. 13, § 8. L. 25. D. 19, 1.)

III. — **Risques.**

2697. La chose vendue, mais non encore livrée à l'acheteur, vient à périr par cas fortuit [1] en tout ou en partie. Il y a donc là une perte matérielle plus ou moins grande. Sur qui, de l'acheteur ou du vendeur, retombera le préjudice? C'est précisément là la question des *risques*. —Pour l'étudier, il faut envisager plusieurs hypothèses.

2698. 1° *Vente pure et simple*. — *a*. Vente pure et simple d'un corps certain. — Un corps certain vendu, mais non encore livré, périt par cas fortuit, sans que le vendeur ait été constitué *in mora*, c'est-à-dire mis en demeure d'opérer la livraison? Il est certain que le vendeur est libéré de son obligation, et qu'on ne peut plus lui réclamer la livraison d'un objet qui a péri. Reste à savoir si l'acheteur, qui ne peut plus obtenir l'objet acheté, reste néanmoins débiteur du prix? Les *Institutes* nous répondent : «... *Cum emptio et venditio contracta sit*, PERICULUM REI VENDITÆ STATIM AD EMPTOREM PERTINET, *tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit*... » En d'autres termes, aussitôt la vente conclue, les risques passent à la charge de l'acheteur, qui, la chose venant à périr, n'en devra pas moins le prix. — La vente, en effet, fait naître deux obligations parfaitement distinctes : celle du vendeur, qui consiste à livrer la chose, celle de l'acheteur, qui consiste à payer le prix. Ces deux obligations étant indépendantes, le sort de l'une ne réagira pas sur le sort de l'autre; conséquemment, celle du vendeur devenant irréalisable sans sa faute, celle de l'acheteur subsiste dans toute sa force.

2699. On objecte, il est vrai, que l'acheteur ne pouvant être que créancier, tant que la chose ne lui a pas été livrée, il est étrange qu'il supporte les risques, puisque c'est le vendeur qui est encore propriétaire et que, d'après l'adage : « *Res perit domino* », c'est le vendeur qui devrait supporter la perte.) M. Demangeat répond (t. II, p. 350 et 351) : « Cette observation n'est pas sérieuse. Dans tout le *Corpus juris*, je ne connais qu'un seul texte où apparaisse cette fameuse règle : *Res perit domino* [2]. Les empereurs Dioclétien et Maximien, supposant qu'un débiteur a engagé sa chose à son créancier et qu'elle vient ensuite à périr par cas fortuit, décident qu'elle périt pour le propriétaire, en ce sens que sa dette n'est point éteinte. Cela se comprend très-bien; mais évidemment

---

1. La question des risques ne se présente que si la perte totale ou partielle résulte d'un cas fortuit. Il est bien entendu, en effet, que, si cette perte résultait de la faute ou du dol du vendeur, celui-ci serait seul responsable.

2. L. 9. C. 4, 24.

on ne contredit pas cette décision en disant que les risques sont pour l'acheteur quand la chose vendue périt par cas fortuit avant de lui.avoir été livrée. » Quant à moi, je me préoccupe peu, dans une question théorique, de ce que dit ou ne dit pas le *Corpus juris*. Mais je suis frappé de ceci, c'est que, s'il est facile de comprendre que les risques soient pour l'acheteur, dans une législation qui admet le transport immédiat, par le fait seul de l'accord des parties, de la propriété de la chose vendue sur la tête de l'acquéreur, il me paraît impossible de justifier, en droit pur, la décision des *Institutes*, c'est-à-dire l'objet périssant pour une personne qui n'en est point propriétaire. Est-ce aller trop loin? Mais, sans vouloir discuter plus longuement ce point, en recherchant toutes les situations dans lesquelles l'impossibilité de livrer une chose ne soustrait pas le débiteur à toute obligation, n'y a-t-il pas, dans cette même matière des risques, certaines décisions qui me paraissent singulièrement contraires au principe énoncé ? On admet en effet que, si la perte de la chose (vol ou destruction par un tiers) avait fait naître des actions, le vendeur sera tenu, à défaut de la chose, de céder ces actions qui lui appartiennent (*condictio furtiva*, actions *furti*, *damni injuriæ*) à l'acheteur, qui en tirera ce qu'il pourra : « *Utique vindicationem et condictionem exhibere debebit emptori, quia sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est; idem est etiam de furti et de damni injuriæ actione.* » (*Inst.*, § 3 de n. t.) Or M. Demangeat complète ce texte en disant : « S'il se trouve que le vendeur n'était pas propriétaire, les actions dont il s'agit ne naissent point à son profit. Il est donc hors d'état de les céder à l'acheteur, et en conséquence il ne peut pas exiger de lui le paiement du prix. Bien plus, l'acheteur a contre son vendeur l'action *ex empto*, comme quand il ne peut pas garder la chose en vertu de l'achat qu'il en a fait. » Comment? On dit que, la chose périssant par cas fortuit, volée, détruite ou mise hors du commerce, *sans la faute du vendeur*, *celui-ci pourra exiger le payement;* puis on distingue et l'on dit : Si des actions compètent au vendeur en tant que propriétaire, il devra les céder à l'acheteur ; mais si le vendeur, n'étant pas propriétaire, n'a point d'actions à céder, c'est alors que l'acheteur ne devra pas payer le prix ; bien plus, il pourra réclamer des dommages-intérêts. Mais cette dernière proposition n'est-elle pas précisément la négation de la première? et, en effet, peut-on énoncer deux propositions plus contradictoires que celles qui se résument ainsi : 1re *proposition* : La chose périssant par cas fortuit, volée ou mise hors du commerce sans la faute du vendeur, celui-ci peut réclamer son prix ; 2e *proposition* : La chose périssant par cas fortuit, volée ou mise hors du

commerce sans la faute du vendeur, celui-ci, non-seulement ne pourra réclamer le prix, mais encore sera en butte à une demande de dommages-intérêts, s'il ne peut céder à l'acheteur les actions résultant des événements qui l'empêchent de livrer la chose? Les actions nées de la disparition de la chose étant, dans toute cette théorie, considérées comme la représentation juridique de la chose vendue, sur quelle idée peut-on s'appuyer pour décider que tantôt le vendeur pourra, que tantôt il ne pourra pas poursuivre le prix? Je n'insiste pas davantage; toutefois, en terminant sur ce point, il me paraît intéressant de citer le passage suivant de M. Demangeat, qui montrera que, dans l'ancien droit romain, la théorie des *Institutes* n'était peut-être pas aussi universellement reconnue qu'on veut bien le dire: « La règle posée aux *Institutes* se retrouve dans un grand nombre de textes. Cependant Cujas a soutenu que cette règle n'avait qu'une valeur purement théorique et doctrinale et que la pratique romaine était contraire. Il invoque surtout la L. 33, D. *Locati* (19, 2), dans laquelle incidemment le jurisconsulte Africain s'exprime ainsi : « *Si vendideris mihi fundum, isque, prius quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id præstes si quid pluris mea intersit eum vacuum tradi.* » Ainsi, le fonds vendu ayant été confisqué, sans doute le vendeur ne doit pas de dommages-intérêts à l'acheteur, mais il lui restituera le prix s'il est déjà payé, et il ne pourra pas l'exiger si l'acheteur le devait encore. On a proposé plusieurs explications de cette décision d'Africain. Celle à laquelle je m'arrête est purement historique. Africain me paraît avoir reproduit ici une ancienne doctrine d'après laquelle, comme le bailleur n'a droit à la *merces*, c'est-à-dire au loyer, qu'en proportion de la jouissance qu'il a effectivement procurée au preneur, de même le vendeur n'a pas droit au prix lorsque, même sans sa faute, la chose n'a pu être livrée à l'acheteur. C'est ainsi que nous voyons Julien, contemporain d'Africain, poser en principe qu'il serait contraire à la bonne foi *ut emptor rem amitteret, et pretium venditor retineret.* Mais les jurisconsultes postérieurs ont décidé, et cette décision a fini par être universellement admise, que sous le rapport des risques il ne fallait pas traiter de même le vendeur et le locateur. » (T. II, p. 315.)

2700. Nous venons de voir que, tout au moins dans le dernier état de la jurisprudence romaine, l'acheteur d'un corps certain supportait les risques. Par contre, il était naturel que le même acheteur profitât de la plus-value que l'objet vendu avait pu acquérir depuis la vente : « *Nam et commodum esse debet, cujus periculum est.* » (*Inst.*, § 3 de n. t.)

2701. *b*. Les règles qui viennent d'être posées en matière de vente d'un corps certain cessaient de s'appliquer si la vente avait pour objet des choses « *quæ numero, pondere mensurave constant* », c'est-à-dire des choses déterminées, non dans leur personnalité, comme l'esclave Stichus, mais dans leur genre, comme : un esclave, un cheval, tant de mesures de froment, etc. On comprend que, si un objet déterminé peut périr, il n'en est pas de même d'un genre, qui est toujours représenté. Par conséquent, le vendeur, pouvant toujours donner satisfaction à ses obligations, supportera les risques, et si les objets qu'il avait en vue au moment du contrat viennent à périr il n'aura qu'à les remplacer par des objets de même nature, de telle sorte que c'est lui qui subira la perte. En d'autres termes, c'est le vendeur d'un *genus* qui supporte les risques.

2702. 2° *Vente conditionnelle.* — Nous savons que l'obligation conditionnelle est celle dont la réalisation est reportée à l'arrivée de tel événement incertain ; nous savons également, d'une part, que, la condition venant à défaillir, il n'y a rien de fait ; d'autre part, que la condition se réalisant produit un effet rétroactif au jour de la formation du contrat, qui est dès lors considéré comme s'il eût été pur et simple dès l'origine. (N^os^ 2176 et suiv.)

2703. Ces principes absolus, et ainsi résumés, vont nous permettre de critiquer encore la théorie qu'exposent les *Institutes*. La voici : Il faut distinguer, dans le cas d'une vente conditionnelle, si la perte, survenant entre la formation du contrat et l'événement de la condition, est *totale* ou *partielle* : 1° EN CAS DE PERTE PARTIELLE, les risques seront à la charge de l'acheteur, qui devra le prix convenu, sans diminution. En effet, dit-on, si, au moment où la condition se réalise, l'obligation du vendeur prend naissance, il en est de même de l'obligation de l'acheteur. Alors s'opère une *rétroactivité* qui reporte tous les effets du contrat au jour même de la vente. (L. 8. pr. D. 18, 6.) Par contre, si *pendente conditione* la chose avait augmenté de valeur, le vendeur ne pourrait demander une majoration du prix stipulé.

2704. Rien à dire contre cette théorie ; elle est absolument pure en droit [1]. En effet, la réalisation de la condition ayant préci-

---

1. En disant que cette décision est absolument pure en droit, nous nous plaçons naturellement, comme point de départ, dans la théorie romaine qui met les risques à la charge de l'acheteur, même avant que celui-ci ne soit propriétaire ou même possesseur. Il est bien entendu que, *personnellement*, nous ne croyons pas que cette théorie soit soutenable en droit pur, et nous ne comprenons pas que les risques puissent incomber à d'autres qu'au propriétaire, car les risques sont précisément une des conséquences, une des charges naturelles de la propriété. Voit-on, dans la théorie romaine, la bizarrerie de la

sément pour première conséquence juridique de reporter la force virtuelle du contrat au jour de sa formation, il est naturel que les risques de perte ou de gain soient considérés comme incombant à l'acheteur.

2705. Eh bien ! cette théorie va être bouleversée, si la perte est *totale*. Dans ce cas, la législation romaine met les risques à la charge du vendeur, car, dit-on, la condition venant à se réaliser, l'obligation de livrer ne se forme pas *faute d'objet*, et, par conséquent, celle de l'acheteur, qui ne peut naître que corrélativement à celle du vendeur, ne se forme pas non plus. (L. 8. pr. 18. 6.) Que devient alors l'effet rétroactif ? S'il existe, la vente est réputée faite purement et simplement au jour du contrat, et alors pourquoi la perte totale de l'objet vendu empêcherait-elle les conséquences ordinaires du *periculum ?* Si l'effet rétroactif n'existe pas, comment justifier toutes les décisions que nous avons déjà étudiées ? (V. notamment nos 2176 et suiv.) Mais, dit-on, la perte totale de l'objet vendu empêche la vente de se former *faute d'objet !* Je le veux bien ; mais si l'objet est un élément essentiel de la vente, l'existence des contractants n'est-elle pas un élément non moins essentiel ? Et cependant, l'un des contractants venant à mourir *pendente conditione*, la réalisation de la condition fera considérer la vente comme remontant à l'époque de la formation du contrat, et dès lors, par une fiction fort simple, on supposera que le droit s'est réalisé, dès le début, dans la personne du contractant, qui, en mourant, aura transmis, à ses héritiers, sa personnalité juridique quant à ce droit, aussi bien que quant à la plupart des autres droits de son patrimoine ?

2706. Quoi qu'il en soit, et sans insister sur l'étrange philosophie qui régit toutes ces questions *des risques*, la jurisprudence prescrivait formellement que la perte partielle fût à la charge de l'acheteur, et que la perte totale empêchât tout lien de droit de se former, ou plutôt anéantît immédiatement les droits éventuels résultant de la vente conditionnelle.

Il va sans dire que, dans la vente conditionnelle comme dans la vente pure et simple, il ne peut être question de *risques* pour les choses *quæ pondere, numero mensurave constant.*

---

situation suivante? *Primus* a vendu à *Secundus* une chose dont le véritable propriétaire était *Mœvius*. La chose venant à périr par cas fortuit, Mœvius ne pourra la revendiquer, et conséquemment en supportera la perte ; Secundus, de son côté, acheteur, devra payer le prix, en d'autres termes il supportera également la perte de la chose, puisqu'il en perd la représentation ; et ce sera *Primus*, qui n'avait aucun droit sur la chose, qui en gardera tranquillement le prix.

2707. *N. B.* Jusqu'à présent nous n'avons considéré les risques que dans l'hypothèse où la perte totale ou partielle était survenue par *cas fortuit*, sans le dol ni la faute des parties. On sait, en effet, et nous verrons plus tard sous un chapitre spécial, quelles obligations pouvaient résulter du dol ou de la faute. Quant à présent, disons sommairement que le *vendeur* sera seul responsable de la perte survenue par son dol ou sa faute. Mais dans quels cas y aura-t-il dol ou faute? On a vu que, parmi les obligations du vendeur, se trouvait celle de *conserver* la chose jusqu'au moment de la livraison ; or cette obligation s'entend en ce sens que le vendeur répond, non-seulement des fautes qu'il ne fait pas habituellement dans la gestion de ses propres affaires, mais encore de celles qu'un bon père de famille ne commet pas ordinairement. (LL. 3 et 11. D. 18, 6.) Si donc la perte de l'objet vendu peut être attribuée à l'absence d'une vigilance ordinaire, non-seulement le vendeur ne pourra pas réclamer le prix, mais il pourra être condamné à des dommages-intérêts représentant le préjudice total qu'éprouve l'acheteur.

2708. Remarquons, d'un autre côté, que, dans toute cette question des risques, nous avons, dès le début, supposé que le vendeur n'était point *en demeure*. En effet, dès qu'il a été mis en demeure d'accomplir son obligation de livrer, sans y satisfaire, il répond même des cas fortuits. (L. 17. D. 18, 6.)

2709. Enfin, pour terminer, il faut savoir que les règles qui viennent d'être étudiées sur les risques, sur le *periculum*, ne sont point d'ordre public, et ne sont considérées que comme l'interprétation de la volonté tacite des parties. Aussi peut-on parfaitement modifier ces principes par des conventions particulières. (L. 35, § 4, D. 18, 1.) C'est évidemment à une situation de ce genre que se rapporte le passage suivant des *Institutes* : « *Quod si fugerit homo qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit* AN CUSTODIAM EJUS USQUE AD TRADITIONEM VENDITOR SUSCEPERIT : *sane enim si suscepit, ad ipsius periculum in casus pertinet ; si non suscepit, securus est.* » (§ 3 de n. t.) En effet, l'esclave, étant un être intelligent, a des facultés particulières pour s'échapper, ce qui rend la perte et le *furtum* faciles. Pour être sûr qu'il ne s'échappera pas, il faudrait l'emprisonner ou exercer sur lui une surveillance de tous les instants : or, ce sont des procédés qu'un *bon père de famille* n'emploie pas ordinairement. En conséquence, le vendeur ne sera responsable de la fuite ou du vol de l'esclave que « *si suscepit custodiam* », c'est-à-dire si, par une convention formelle, il s'est engagé à le conserver, à ses risques et périls, en dehors du droit ordinaire, jusqu'à la tradition.

2710. Les *Institutes* ajoutent : « *Idem et in cæteris animalibus cæterisque rebus intelligimus.* » Ce texte est parfaitement clair ; le vendeur ne répond pas du vol de la chose vendue, du vol et de la fuite des animaux. M. Demangeat professe (t. II, p. 352) qu'il y a là une erreur des rédacteurs, et qu'en dehors du cas spécial de l'esclave la convention relative à la *custodia* n'est point nécessaire pour rendre le vendeur responsable de la fuite ou du vol des choses vendues. Il me semble difficile de combattre le texte si précis qui vient d'être cité; et nous devons croire que la fuite et le vol sont assimilés aux cas fortuits, toutes les fois que le vendeur n'a point manqué à la vigilance ordinaire d'un *bonus paterfamilias.*

IV. — **Actions qui dérivent de la vente.**

2711. Les actions dérivant du contrat de vente varient suivant les diverses obligations qu'elles sont destinées à sanctionner.

1° L'action *venditi* ou *ex vendito* est accordée au vendeur contre l'acheteur pour réclamer à ce dernier : 1° le prix principal ; 2° le remboursement des impenses faites de bonne foi ; 3° les intérêts qui sont dus, même sans mise en demeure, à partir de la tradition. (*Fr. Vat.*, § 2; Paul II, 17, § 9.)

2712. 2° L'action *empti* ou *ex empto* est accordée à l'acheteur, contre le vendeur, pour réclamer : 1° la tradition de la chose à l'époque convenue ; 2° les accessoires que la chose principale comprend *ex æquo et bono;* 3° les fruits et produits que la chose a pu donner depuis le jour où la tradition devait avoir lieu (Paul, II, 17, § 7. *Fr. Vat.*, § 15); 4° la réparation du préjudice causé par l'éviction. Quant à ce dernier point, fort compliqué, nous allons l'étudier à fond sous le numéro suivant, en comparant l'action *ex empto* à l'action *ex stipulatu duplæ*.

2713. 3° L'action *ex stipulatu duplæ* n'est pas une conséquence ordinaire du contrat de vente. Elle se produira dans l'hypothèse suivante : primitivement, et surtout dans les ventes d'une certaine importance, l'acheteur avait l'habitude de stipuler le *double du prix* pour le cas où il viendrait à être évincé. Cette stipulation était même obligatoire dans les ventes d'esclaves ou d'animaux. (L. 37, § 1. D. 21, 2.) La *stipulatio duplæ* finit, en général, par devenir obligatoire, en ce sens qu'il fallait une convention spéciale pour en dispenser le vendeur. (L. 37 p. D. 21, 2.)

L'exécution de cette promesse du double sera poursuivie par une action spéciale : *ex stipulatu duplæ*. Si nous supposons maintenant que cette promesse du double a été omise au moment du contrat,

l'acheteur pourra l'exiger après coup *par l'action* EX EMPTO. (L. 2. D. 21, 2.) Bien plus, on peut la tenir pour *sous-entendue*, et, l'éviction se produisant, l'acheteur pourra obtenir le double du prix, non plus par l'action *ex stipulatu*, puisque en fait la stipulation n'a pas eu lieu, mais tout simplement par l'action *ex empto*. (L. 37, § 2. D. 21, 2. Paul, II, 17, § 2. *Fr. Vat.*, § 8.)

Ceci prouve que l'idée d'évaluer au double du prix le préjudice causé par l'éviction avait fini par être considéré comme dérivant naturellement du contrat de vente.

L'acheteur évincé est donc ordinairement protégé par deux actions. Mais ces deux actions se séparent par de nombreuses différences. Ainsi : *A*. L'action *ex empto* est une action de bonne foi, l'action *ex stipulatu* est une action de *droit strict* [1]; — *B*. L'action *ex stipulatu* fait obtenir à l'acheteur le double du prix convenu, ni plus ni moins, quelle que soit la valeur de l'objet vendu, au jour de l'éviction ; par l'action *ex empto*, au contraire, l''acheteur obtiendra la réparation exacte du dommage que lui cause l'éviction, quel que soit le prix d'achat. Or, comme la valeur de l'objet, au jour de l'éviction, peut être inférieure, mais quelquefois aussi supérieure au double du prix d'achat, l'acheteur aura intérêt à se servir tantôt de l'action *ex empto*, tantôt de l'action *ex stipulatu;* — *C*. L'une des deux actions peut parfois servir à l'acheteur, quand l'autre n'aurait aucune efficacité. Exemples : *a*. Le vendeur n'était pas propriétaire, et l'acheteur devient héritier du véritable *dominus*? Dans cette situation, l'acheteur, n'ayant aucune éviction à redouter dans le sens strict du mot, ne saurait invoquer l'action *ex stipulatu;* mais, comme il n'a pas obtenu la chose vendue, *ex causa emptionis*, il poursuivra le vendeur par l'action *ex empto*. (L. 41. D. 21, 2.) — *b*. A l'inverse, un tiers intente une action en revendication contre l'acheteur d'un esclave. *Pendente lite*, l'esclave meurt, et le juge tranche la question de propriété en faveur du revendiquant. L'acheteur, qui ne souffre aucun préjudice, puisque, dans tous les cas, l'esclave mort aurait été perdu pour lui, ne pourra intenter l'action *ex empto;* mais, comme en droit il y a *éviction*, il obtiendra de son vendeur, par l'action *ex stipulatu*, le double du prix d'achat. (L. 16, pr. D. 6, 1.)

2714. 4° et 5° L'action *redhibitoria* et l'action *quanti minoris* interviennent toutes deux, mais avec des circonstances différentes,

---

1. Sauf le cas spécial où elle remplace l'action *ex stipulatu*, en faisant obtenir à l'acheteur le double du prix, dans l'hypothèse où l'on sous-entend la *stipulatio duplæ*.

dans le cas où la chose vendue contenait des vices cachés et non apparents (vices rédhibitoires).

2715. Ces deux actions furent introduites par les édiles. En effet, d'après la loi des Douze-Tables, le vendeur ne s'engageait que dans la limite de sa déclaration. Si donc il avait affirmé que la chose vendue n'avait pas tel défaut, et que ce défaut existât, il était tenu par l'action *ex empto*. Mais s'il avait gardé le silence, il se libérait en livrant la chose telle qu'elle était. Cette jurisprudence, qui ouvrait un large champ au dol du vendeur, dut bientôt être modifiée. Tout d'abord on rendit le vendeur responsable de tous les défauts qu'il aurait connus sans les déclarer. Puis un édit des édiles, — s'appliquant d'abord exclusivement aux ventes d'animaux ou d'esclaves, mais étendu bientôt sans difficulté à toutes les ventes, même immobilières, — prescrivit que le vendeur devait connaître les défauts de la chose vendue et en garantir complétement l'acheteur. (Cicéron, traité *De officiis*, III, 16 et 17; L. 1, § 1; L. 33, pr. D. 21, 1; L. 1, pr.; L. 63. D. 21, 1.)

2716. Les dispositions essentielles de l'édit se résument en trois propositions que voici :

1° Le vendeur est tenu de déclarer tous les vices qui diminuent la valeur apparente de la chose (L. 1, § 8. D. 21, 1);

2° Le vendeur doit promettre une indemnité, à raison de tous les vices, même non connus de lui, et qu'il n'a pas déclarés;

3° Enfin le vendeur est responsable de toutes ses déclarations ou promesses relatives aux vices ou aux qualités de l'objet vendu.

2717. Ces diverses obligations sont sanctionnées par deux actions : l'action *redhibitoria*, l'action *quanti minoris* ou *æstimatoria*. Ces deux actions, on le comprend, ont des fonctions différentes, et nous allons les comparer, dans les trois ordres d'obligations que nous avons énumérés.

2718. 1° Si le vendeur n'a pas déclaré tous les vices de la chose, et si le vice non déclaré existait avant la vente, n'était pas apparent ou connu de l'acheteur, et n'a pas disparu depuis la vente, le vendeur sera tenu de l'une ou de l'autre des deux actions énoncées plus haut. (LL. 1, § 6; 14, § 10; 16, 17, § 17; 48, § 5, et 54. D. 21, 1.) De l'une ou de l'autre, disons-nous, car ces deux actions ne peuvent être cumulées. L'acheteur lésé peut choisir l'une ou l'autre, à son gré, suivant son intérêt.

Ces deux actions diffèrent entre elles profondément. Ainsi :

2719. *A*. L'action *rédhibitoire*, comme son nom l'indique, replace les parties dans la situation où elles se trouvaient avant la vente. L'acheteur restitue la chose avec les fruits et toutes les acqui-

sitions qu'elle lui a procurées, et, de plus, est comptable des détériorations ou moins-values résultant de son fait. (LL. 21, pr.; 23, pr., §§ 7 et 9; 25, pr., et 60. D. 21, 1.) Le vendeur, de son côté, rend le prix avec les intérêts, et, de plus, répare intégralement le dommage causé par les vices de la chose, fût-il supérieur au prix. (LL. 23, §§ 1 et 8, et 27. D. 21, 1.) C'est une véritable *restitutio in integrum* réciproque. — L'action *quanti minoris*, au contraire, laisse subsister le contrat, et aboutit seulement à une diminution du prix, proportionnée à la moins-value résultant des vices; cette diminution peut égaler le prix lui-même, mais ne le dépasse jamais, en ce sens que l'acheteur, par l'action *æstimatoria*, s'il peut demander la restitution totale du prix, ne peut rien demander au delà, quel que soit le montant des dommages éprouvés. (L. 43, § 6. D. 21, 1.)

2720. *B*. L'acheteur, qui aliène la chose ou la grève d'un droit d'usufruit, ne peut plus exercer l'action *redhibitoria* (L. 43, § 8. D. 21, 1), — tandis qu'il conserve l'action *quanti minoris*.

2721. *C*. L'action *redhibitoria* s'éteint au bout de six mois, l'action *quanti minoris* dure un an. Dans l'une comme dans l'autre, on ne compte que les jours utiles. (LL. 19, § 6; 48, § 2; L. 55; D. 21, 1.)

2722. *D*. L'action *redhibitoria*, produisant le désintéressement absolu de l'acheteur, ne peut être intentée qu'une seule fois; l'action *quanti minoris*, au contraire, peut être renouvelée à chaque vice nouveau que l'acheteur vient à découvrir. (L. 31, § 16, D. 21, 1; — L. 32, § 1. D. 21, 2.)

2723. Remarquons d'ailleurs que l'édit ne fait que compléter le droit civil; par conséquent, l'action *ex empto* concourt avec les actions édilitiennes, au cas où la mauvaise foi du vendeur est manifeste. Dans ce cas, elle est même plus avantageuse que les deux actions édilitiennes, puisqu'elle est perpétuelle, et que l'action *æstimatoria*, puisqu'elle fait complétement indemniser l'acheteur.

2724. 2° Le vendeur doit promettre indemnité à raison de tous les vices même non connus de lui. — S'il fait cette promesse, il est tenu de l'action *ex stipulatu*, qui ne supprime pas les actions édilitiennes, mais est préférable à l'action *æstimatoria*, en ce qu'elle donne à l'acheteur une complète indemnité, et à l'action *redhibitoria*, en ce qu'elle subsiste malgré l'aliénation de la chose, et qu'elle n'impose à l'acheteur aucune espèce de prestation. — De plus, nous avons vu que cette action *ex stipulatu* était souvent donnée *au double*. (N^os^ 2690, 2713.). — Si, au contraire, le vendeur n'a pas fait la promesse que l'édit lui impose, il tombe immédiatement sous le coup des actions édilitiennes, encore qu'aucun vice ne se

révèle ; mais, dans ce cas, l'action *redhibitoria* est réduite à deux mois, et l'action *quanti minoris* à six mois, ces délais étant, de plus, continus. (L. 28, D. 21, 1.)

2725. 3° Quant à la troisième obligation, elle existait déjà dans le droit civil, sanctionnée par l'action *ex empto*. Mais les édiles la corroborèrent par les deux actions édilitiennes, l'action rédhibitoire offrant, sur l'action *ex empto*, l'avantage de pouvoir faire résoudre le contrat, alors même que la déclaration du vendeur serait seulement inexacte et non mensongère, — et l'action *quanti minoris* offrant l'avantage de pouvoir être renouvelée, quand, au contraire, l'action *ex empto* s'épuise dès qu'elle est intentée une seule fois. (LL. 19, pr., § 2. D. 21, 1 [1].)

ARTICLE II. — LOUAGE. — *LOCATIO-CONDUCTIO*

(*Inst.*, III, XXIV.)

« Pr. Le louage ressemble beaucoup à la vente ; et on suit les mêmes règles dans l'un et l'autre contrat. De même que la vente est parfaite dès qu'on est convenu du prix (*pretium*) ; de même le louage existe dès qu'on est convenu du loyer (*merces*) : de cet instant, le bailleur (*locator*) a l'action *locati* ; et le preneur (*conductor*) a l'action *conducti*.

« § 1. Ce que nous avons dit ci-dessus relativement au prix de la vente, dont on aurait abandonné la fixation à l'arbitrage d'un tiers, s'applique également au louage, lorsque les parties sont convenues de s'en rapporter à un tiers pour fixer le loyer. — Quand on donne un vêtement à un foulon pour le dégraisser ou à un tailleur pour le raccommoder, sans convenir d'aucun salaire, et cependant avec l'intention de payer la rétribution qui sera ultérieurement convenue, il n'y a pas louage proprement dit, mais un contrat d'une nature particulière (contrat réel, innommé), dont l'exécution est garantie par l'action dite *præscriptis verbis*.

« § 2. En outre, de même que l'on doutait beaucoup autrefois si l'échange de deux objets constituait une vente, de même on demandait s'il y avait louage dans le cas où celui qui recevrait de vous une chose pour s'en servir vous en remettrait une autre dont vous pourriez de votre côté faire usage ? On a décidé qu'il n'y avait pas louage, mais un genre particulier de contrat (*contrat réel, innommé*). Par exemple, si deux voisins, n'ayant chacun qu'un seul bœuf, conviennent de se le prêter réciproquement pendant dix jours pour faire leurs labours, et que le bœuf de l'un vienne à périr chez l'autre, l'action à intenter, à raison de cet événement, ne sera ni l'action *locati*, ni l'action *conducti*, ni l'action *commodati* (car le contrat qui a lieu dans l'espèce n'est point un commodat, puisqu'il n'est pas gratuit), mais bien l'action *præscriptis verbis*.

« § 3. Telle est la ressemblance qui existe entre la vente et le louage, qu'on est, dans certains cas, fort embarrassé pour décider s'il y a l'un ou l'autre contrat. Cela arrive notamment lorsque des fonds sont livrés à quelqu'un pour en jouir à perpétuité, c'est-à-dire sous la condition que, tant que la

---

1. On lira avec grand profit le § 609 du Précis de M. Accarias, auquel j'ai emprunté, en le résumant, tout ce qui vient d'être dit sur cette matière des vices rédhibitoires.

redevance sera exactement payée au bailleur, celui-ci ne pourra retirer les fonds ni au preneur, ni à ses héritiers, ni à aucune des personnes auxquelles le preneur ou son héritier les transférerait par vente, donation, constitution de dot, ou à tout autre titre.

« Les anciens jurisconsultes voyaient là, les uns une vente, les autres un louage; Zénon, pour trancher la question, a décidé que cette convention constituerait, sous le nom d'emphytéose, un contrat d'une nature particulière, distinct de la vente et du louage, et régi d'après les clauses insérées dans le contrat même; qu'en conséquence toutes les clauses convenues entre les parties seraient observées comme dérivant de la nature du contrat; et que, dans le cas où les contractants n'auraient rien arrêté relativement aux risques de la chose, la perte totale tomberait sur le propriétaire, la perte partielle sur l'emphytéote : tel est le droit aujourd'hui en vigueur.

« § 4. On a pareillement demandé s'il y avait vente ou louage dans l'espèce suivante : entre Titius et un orfévre, il a été convenu que celui-ci, avec son or, ferait des anneaux d'un certain poids et d'une certaine forme pour Titius, et en recevrait dix écus d'or. Cassius voyait dans l'espèce proposée un double contrat, une vente quant à la matière, un louage quant au travail; mais on a décidé que cette convention constituait seulement une vente. Au reste, il est bien certain qu'il y aurait louage, si, la matière étant fournie par Titius, on était convenu d'un salaire pour le travail de l'orfévre.

« § 5. Le preneur doit se conformer à toutes les clauses du contrat : pour les cas non prévus, ses obligations se règlent d'après l'équité. Celui qui, moyennant une rétribution convenue, a reçu pour s'en servir des vêtements, de l'argenterie ou une bête de somme, doit garder les objets avec le soin que le père de famille le plus diligent donne à ses propres affaires; si, malgré sa vigilance, la chose vient à périr par cas fortuit, il est à l'abri de toute responsabilité.

« § 6. A la mort du preneur, ses héritiers succèdent aux droits et aux obligations qui résultent du bail. »

§ Ier. — DÉFINITIONS

2726. Le louage est un contrat par lequel l'une des parties (*locator*) s'engage, — moyennant un prix (*merces*), que l'autre partie (*conductor*) s'engage à payer, — soit à procurer à celle-ci, pendant un temps déterminé, l'usage et la jouissance d'une chose, soit à rendre un service appréciable en argent, soit à accomplir un travail déterminé.

2727. Dans les deux premiers cas (*locatio rei*, *locatio operarum*), a *merces* est touchée par le *locator* et payée par le *conductor*. Dans le troisième, au contraire (*locatio operis faciendi*), la terminologie est renversée : l'entrepreneur du travail est appelé *conductor*, tandis que celui qui donne le travail à exécuter est appelé *locator*. Remarquons toutefois que, si l'entrepreneur est considéré comme le *conductor operis faciendi*, il pourrait tout aussi bien être considéré comme *locator operarum*, ainsi que le constate Paul dans cette phrase parfaitement claire : « *Locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem.* » (L. 22, § 2. D. 19, 2.)

2728. Cette distinction entre le rôle de *locator* et celui de *conductor* présente un grand intérêt, parce que chacun des contractants est protégé par une action qui lui est spéciale, l'action *locati* pour le *locator*, l'action *conducti* pour le *conductor*. D'où résulte que la partie qui emploierait, en se trompant sur sa véritable situation juridique, l'action qui appartient à l'autre, perdrait son procès. Or il est souvent très-délicat de déterminer le rôle du *locator* ou du *conductor*. Par exemple, *Primus* charge des marchandises sur le navire de *Secundus* qui doit les transporter en un lieu déterminé. Primus devra-t-il être considéré comme *conductor navis* ou au contraire comme *locator mercium vehendarum?* Il n'y a point de règles absolues en cette matière, et je crois que le juge devra décider d'après les éléments de la cause.

Pour en finir avec les expressions techniques, disons que le locataire d'un bien rural s'appelle ordinairement *colonus*, et celui d'une maison *inquilinus*.

2729. Justinien, après Gaïus, remarque qu'il y a un grand nombre de règles communes entre la vente et le louage : *Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistit.* » Aussi retrouverons-nous dans cette matière les divisions que nous avons parcourues en étudiant la vente.

§ II. — ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

Les éléments constitutifs du contrat de louage sont, comme dans la vente : le *consentement*, une *chose* à fournir, un *prix*.

2730. I. **Du consentement.** — Le contrat de louage est un contrat consensuel : il est parfait dès que les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix. (*Inst.*, pr. de n. t.)

Justinien ne suppose pas qu'il ait été entendu qu'un écrit serait dressé ; mais si, en fait, il en était ainsi, on appliquerait les mêmes principes que nous avons déjà étudiés dans la vente (n^os^ 2643 et suiv.), et nous nous contenterons d'y renvoyer le lecteur purement et simplement.

2731. II. **De la chose.** — L'objet du contrat de louage, avons-nous vu, peut consister, soit dans l'usage ou la jouissance d'une chose, soit dans certains services, soit dans un ouvrage à confectionner. Mais, dans tous ces cas divers, il va de soi que l'objet de l'obligation doit être suffisamment déterminé.

A un autre point de vue, pour qu'une chose puisse valablement figurer dans un contrat de louage, il faut naturellement qu'elle soit dans le commerce ; il faut de plus, au moins en général, que ce

soit un corps certain ; en effet, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'une chose se consommant *primo usu* pourrait entrer dans un louage. Nous avons fait les mêmes observations quant au commodat. (N° 2077.)

L'usufruit, les *operæ servi*, l'emphytéose, la superficie, et, sous Justinien, le droit d'habitation, peuvent faire l'objet d'un bail principal et distinct. Quant aux autres servitudes, elles n'entrent que comme accessoires dans le louage de la chose principale à laquelle elles sont attachées.

Quels sont maintenant les faits susceptibles d'entrer dans un contrat de louage d'ouvrage? M. Accarias consacre à cette question un paragraphe très-intéressant (619). Il pose les trois règles suivantes : 1° le louage ne peut avoir pour objet des faits juridiques, comme l'affranchissement d'un esclave (L. 5, § 2. D. 19, 5) ; 2° il a nécessairement pour objet un fait qui s'applique à une chose corporelle. C'est notamment en vertu de cette règle un peu arbitraire que les Romains ne considèrent pas comme un louage la convention par laquelle je m'engage, moyennant une certaine somme, à faire un voyage dans votre intérêt (L. 5, pr. D. 12, 4) ; 3° il est essentiel que le fait se prête à une exacte estimation pécuniaire. C'est pourquoi les services professionnels, et par exemple ceux du professeur, de l'avocat, du médecin, de l'*agrimensor* (eu égard à leur ancien caractère sacerdotal), ne peuvent faire l'objet d'un louage. Remarquons du reste que si les soins du médecin et du professeur s'appliquent à un esclave, comme la valeur pécuniaire de celui-ci s'en trouve accrue, on ne fera aucune difficulté de faire de ces soins l'objet d'un louage. (LL. 1, pr. D. 11, 6 ; 1, §§ 6, 14. D. 50, 13 ; 5, § 2. D. 19, 5 ; 7, § 8. D. 9, 2 ; 13, § 3. D. 19, 2.)

2732. III. **Du prix.** — Le prix, appelé spécialement *merces*[1] dans le louage, est soumis aux mêmes règles que le *pretium* de la vente. Ainsi :

2733. 1° *La* merces *doit être certaine* : en d'autres termes, la *merces* doit être nettement déterminée, ou tout au moins *déterminable* d'après le contrat lui-même, sans que la fixation puisse dépendre de la volonté des parties. On admet en effet parfaitement que la *merces* est suffisamment déterminée, si je vous loue une chose pour la somme qui se trouve actuellement dans ma bourse. Si les parties ont décidé que le prix serait laissé à l'ar-

1. Spécialement pour les immeubles ruraux ou urbains, la *merces* prend, dans la pratique, le nom de *pensio*, *reditus*.

bitrage d'un tiers, Justinien, avons-nous vu (nos 2660 et suiv.), a prescrit, pour le louage comme pour la vente, que l'on considérerait un tel contrat comme conditionnel.

La question est plus délicate dans l'hypothèse suivante : J'ai remis à un dégraisseur des vêtements à nettoyer, et cela moyennant un prix qui ne doit être fixé qu'après l'exécution du travail. Après bien des discussions (Gaïus, III, 143), on a décidé qu'il n'y avait là qu'un contrat innommé, sanctionné par l'action *præscriptis verbis*. Tant que l'ouvrier n'a pas accompli sa tâche, il n'y a qu'un pacte non obligatoire ; mais ce pacte deviendra parfaitement obligatoire, dès que la prestation de son travail par l'ouvrier aura vivifié le pacte, en faisant naître immédiatement, chez moi, l'obligation correspondante de rémunérer l'ouvrier du travail accompli. (*Inst.*, § 1. L. III, XXIV.)

2734. 2° La *merces* doit être *vera*, c'est-à-dire sérieuse et non simulée. Si elle était fictive, le contrat ne pourrait valoir que comme donation. (L. 46. D. 19, 2 ; L. 10, § 2. D. 41, 2.)

2735. 3° La *merces* doit consister en argent monnayé. — Cette règle, très-utile pour reconnaître le rôle réciproque de chacune des parties contractantes, est-elle absolue ? En d'autres termes, faut-il appliquer la règle du louage dans le cas où je vous aurais livré une chose pour vous en servir, et où, réciproquement, vous m'auriez livré la vôtre pour m'en servir ? Gaïus ne tranchait pas cette question, qui avait amené deux décisions différentes : les Sabiniens pensaient qu'une telle opération constituait un louage. Les Proculiens, au contraire, ne voyaient là qu'un contrat innommé, donnant à la partie, qui a exécuté ce qui la concernait, l'action *præscriptis verbis*, pour forcer l'autre partie à remplir de son côté ses engagements, déterminés par le pacte et rendus obligatoires par l'exécution même des engagements correspondants. (L. 17, § 3. D. 19, 5.) — C'est cette dernière opinion que Justinien a consacrée, et avec raison, il faut le reconnaître. Toutefois, ne pourrait-on pas dire, comme en matière de vente, que, si les circonstances de la cause sont telles qu'on ne puisse se tromper sur la situation respective du *locator* et du *conductor*, on pourra parfaitement donner les actions du louage ? Je crois qu'une pareille décision serait parfaitement correcte, d'autant plus que l'opinion consacrée par Justinien n'était point unanimement admise, nous l'avons vu, et que, de plus, dans la compilation même de Justinien, la loi 35 (D. 19, 2) donne une solution absolument contraire. En effet, supposant deux copropriétaires entre lesquels il a été convenu que chacun d'eux aurait une année sur deux la jouissance exclusive du fonds indivis,

Africain décide que la convention exécutée par l'un et violée par l'autre donnera ouverture aux actions du louage.

2736. Remarquons d'un autre côté que le contrat innommé, dont nous nous occupons, ne saurait être assimilé en droit, sinon en fait, à un commodat. En effet, l'essence même du commodat est d'être gratuit ; or, dans notre espèce, le service que je rends à mon voisin est précisément rémunéré par le service que j'attends de lui.

2737. Les *Institutes* après Gaïus présentent une situation curieuse dans laquelle, un prix en argent ayant été fixé, il y aura louage ou vente suivant les circonstances. Ainsi : 1° j'ai chargé un orfévre de me faire des anneaux d'or moyennant un certain prix? Il y aura *louage* (louage d'ouvrage), si j'ai fourni tout l'or nécessaire à la confection des anneaux, car le prix ne représente que la main-d'œuvre ; il y aura au contraire *vente*, d'après l'opinion qui a prévalu, si c'est l'orfévre qui, outre la main-d'œuvre, doit fournir l'or nécessaire (§ 4 de n. t. Gaïus, III, 147) ; 2° je vous fournis des gladiateurs pour un combat, convenant que, pour ceux qui reviendront sains et saufs, vous me donnerez tant, *pro sudore*, et que pour ceux qui seront tués vous me donnerez tant. On décide que le contrat se scindera en un louage ou une vente, selon qu'on aura à appliquer la première ou la seconde clause. (Gaïus, III, 146.)

§ III. — EFFETS OU CONSÉQUENCES DU CONTRAT DE LOUAGE

2738. I. **Obligations générales.** — Dans le contrat de louage, chaque partie répond de sa faute, même légère, et doit accomplir ses obligations ainsi que l'exige la bonne foi. (L. 5. D. 19, 2 ; L. 28. C. 11, 71.) C'est ainsi que les clauses de détail, accessoires au contrat principal, et nommées « *leges conductionis* », doivent être respectées comme le contrat lui-même.

2739. II. **Obligations du locator et du conductor** [1]. — Ces obligations respectives sont différentes, suivant que l'on envisage la *locatio rei* ou le louage d'ouvrage.

2740. 1° *Locatio rei.*

2741. *A*. Le bailleur doit avant tout procurer au preneur la jouissance de la chose pendant tout le temps déterminé par le contrat. Comme conséquence de ce principe : *a*. Le bailleur doit

---

1. Nous sommes obligés de réunir en une seule explication ce qui concerne les obligations respectives des contractants, à cause de l'interversion dans les termes de *locator* et *conductor*, que la terminologie romaine a consacrés quant au louage *operis faciendi*. (Nos 2727, 2728.)

livrer la chose avec ses accessoires expressément ou tacitement convenus (L. 19, § 2. D. 19, 2); *b*. Il doit entretenir la chose en bon état de réparations (L. 15, § 1 ; L. 25, § 2. D. 19, 2); *c*. Il répond, même ayant été de bonne foi, de tous les vices qui empêchent ou diminuent la jouissance (L. 19, § 1. D. 19, 2); *d*. En cas d'éviction, qu'elle soit due à ce que le bailleur n'était pas propriétaire ou à l'aliénation ultérieure de la chose consentie par le bailleur, celui-ci, non-seulement verra le preneur déchargé de ses obligations, mais encore lui devra la réparation intégrale du dommage éprouvé. (L. 9 pr.; L. 25, § 1. D. 19, 2; L. 9. C. 11, 71.)

Une autre obligation du bailleur, mais tout à fait accidentelle, consiste à rembourser les dépenses nécessaires ou utiles que le preneur a pu faire au profit de la chose louée. (L. 55, § 1. D. 19, 2.)

2742. *B*. La première obligation du preneur consiste à payer la *merces;* on serait tenté d'assimiler cette *merces* au *pretium;* mais il n'en est rien. En effet, tandis que dans la vente les obligations réciproques peuvent s'exécuter d'une façon complète à un moment donné, les obligations du bailleur et du preneur sont dans un état de dépendance réciproque et constante, la *merces* — n'étant que la représentation de la jouissance, et celle-ci ne pouvant être fournie que d'une façon successive — reçoit ce même caractère, et n'est due que successivement à mesure que la jouissance est fournie. C'est pourquoi elle est payable en une série de prestations périodiques, dont chacune prend le nom de *pensio ;* et que, dans un bail rural, si la récolte d'une année se trouve accidentellement anéantie, le fermier peut demander la remise de la prestation correspondante.

2743. En dehors de cette obligation principale de payer la *merces*, le preneur doit : 1° user de la chose en bon père de famille (L. 25, § 3. D. 19, 2); 2° respecter la destination de la chose, ne point la modifier, alors même que cette modification augmenterait la valeur de cette chose; 3° rendre la chose à l'expiration du bail, à moins, bien entendu, qu'elle n'ait péri par cas fortuit ; 4° donner au bailleur une indemnité, si la chose a péri ou a été détériorée par sa faute ou sa négligence à lui preneur.

2744. 2° Quant au louage d'ouvrage, nous savons qu'il se divise en deux branches : la *locatio operarum* et la *locatio operis faciendi*. Nous savons aussi que, dans cette dernière combinaison, le maître, quoique recevant un service en nature et payant la rémunération, la *merces*, est appelé *locator*, protégé par l'action *locati*, bien que précisément le rôle du *locator* soit, non de payer, mais de recevoir le prix du bail; par contre, nous savons, d'un autre côté, que celui qui entreprend le travail est appelé *conductor*, quoiqu'il reçoive la

merces, alors qu'en principe c'est le *conductor* qui paie le prix du bail [1].

2745. Quoi qu'il en soit, dans le louage d'ouvrage (*locatio operarum* ou *operis faciendi*), les obligations du *conductor* et du *locator* se résument : d'une part à exécuter le fait convenu, de l'autre à payer la *merces*, selon les conditions déterminées par le contrat, les parties, avons-nous déjà dit, étant responsables de leur dol et de leur faute. (L. 28. C. 11, 71.)

Reste à savoir si la *merces* demeurera exigible lorsque le travail dû n'a pu être fourni, sans du reste qu'aucune des parties soit en faute ? Pas de doute pour la *locatio operarum :* la *merces* sera due quand le *locator* n'a pu s'indemniser en plaçant ailleurs ses services. (L. 19, § 9 ; L. 98, pr. D. 19, 2.) Mais en présence du silence des textes on ne peut point étendre à la *locatio operis* cette décision évidemment contraire aux principes de corrélation entre la *merces* et la prestation de la jouissance.

2746. Que décider, spécialement quant à la *locatio operis*, si l'ouvrage exécuté périt par cas fortuit ? On distingue, en se basant sur l'usage d'après lequel la *merces* n'était payable qu'après la réception et l'approbation de l'ouvrage par le maître : la *merces* sera exigible pour toutes les portions d'ouvrage acceptées et approuvées ; pour les autres, les risques demeurent à la charge du *conductor* qui perdra son travail et aussi les matériaux fournis. (L. 24, pr.; L. 30, § 3; L. 36, D. 19, 2.) On excepte cependant le cas où la perte

---

1. Il me paraît intéressant de citer le § 620 de M. Accarias, sur cette interversion de la terminologie en ce qui touche la *locatio operis :* « .....Je pars de cette idée certaine que la *locatio rei* fut aux yeux des Romains le louage-type, celui dont, autant que possible, ils généralisèrent les règles. Ceci posé, on se rappellera que le propriétaire, qui donne sa chose à bail, est obligé, par voie de conséquence, de la livrer au preneur. Ce fait, quoique secondaire en lui-même, influa puissamment sur le langage et la théorie des Romains. Ce qui les frappe surtout dans la *locatio rei*, c'est que l'un des contractants place sa chose (*locat rem*) aux mains de l'autre, et que par suite celui-ci en acquiert la détention, et, si elle est mobilière, l'emporte avec soi (*conducit*). Le propriétaire est donc un *locator*, son fait est une *locatio*, et son action est dite *locati*. Quant au preneur, il est un *conductor*, son fait est une *conductio*, et on lui donne l'action *conducti*. Si maintenant nous passons au louage d'ouvrage, nous voyons qu'il y a nombre de cas où celui qui fournit son travail reçoit du maître la tradition d'une chose déterminée, sur laquelle précisément son travail doit s'exécuter.

« C'est ainsi qu'à un pâtre je confie mon troupeau pour le faire paître, à un tailleur mon habit pour le raccommoder, à un orfévre une pierre précieuse pour la monter, à un précepteur ou à un ouvrier mon esclave pour l'instruire ou lui apprendre un métier. (L. 9, § 5; L. 13, §§ 3 à 6, *Loc. cond.*) Ainsi encore je livre soit à un voiturier des marchandises qu'il se charge de transporter par terre ou par eau (L. 11, § 3; L. 13, pr., §§ 1 et 2; L. 25, § 7, *Loc. cond.*), soit à un entrepreneur un terrain sur lequel il doit construire une maison, un canal ou

résulterait non pas d'un simple cas fortuit, mais d'un événement de force majeure. (L. 37. D. 19, 2.)

2747. III. **Actions qui dérivent du louage.** — Le contrat de louage donne naissance à deux actions principales : *A*. l'action *locati*, donnée au *locator* : 1° pour se faire payer la *merces* aux époques convenues (L. 54, pr. D. 19, 2) ; 2° pour exiger la restitution de la chose louée, à l'expiration du bail (L. 48, § 1, D. 19, 2) ; 3° pour obtenir une indemnité si la chose a péri ou a été détériorée par la faute du *locator* (L. 25, § 7. D. 19, 2) ; 4° spécialement en ce qui concerne la *locatio operis*, pour obtenir de l'entrepreneur l'exécution de son contrat ; — *B*. l'action *conducti* donnée au *conductor* : 1° pour obtenir la jouissance de la chose pendant le temps convenu (L. 9, pr. D. 19, 2) ; 2° pour se faire indemniser de tous troubles juridiques contrariant cette jouissance (LL. 7, 8, 9, pr. D. 19, 2) ; 3° pour se faire rembourser les impenses nécessaires ou utiles (L. 55, § 1; L. 61, pr. D. 19, 1) ; 4° spécialement en ce qui concerne la *locatio operis* pour se faire payer le prix convenu.

2748. Plus simplement, mais d'une façon plus générale, ces deux actions, étant de bonne foi, servent à régler toutes les obligations réciproques, directes ou indirectes, énoncées ou tacites, qui découlent du contrat de louage entre le *locator* et le *conductor*.

A côté de ces deux actions principales, et que nous pouvons appeler normales, s'en trouvent d'autres accessoires et exception-

---

quelque autre gros ouvrage. (L. 22, § 2; L. 62, *Loc. cond.*) C'est dans ces hypothèses et autres pareilles qu'il y a *locatio operis*. (§ 20, *De contr. empt.*) Le maître, parce qu'il se dessaisit matériellement, est comparé au *locator rei*. Les textes disent de lui : « *Locat opus* », par suite l'appellent *locator* et lui donnent l'action *locati*, tandis qu'ils réservent le nom de *conductor* et l'action *conducti* à la partie qui fournit son travail pour de l'argent. En regard de ces hypothèses, il y en a d'autres et ce sont celles qui appartiennent à la *locatio operarum*, où le maître ne se dessaisit d'aucun objet, ne fait aucune tradition. C'est ce qui a lieu, par exemple, quand j'attache un domestique à ma personne ou à ma maison, ou quand j'emploie des manœuvres à la culture de mon fonds. Ici il était impossible de comparer le maître au *locator rei* ; mais on put et on dut le comparer au *conductor rei*, parce qu'à l'exemple de ce dernier il donne de l'argent et reçoit un service d'une nature toute différente. Aussi est-ce lui qui fut le *conductor*, le nom de *locator* appartenant ici à la partie qui fournit son travail et de qui les textes disent : « *Locat operas suas.* » (L. 26, *Loc. cond.* — L. 22. C., *De loc.*) En résumé donc, le louage d'ouvrage est toujours organisé sur le modèle du louage des choses. Mais dans la *locatio operis* l'analogie dont on tient compte n'est qu'à la surface et n'a que la valeur d'un accident, tandis que dans la *locatio operarum* elle est tirée du fond même des choses, elle ressort de ce fait que l'obligation de l'une des parties a pour objet invariable de l'argent. Rationnellement, il eût fallu renverser la terminologie qu'une considération tout empirique avait introduite en matière de *locatio operis*, et les jurisconsultes l'eussent peut-être essayé si les mauvaises habitudes de langage n'étaient de celles qu'il faut souvent désespérer de corriger. »

nelles : l'action *servienne* et l'interdit *salvien*, pour le louage des biens ruraux ; l'action *quasi-servienne* pour le louage des maisons. — Nous les étudierons *aux actions*.

§ IV. — EXTINCTION DU CONTRAT DE LOUAGE

2749. Il nous faut encore ici distinguer entre les trois types de louage :

2750. I. **Locatio rei.** — Le louage de chose prend fin :

1° *Par l'expiration du temps convenu.* Toutefois, si, à l'expiration du terme, le locataire continue à jouir, en fait, *remansit in conductione*. Il y a là une présomption que les parties ont voulu renouveler bail tacitement ; c'est ce qu'on appelle une TACITE RECONDUCTION. Celle-ci est régie par les mêmes règles que le bail primitif, sauf pour la durée. En effet : 1° s'agit-il de biens ruraux ? On suppose la reconduction faite pour une année, temps nécessaire pour faire une récolte ; du reste, à la fin de cette nouvelle année, la tacite reconduction pourra se renouveler de nouveau, et ainsi d'années en années ; 2° s'agit-il de maisons ? Aucun terme n'est fixé à la reconduction, et chaque partie peut, quand elle le veut, renoncer au bail (L. 13, § 11, D. 19, 2), à moins que le bail originaire n'eût été fait par écrit pour une durée déterminée, auquel cas *il paraît* que la tacite reconduction était affectée de la même durée. Il faut remarquer d'ailleurs que le nouveau bail, résultant de la tacite reconduction, diffère du bail primitif en ce que les sûretés réelles ou personnelles (gage, hypothèque, *adpromissores*), par lesquelles les tiers avaient garanti l'obligation de l'un des contractants, n'accèdent pas à la nouvelle obligation. (L. 13, § 11. D. 19, 2 ; L. 7. C. 11, 71.)

2° *Par la perte de la chose louée.* — Le locataire ne jouissant plus de la chose, le locateur ne peut réclamer de prix. (L. 9, § 1. D. 19, 2.)

3° *Par la sentence du juge*, pour abus de jouissance ou défaut de paiement du prix pendant deux ans. C'est sur la demande du bailleur que cette résolution est prononcée. Le bailleur peut également la demander, au cas spécial où il s'agit d'une maison, lorsqu'il a besoin de celle-ci pour la rebâtir ou même pour l'habiter lui-même. (L. 54, § 1. D. 19, 2 ; L. 9. C. 11, 71.) — Dans d'autres circonstances, c'est le preneur qui demande la résolution ; par exemple, si, devenu propriétaire ou usufruitier de la chose, il en jouit désormais à un titre nouveau (L. 9, § 1 ; L. 10. D. 19, 2 ; L. 34, § 1. D. 7, 1) ; ou s'il perd complétement ou presque complétement sa jouissance par le fait du locateur ou d'un tiers. (L. 25, § 2 ; L. 3. D. 91, 2.)

Quoi qu'il en soit, les effets de la résolution se déterminent de la façon suivante : en cas de dol ou de faute, celui qui en est l'auteur est tenu de dommages-intérêts ; s'il n'y a eu ni dol ni faute, les obligations des contractants cessent purement et simplement pour l'avenir.

Il est bien entendu que la mort du *locator* ou du *conductor* n'a aucune influence sur le contrat de louage de chose, qui continue en la personne des héritiers des contractants primitifs.

4° *Par le fait du locateur*, qui n'assure pas la jouissance de la chose louée ; ainsi il a aliéné sans réserve la chose louée ? L'acquéreur expulsera le locataire, et celui-ci, n'ayant pas un droit réel, ne pourra que réclamer des dommages-intérêts contre le *locator* ou ses héritiers.

Il est bien entendu que le louage prendrait fin par le mutuel dissentiment des parties.

2751. II. **Locatio operarum ou operis.** — Ces deux contrats sont régis par les règles précédentes, avec certaines modifications faciles à déduire de leur nature toute spéciale. Mais il y a une cause d'extinction qui leur est toute personnelle ; en effet, à la différence du louage de choses, qui se continue malgré la mort du *locator* ou du *conductor*, la *locatio operarum* prend fin par la mort du *locator*, puisqu'avec lui périt la chose louée ; et la *locatio operis faciendi* prend fin par la mort du *conductor* ou entrepreneur, car ses héritiers ne sauraient sans doute accomplir des travaux qui demandaient des talents spéciaux.

2752. *Remarque générale.* — Il va sans dire que tout contrat de louage peut être résolu par le mutuel dissentiment des parties.

§ V. — COMPARAISON ENTRE LE CONTRAT DE LOUAGE, LA VENTE ET LE DROIT D'USUFRUIT

2753. I. **Différences entre le louage et la vente.** — Ces deux contrats ont la plus grande analogie entre eux. Toutefois, voici plusieurs différences importantes à noter. 1° La vente, si elle ne transfère pas la propriété par elle-même, oblige le vendeur à livrer la chose, à en faire tradition à l'acheteur, qui le plus souvent en deviendra par cela même propriétaire, ou, tout au moins, jouira de la possession *ad usucapionem* (n° 2685) ; au contraire, la remise de la chose faite par le bailleur ne confère au preneur que l'usage et la jouissance de la chose (L. 25, § 1. D. 41, 2.). — 2° Les risques, dans la vente, sont pour l'acheteur (n^os^ 2698 et suiv.) ; ils sont, au contraire, dans le louage, pour le locateur. En effet, le louage est un contrat

successif, dans lequel l'obligation de payer la *merces* a pour corrélatif constant l'obligation d'assurer la jouissance de la chose. Si donc la chose louée périt par cas fortuit, le locateur est libéré de l'obligation de faire jouir le locataire, mais celui-ci, de son côté, est libéré de l'obligation de payer le prix, la continuation d'un salaire étant désormais sans cause. (N^os^ 2742, 2750.)

2754. Spécialement quant au louage d'ouvrage, ce contrat ressemble souvent à la vente. Prenons un exemple : J'ai commandé à un orfévre un objet déterminé, moyennant un prix convenu? Si j'ai fourni moi-même toute la matière nécessaire à la confection de cet objet, le salaire ne correspond évidemment qu'à la main-d'œuvre proprement dite, et le contrat reste purement et simplement un contrat de louage. Si au contraire c'est l'orfévre qui fournit, outre sa main-d'œuvre, la matière nécessaire à la confection de l'objet, on peut douter s'il y a louage ou vente. Cassius disait qu'il y avait vente quant à la matière, et louage quant au travail. Mais on a décidé que tout le contrat serait considéré comme une vente, et c'est raisonnable. (N° 2737, § 4 de n. t.)

2755. II. **Différences entre le droit du locataire et celui de l'usufruitier.** — Le locataire n'a qu'un *droit personnel*, tandis que l'usufruitier a un droit réel. De là plusieurs différences considérables :

2756. 1° Le locataire, troublé par des tiers, ne peut exercer contre eux l'action réelle en revendication de son droit; il peut seulement, par son action personnelle, se retourner contre le locateur, pour forcer celui-ci à l'indemniser ou à faire cesser le trouble apporté à sa jouissance. — L'usufruitier, au contraire, peut directement se défendre contre les tiers, ou les attaquer par l'action *confessoire*, et par les interdits *quasi-possessoires*. (V. aux actions.)

2757. 2° Postérieurement au contrat de louage, le bailleur vend la chose louée à un tiers. Celui-ci pourra expulser le locataire, qui aura sans doute la faculté de se retourner contre son bailleur pour lui demander des dommages-intérêts, mais qui n'aura aucune action contre le nouveau propriétaire, ce qui est très-fâcheux si le bailleur se trouve être insolvable. — Dans l'usufruit, au contraire, l'acheteur est tenu de respecter le droit de l'usufruitier, attendu que ce droit est un démembrement de la propriété, et que par conséquent le vendeur nu-propriétaire n'a pu vendre que ce qui lui appartenait, c'est-à-dire la nue-propriété.

2758. 3° Par contre, le locateur doit non-seulement livrer la chose, mais en assurer la jouissance, c'est-à-dire l'entretenir en bon

état et faire les réparations nécessaires (L. 15, § 1; L. 19, § 3, D. 19, 2), tandis que c'est à l'usufruitier qu'incombe l'entretien de la chose.

§ VI. — APPENDICE. — EMPHYTÉOSE

2759. I. **Caractères généraux. — Historique. — Risques.** — Gaïus (III, § 145) nous parle d'un cas dans lequel on se demande s'il y a vente ou louage : c'est le cas où je vous livre une chose pour que vous en jouissiez à perpétuité ou pour un temps très-long, cent ans par exemple, moyennant une redevance que vous me paierez périodiquement. Cette situation spéciale a pris le nom d'emphytéose.

2760. Ces locations perpétuelles, appliquées d'abord à des terrains publics par l'État ou les municipes, s'étendirent ensuite aux biens des églises, puis à ceux des particuliers. (Gaïus, III, § 145. L. 1, pr. D. 6, 3.)

Les biens ainsi loués à perpétuité s'appelaient *agri vectigales*, et la redevance prenait le nom de *vectigal*.

2761. L'intérêt de savoir si ce contrat tout spécial doit être assimilé à une vente ou à un louage se présente d'une façon très-énergique au point de vue des risques. En effet, la chose venant à périr par cas fortuit, les risques seront pour le concédant ou pour le concessionnaire du droit perpétuel, suivant qu'on assimilera ce dernier à un locataire ou à un acheteur. Nous savons en effet que dans la vente les risques sont à la charge de l'acheteur. — L'opinion, d'après laquelle ce contrat spécial était assimilé au louage, avait fini par prévaloir, et je me demande comment il aurait pu en être autrement. En effet, le bailleur de l'*ager vectigalis* restant propriétaire du fonds, comment aurait-on pu concevoir une *vente? Tout au plus, ce me semble, aurait-on pu, et cela par une bien audacieuse subtilité, considérer un tel contrat comme une vente conditionnelle, soumise précisément à la condition résolutoire du non-paiement du* VECTIGAL. — Quoi qu'il en soit, la solution même qui vient d'être exposée était loin d'être satisfaisante.

2762. Aussi Zénon sentit la nécessité de définir nettement quel contrat résultait de cette location perpétuelle. (L. 1. C. 4, 66.) Il n'opta ni pour le louage ni pour la vente, mais décida qu'il y avait là un contrat spécial, le contrat d'*emphytéose*. La grosse question des risques fut également réglée : la perte est-elle totale? Les risques seront pour le propriétaire. La perte est-elle partielle? Les risques seront pour l'emphytéote comme dans la vente. — Mais cette distinction entre la perte totale et la perte partielle n'a-t-elle pas précisément été indiquée dans les risques de la chose vendue

sous condition? (N^os^ 2702 et suiv.) Cette observation ne paraît-elle pas indiquer que cette idée d'assimilation de l'emphytéose à une vente conditionnelle, que j'ai indiquée quelques lignes plus haut, a pu très-bien exercer une certaine influence sur la législation positive? C'est du reste là une remarque que je n'ai trouvée nulle part, et que je soumets au lecteur sous les plus expresses réserves.

2763. Il faut d'ailleurs savoir que les conventions des parties peuvent absolument modifier la jurisprudence sur les risques du *prædium emphyteuticarium*.

2764. II. **Ressemblances et différences.** — Si l'emphytéose possède une certaine analogie avec la vente en ce qu'elle constitue, au profit de l'emphytéote, un droit réel (ce qui ne se produit jamais dans le louage), il faut de suite remarquer que le caractère de périodicité des prestations écarte toute idée de prix proprement dit.

2765. Nous dirons donc que l'emphytéose se rapproche beaucoup plus de l'*usufruit*. Elle en diffère toutefois sous les points suivants: 1° l'usufruitier ne peut aliéner son droit, tandis que le possesseur de l'*ager vectigalis* peut mettre un tiers en son lieu et place, ou grever la chose d'un usufruit qui vaudra *jure prætorio* (*Frag. Vat.*, § 61); 2° l'usufruitier n'acquiert les fruits que s'ils sont perçus par lui, ou en son nom, tandis que le possesseur de l'*ager vectigalis*, comme le possesseur de bonne foi, les acquiert par cela seul qu'ils sont détachés du fonds (L. 25, § 1. D. 22, 1); 3° l'usufruit se constitue *jure civili* sans tradition; tandis que, dans l'emphytéose, la tradition est indispensable; 4° l'usufruit s'éteint à la mort de l'ayant-droit, tandis que l'emphytéose subsiste tant que le *vectigal* est payé. — Remarquons ici qu'une constitution de Justinien (L. 2. C. *De jur. emph.*) permet d'expulser l'emphytéote, quand il est resté trois ans sans payer le *vectigal*.

2766. Si l'emphytéose se rapproche de l'usufruit, elle se rapproche aussi, nous devons le reconnaître, du contrat de louage. Elle en diffère cependant sous plusieurs points de vue. Ainsi : 1° le locataire jouit de la chose, sans avoir le droit d'en changer la destination ni la substance : ainsi il ne pourrait, sans commettre un abus de jouissance, transformer un vignoble en prairie. L'emphytéote au contraire a le droit de jouir de la façon la plus large, même en transformant la substance de la chose, pourvu qu'il ne la détériore pas. — 2° Les risques sont toujours pour le locateur. L'emphytéote, au contraire, doit le *vectigal*, nous l'avons vu, tant que la perte de la chose n'est pas totale. — 3° Le contrat de louage est temporaire. Le contrat emphytéotique est perpétuel. — 4° Le louage fait naître un droit personnel, l'emphytéose un droit réel. — 5° Les

obligations du locateur et du locataire se transmettent aux successeurs universels des contractants. Les obligations, nées de l'emphytéose, peuvent être transmises non-seulement aux successeurs universels, mais encore à des successeurs à titre particulier. En d'autres termes, l'emphytéote peut vendre son droit. Justinien a même réglé ce point avec une grande attention : ainsi l'emphytéote, qui veut aliéner son droit, doit avertir le *dominus*, qui a deux mois pour exercer une *préemption*, c'est-à-dire pour reprendre sa chose, en payant à l'emphytéote le prix offert par l'acquéreur éventuel. Si le *dominus* n'exerce pas cette préemption, il subira la vente, mais percevra le cinquantième du prix, moyennant quoi il sera considéré comme ayant accepté le nouveau titulaire du droit emphytéotique, ce qui dégagera complétement le vendeur. Il faut savoir, en effet, qu'avant ce système, inauguré par Justinien, l'emphytéote primitif restait responsable du *vectigal*, à moins que le *dominus* n'acceptât formellement, pour débiteur, le nouveau possesseur. (L. 3. C. 4, 66.)

— 6° Le locataire peut exiger que le bailleur entretienne la chose en bon état ; rien de pareil pour l'emphytéote. — 7° Le locataire ne supporte pas les impôts ; l'emphytéote les supporte. (L. 2. C. 4, 66.)

2767. III. **Création et extinction de l'emphytéose.**

2768. I. L'emphytéose s'établit : 1° par convention ; — 2° par acte de dernière volonté ; — 3° par usucapion. (Pour : Van Wetter, 7, 1, §132. Contre : Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 360 ; Maynz, t. I, § 236.)

2769. II. L'emphytéose prend fin : 1° par la perte totale de la chose ; — 2° par la mort de l'emphytéote sans héritiers ; — 3° par la renonciation de l'emphytéote ; — 4° par l'expulsion qui résulte du non-payement de la redevance pendant trois ans, ou deux ans seulement pour les biens ecclésiastiques (L. 2. C. 4, 66 ; nov. VII, ch. III, § 2, et CXX, ch. III) ; — 5° par l'usucapion, qui peut se produire dans les trois hypothèses suivantes : *a*. si l'emphytéote acquiert le fonds d'un nu-propriétaire, et l'usucape ; *b*. si un tiers acquiert la chose d'un non-propriétaire, et l'usucape contre le propriétaire et contre l'emphytéote ; *c*. si le propriétaire laisse prescrire son action personnelle contre l'emphytéote.

ARTICLE III. — SOCIÉTÉ.

(*Inst.*, III, XXV.)

« *Pr.* Il y a plusieurs espèces de sociétés : la société de tous biens (*totorum bonorum*) que les Grecs appellent spécialement κοινοπραξίαν, et la société pour une entreprise spéciale (*alicujus negotiationis*), par exemple, pour faire le commerce des esclaves, de l'huile, du vin ou du blé.

« § 1. Quand le contrat ne détermine point les parts des associés dans les gains ou dans les pertes, ces parts sont toutes égales. Si le contrat contient à cet égard une clause expresse, on devra l'exécuter. On peut (et cela n'a jamais été mis en doute) convenir que l'un des associés aura les deux tiers des gains et supportera les deux tiers des pertes, tandis que l'autre associé n'aura part aux pertes et aux gains que pour un tiers seulement.

« § 2. Mais on a douté de la validité de la convention qui attribuerait à l'un des associés les deux tiers des gains, en ne mettant à sa charge qu'un tiers des pertes, tandis que l'autre, n'ayant droit qu'à un tiers des gains, aurait à supporter les deux tiers des pertes? Quintus Mutius se prononçait pour la nullité de cette clause qu'il regardait comme contraire à la nature de la société; Servius Sulpitius, dont l'opinion a prévalu, était d'un avis opposé : souvent, disait-il, l'industrie de l'un des associés est tellement précieuse qu'il est juste de lui accorder des avantages plus grands qu'à ses coassociés. Personne ne doute en effet qu'on ne puisse faire une société de manière que, l'un des associés fournissant tous les fonds et l'autre rien, les gains soient néanmoins communs; parce que l'industrie de l'un équivaut souvent à l'apport fait par l'autre. L'opinion contraire à celle de Quintus Mutius a si bien prévalu que l'on tient pour valable la convention qui, attribuant à l'un des associés une part dans les gains, le dispenserait de toute contribution aux pertes : c'était aussi l'avis de Servius. Au reste, les décisions précédentes doivent s'entendre en ce sens, que les gains faits dans une opération devront se compenser avec les pertes éprouvées dans une autre; de façon qu'on ne considérera comme gain véritable que l'excédant restant après la compensation.

« § 3. C'est un principe incontestable que si on a fixé seulement les parts de gain, sans rien dire des pertes, ou réciproquement, la proportion établie pour l'un des deux cas sera également suivie pour l'autre.

« § 4. La société dure tant que les associés persévèrent dans la même volonté; elle se dissout dès que l'un des associés y renonce. Cependant, si l'un des associés renonçait frauduleusement pour profiter seul d'un gain qu'il prévoit devoir bientôt arriver; si, par exemple, dans une société de tous biens, l'un des associés renonce pour s'attribuer exclusivement une hérédité pour laquelle il se trouve institué héritier, il est obligé, nonobstant sa renonciation, de mettre ce gain en commun; mais il peut garder pour lui seul les gains qu'il n'aurait pas eus en vue en renonçant. Quant à l'autre associé, il garde tous les gains qu'il a faits depuis que la renonciation lui a été signifiée.

« § 5. La société se dissout encore par la mort de l'un des associés : car c'est un contrat que l'on forme principalement en considération de la personne de son coassocié. Il y a plus : dans les sociétés composées de plusieurs personnes, la mort d'un seul associé dissout la société même à l'égard des survivants, à moins qu'il n'y ait convention contraire.

« § 6. La société finit aussi avec l'opération pour laquelle elle a été contractée.

« § 7. Elle finit encore lorsque tous les biens d'un associé sont confisqués, ou vendus en masse, parce que cet associé ayant un successeur est regardé comme mort.

« § 8. Elle se dissout également lorsque, accablé de dettes, l'un des associés fait cession de biens, et qu'à la suite de cette cession on a procédé à la vente de son patrimoine. Mais, dans ce cas, les associés peuvent convenir de rester en société, et cette convention forme une société nouvelle.

« § 9. On a demandé si l'associé contre lequel son coassocié agit par l'action *pro socio* doit, comme le dépositaire, répondre seulement de son dol, ou s'il doit en outre répondre de sa faute, c'est-à-dire de son incurie et de sa négligence? L'opinion qui rend l'associé responsable, même de sa faute, a prévalu. Mais

pour estimer s'il est en faute, il ne faut pas prendre pour terme de comparaison la diligence la plus exacte : car l'associé n'est tenu de donner aux choses communes que les soins qu'il a coutume de donner aux siennes propres. Celui qui a choisi un associé peu diligent ne peut se plaindre de sa propre imprudence. »

§ Ier. — DÉFINITION

2770. La société est un contrat consensuel par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun certaines valeurs, pour les exploiter, et ensuite partager *les bénéfices* et supporter *les pertes* qui résulteront de cette exploitation.

2771. La société n'a pas toujours pour but la spéculation. Chez les Romains surtout, les sentiments d'affection personnelle jouaient un certain rôle dans la formation de ce contrat.

2772. Dans les contrats que nous avons examinés jusqu'ici, chacun des contractants a un rôle parfaitement déterminé et absolument différent : d'où résultent des dénominations propres, des actions et des obligations distinctes. — Dans la société, au contraire, chaque partie, en droit, joue le même rôle, est désignée de même, possède la même action pour obtenir l'exécution des obligations nées du contrat.

2773. La société est un contrat synallagmatique parfait, qui, aussitôt formé, fait naître immédiatement des obligations réciproques pour ou contre chacun des contractants (ULTRO CITROQUE). De plus, la société est un contrat de bonne foi dont les effets doivent toujours être appréciés *ex æquo et bono*.

2774. En terminant ces généralités, relevons deux caractères généraux qui distinguent le contrat de société des autres contrats onéreux : 1° ce contrat se forme principalement *intuitu personæ*, chacun des contractants prenant en considération les qualités personnelles de l'autre partie. C'est pourquoi la société prend fin par la mort de l'un des associés. — 2° La société (dit M. Accarias) implique un *jus fraternitatis*. — Cela signifie que, dans leurs rapports entre eux, les associés doivent se comporter en frères ; c'est pourquoi l'associé poursuivi par son associé jouit en général de l'exception « *Quod facere potest* ». (L. 63. pr., D. 17, 2.)

§ II. — ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

2775. Trois conditions sont essentielles au contrat de société : le *consentement* des parties ; un *apport* réciproque; un intérêt commun.

2776. I. **Consentement.** — Il est bien entendu que le consentement est nécessaire à la formation de tous les contrats. Si donc la *société* prend place parmi les contrats *consensuels*, c'est que, pour la forme, le consentement suffit seul, sans qu'il y ait besoin d'une tradition (contrats formés *re*), de paroles solennelles (contrats formés *verbis*), ou d'écritures déterminées (contrats formés *litteris*). (L. 4, pr. D. 17, 2.)

2777. II. **Apport réciproque.** — Chacune des parties doit concourir à l'entreprise commune, en faisant un apport déterminé. En effet, chacun des associés devant participer aux gains, cette perception d'un gain quelconque serait *sans cause*, si elle n'avait été précédée d'un apport quelconque. La convention, on le comprend, par laquelle on conviendrait d'associer aux gains une personne qui n'aurait fait aucun apport, ne serait autre chose qu'une donation indéterminée. (L. 5, § 2. D. 17, 2.) — Du reste, l'apport peut être très-varié : il peut consister soit dans la propriété de la chose mise en commun, soit dans la jouissance d'une chose, soit dans l'industrie même de l'un des associés. On comprend très-bien, en effet, que l'associé, qui, par son talent, fait valoir le capital de son coassocié, n'est point celui qui est le moins utile à la société, ni qui a le moins de droits aux bénéfices que pourra donner cette association.

2778. III. **Intérêt commun.** — Cet intérêt ou ce sort commun doit exister activement et passivement; en d'autres termes, chaque associé doit profiter des bénéfices, mais il doit aussi contribuer aux pertes qui peuvent résulter de la société. Ainsi le contrat de société, dans lequel on aurait énoncé que l'une des parties percevra la totalité des bénéfices, ou supportera la totalité de la perte, serait radicalement nul. (L. 29, § 2. D. 17, 2.) — Nous reviendrons du reste sur ces questions dans le § 5.

§ III. — MODALITÉS

2779. La société peut-elle être contractée sous certaines modalités? Oui, répond formellement Ulpien (L. 1 pr. D. 17, 2) : « *Societatis coiri potest, vel* IN PERPETUUM, *id est dum vivunt, vel* AD TEMPUS, *vel* EX TEMPORE, *vel* SUB CONDITIONE. » On peut dire que toute société est limitée, à son *maximum*, par la vie du premier mourant des associés. En effet, nous verrons plus loin que la mort d'un des associés met toujours fin à la société. Mais, comme ordinairement la société n'est contractée qu'*ad tempus*, à terme, pour prendre fin à un moment déterminé, on comprend que la société, qui n'a d'autre limite que celle résultant tacitement de la mort d'un associé, soit considérée

comme contractée *in perpetuum*. — Pas de difficulté, à un autre point de vue, pour la société contractée *ex tempore* : il est clair que rien ne peut être critiqué dans la convention des parties qui reporte à un moment déterminé l'ouverture des rapports sociaux.

2780. Quant à la *condition*, Justinien nons apprend, tout en décidant que la société peut être *conditionnelle*, que ce point avait été autrefois discuté. Ulpien avait donc des contradicteurs qui soutenaient que le contrat de société ne pouvait être fait *sub conditione*. On s'est demandé quels pouvaient être les motifs de cette dernière théorie. M. Demangeat les explique par cette idée que l'incertitude sur le point de savoir si une personne, faisant un certain acte, le fait pour elle-même ou au contraire le fait en qualité d'associé, que cette incertitude peut amener des résultats bizarres ou de grandes complications. M. Accarias, de son côté, paraît admettre (§ 622, *in fine*) que cette opinion s'appuyait peut-être sur le *jus fraternitatis* (ce caractère des contrats de société que nous avons signalé) ; car « la fraternité existe ou n'existe pas, mais elle ne saurait être conditionnelle ». Cette idée n'étant pas plus développée, il me semble difficile de comprendre la véritable pensée de l'éminent professeur.

§ IV. — ESPÈCES DIVERSES DE SOCIÉTÉS

2781. Ulpien distinguait quatre espèces de sociétés : « *Societates contrahuntur sive universorum bonorum, sive negotiationis alicujus, sive vectigalis, sive etiam unius rei.* » (L. 5. pr. D. 17, 2.) Puis, dans la loi 7 (D. 17, 2), il définissait une cinquième espèce de société : « *Coiri societatem et simpliciter licet; et, si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quæ ex quæstu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione descendit.* » On peut même dire que cette *société universelle de gains* est la société par excellence, puisqu'elle se produit naturellement entre parties qui ont simplement déclaré qu'elles se mettaient en société.

2782. Revenons un peu sur chacune de ces formes de la société :

2783. 1° *Societas totorum bonorum*. — Cette société comprend tous les biens présents et futurs et tous les bénéfices qui peuvent survenir aux associés, même par succession, donation ou legs. Un caractère remarquable de cette société, c'est que « *omnes res quæ coeuntium sunt, continuo communicantur* ». (L. 1, § 1. D. 17, 2.) En d'autres termes, au moment même où se forme le contrat, les biens de chacun des contractants deviennent indivis entre tous les associés, sans qu'il y ait nécessité, pour chaque partie, de faire tradition réelle de ses propres biens à ses coassociés, ni même de faire

cette déclaration expresse qu'on appelle *constitut possessoire*. On craindrait en effet que, par oubli ou par dol, quelqu'un des contractants n'oubliât quelques-uns de ses biens dans la tradition ou dans le constitut possessoire. Il est vrai, toutefois, qu'un tel oubli, ou un tel dol, n'aurait pas offert de dangers bien sérieux, la société étant le contrat de bonne foi par excellence. Toutefois il faut reconnaître que le principe de transmission immédiate et tacite, consacré par la législation romaine en cette matière, comme en plusieurs autres (acquisitions *per universitatem*), offrait, en pratique, une grande simplification.

2784. Mais cette tradition tacite [1] comporte certaines restrictions. En effet, il faut remarquer : 1° qu'elle ne s'applique qu'aux biens possédés au moment même du contrat; 2° qu'elle ne s'applique jamais aux droits de créance : « *Ea vero quæ in nominibus erunt, manent in statu suo, sed actiones invicem præstare debent.* » (L. 3. pr. D. 17,,2.) Par conséquent, l'associé titulaire d'une créance devra en communiquer les avantages à ses associés par les moyens ordinaires ; et l'associé, qui acquerrait des biens postérieurement au contrat, doit les transférer, pour partie indivise, à chacun de ses coassociés, conformément au droit commun.

2785. 2° *Societas alicujus negotiationis*, — formée entre deux ou plusieurs personnes pour exercer en commun un certain commerce déterminé et en partager les gains ou la perte; par exemple, le commerce des esclaves en général.

2786. 3° *Societas unius rei*, — formée pour l'accomplissement d'une seule opération commerciale; par exemple, l'achat et la vente de la cargaison d'un navire. (L. 5, pr. D. 17, 2.)

2787. 4° *Societas vectigalis*, — formée par les publicains pour le recouvrement des impôts. Cette société présente des caractères particuliers, que nous examinerons plus loin, en étudiant la dissolution de la société *ex personis*.

2788. 5° *Societas omnium quæ ex quæstu veniunt*, — qui diffère de la *societas totorum bonorum* seulement en ce qu'elle ne comprend pas les biens qui peuvent résulter des successions, donations ou legs, mais seulement toutes les acquisitions à titre onéreux, tous les bénéfices non gratuits. (LL. 7 à 13. D. 17, 2.)

2789. Gaïus faisait une classification beaucoup plus simple des sociétés, et les *Institutes* ont suivi sa doctrine : « *Societatem coire solemus* (pr. de n. t.) *aut totorum bonorum, quam Græci specialiter*

---

1. « *Licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.* » (L. 2. D. 17, 2.)

κοινοπραξίαν *appellant, aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei, vini, frumenti, emendi vendendique.* »

Malgré cette énumération restreinte, la société, étant un contrat de bonne foi, peut affecter toutes les formes de la classification d'Ulpien, et même d'autres, s'il était possible, par la seule volonté exprimée des parties. — Nous avons vu en outre que la *société légale*, c'est-à-dire considérée comme tacitement adoptée par les parties, en l'absence de toute manifestation de leurs désirs, était la société *omnium quæ ex quæstu veniunt.*

§ V. — RÉPARTITION DES GAINS ET DES PERTES

2790. La part de chacun des associés est déterminée le plus souvent par le contrat même de société, et, en thèse générale, les conventions faites doivent être observées (§ 1 d. n. t.).

2791. Les parties ont pu tout aussi bien convenir que la part de chaque associé serait réglée par un arbitre désigné au contrat.

2792. Enfin les contractants ont pu garder un silence complet sur ce point important.

Examinons ces trois situations :

2793. 1° *Règlement des parts par la convention des parties.* — On respecte toujours la volonté des parties, en tant qu'elle ne blesse pas les principes d'équité que suppose le *jus fraternitatis.* (N° 2774.) Point de difficulté si les parts dans la perte et dans le gain sont égales pour tous les associés. Mais que décider dans les hypothèses suivantes :

2794. *A.* La convention attribue des parts inégales à chacun des associés. Ainsi Primus doit avoir le tiers du gain et de la perte, et Secundus les deux tiers. Ulpien répond qu'une telle convention sera valable, si l'apport de Secundus est supérieur à celui de Primus. Il est raisonnable en effet que les parts soient proportionnelles aux apports dont elles sont, pour ainsi dire, les fruits naturels. — On peut donc s'étonner que les *Institutes* déclarent cette convention valable, sans distinction, c'est-à-dire sans soumettre cette inégalité à la condition de l'inégalité préexistante des apports. M. Accarias cherche à concilier ces deux décisions : « La vérité est, selon moi, que, dans l'opinion de tous, une telle convention ne vaut qu'autant que les apports sont réellement inégaux ; mais qu'elle fait *présumer* cette inégalité, et qu'en conséquence elle est tenue pour valable jusqu'à preuve contraire. » (§ 625, 1°.)

2795. *B.* La convention attribue à Primus les deux tiers dans la

gain, et un tiers seulement dans la perte ; à Secundus un tiers seulement dans le gain, et les deux tiers dans la perte. Les situations des deux associés sont donc extrêmement différentes, Primus étant doublement avantagé puisqu'on lui assure la plus grande part dans le gain et la plus petite part dans la perte. Or une telle convention sera-t-elle valable? Oui, répondent les *Institutes* (§ 2 de n. t.), par l'excellente raison que l'industrie d'un des associés peut être d'un assez grand prix pour lui mériter des avantages particuliers. Il faut donc supposer que les apports pécuniaires étant égaux, l'un des associés a de plus un talent, une industrie, que l'autre n'a pas, ce qui justifie en faveur du premier des avantages particuliers : il touchera donc légitimement une part plus grande dans le gain, et c'est légitimement aussi qu'il supportera une part plus faible dans la perte, puisque, si son associé perd de l'argent, lui, de son côté, perd son talent et son industrie.

On comprend très-bien l'équité des décisions précédentes, par les motifs qui les justifient. Mais si ces motifs n'existaient pas, c'est-à-dire s'il était prouvé que les apports sont absolument équivalents. la convention ne vaudrait pas.

2796. On comprend d'ailleurs que cette répartition du gain ou de la perte ne se suppose qu'au moment de la dissolution de la société, et sur le résultat définitif, sur *la balance* de toutes les opérations qu'elle a faites, bonnes et mauvaises. On ne comprendrait pas en effet que *Primus* prétendît percevoir les deux tiers du gain réalisé sur chacune des opérations heureuses, et supportât seulement le tiers de la perte soufferte sur chacune des opérations malheureuses; en effet, cette prétention aurait pour résultat, étant donné une certaine quantité de bonnes comme de mauvaises affaires, de faire percevoir à Primus un assez fort bénéfice, et de faire supporter à Secundus une perte sèche. Ainsi, par exemple, dix opérations se soldent chacune par un bénéfice de 15, et dix opérations, chacune par une perte de 12? Dans la théorie que nous avons exposée, la convention s'appliquant sur la balance de toutes les opérations, et cette balance donnant un *bénéfice de* 30, Primus sans difficulté touchera 20 et Secundus 10 (de même que, la situation étant renversée, si 10 opérations se soldaient chacune par une perte de 15, et 10 par un bénéfice de 12, cette perte définitive de 30 se répartirait sans difficulté : 20 pour Secundus, et 10 pour Primus). Mais il est de simple bon sens que Primus ne pourrait prétendre appliquer la convention sur chacune des opérations, prise isolément, ce qui produirait les résultats suivants : sur chacune des dix bonnes opérations, il percevrait 10 ; sur chacune des mauvaises, il ne perdrait

que 4, ce qui lui laisserait un bénéfice net de 60 ; tandis que Secundus, gagnant 5 seulement sur chacune des bonnes opérations, et perdant 8 sur chacune des mauvaises, ferait une *perte sèche de* 30.

2797. *C.* La convention attribue à l'un des associés une part dans le gain, mais le dispense de toute participation aux pertes. — Il faut tout d'abord poser le principe fondamental qui vient d'être exposé, et dire que nous nous plaçons en face du résultat définitif de la société, du reliquat actif ou passif de toutes les opérations faites pendant sa durée. Eh bien! même dans cette hypothèse, la convention dont nous parlons sera-t-elle valable? Oui, répond Ulpien (L. 29, § 1. D. 17, 2), à la condition que l'associé, ainsi favorisé, aura fourni, comme apport, un talent, une industrie ou un crédit qui balance l'apport de ses coassociés. L'inégalité apparente n'est donc, au contraire, que la consécration du principe *fraternitatis*, puisque cet associé, en apparence favorisé, aura perdu son temps, son crédit, son talent, pendant que ses associés perdront de leur côté tout ou partie de leur apport pécuniaire. — Cette décision, toute rationnelle, avait été formulée par Servius Sulpicius, et fut consacrée par les *Institutes* dans le § 2 de notre titre.

2798. *Remarque.* — 1° Le caractère fraternel de la société fait qu'on déclarerait nulle la convention léonine d'après laquelle un associé serait exclu de toute participation aux gains. — 2° Les parties ayant déterminé seulement la part de chacun dans le gain, sont censées les avoir déterminées de même pour la perte, et réciproquement. (Gaïus, III, § 150 ; § 3 de n. t.)

2799. 2° *Règlement des parts par un arbitre désigné dans le contrat primitif.* — L'arbitre n'a pas ici un pouvoir de décision souveraine ; il doit se comporter comme un homme de bien, apprécier le rapport des mises, et en déduire la proportion de la part de chaque associé dans le gain et dans la perte. — La décision de l'arbitre serait donc sans valeur, si elle était contraire aux principes d'équité qui régissent tout particulièrement les rapports des associés. C'est pourquoi les Romains n'ont vu aucun inconvénient à ce que cet arbitre désigné fût non-seulement un tiers, mais même l'un quelconque des associés. (LL. 6, 76 à 80. D. 17, 2.)

Si l'arbitre meurt avant d'avoir rempli sa mission, ou devient incapable de la remplir, la société est réputée n'avoir jamais pris naissance. (L. 75. D. 17, 2.)

2800. 3° *Silence des parties.* — Si les parties n'ont point déterminé par avance la répartition des gains et des pertes, les parts de tous les associés doivent être égales, *æquales*, dit Justinien, *æquæ*, disait Gaïus. (III, 150.) Quelques interprètes ont prétendu que les

parts devaient être proportionnelles aux apports ; mais les textes sont absolument précis, repoussent cette opinion, et doivent absolument s'interpréter en ce sens que chaque associé prendra une *part virile* dans les bénéfices comme dans les pertes.

2801. La règle romaine dérive de cette idée très-raisonnable, c'est que, si les parties n'ont pas cru utile de parler de la répartition, elles ont reconnu par là l'équivalence de leurs apports respectifs. Ce n'est que dans cette hypothèse que les parties garderont le silence, et, toutes les fois qu'elles jugeront leurs apports inégaux, elles désigneront un arbitre, ou détermineront elles-mêmes les règles suivant lesquelles les pertes et les gains seront répartis.

§ VI. — EFFETS DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

2802. 1° Chaque partie doit réaliser son apport, obligation qui s'exécute par des traditions ou des mancipations pour les choses corporelles, par des cessions d'actions ou des délégations pour les créances. Quant aux dettes qui grèvent l'actif apporté à la masse, l'associé débiteur reste seul tenu envers ses créanciers, mais il peut exiger que ses coassociés s'engagent à l'indemniser et même à le défendre. Nous avons vu (n° 2783) que la société *totorum bonorum* possède ce caractère remarquable que, au moment même où le contrat se forme, tous les biens corporels appartenant aux contractants deviennent *ipso facto* et immédiatement indivis entre tous ses associés, sans qu'il soit besoin d'aucune tradition.

2803. 2° Si une éviction totale ou partielle vient à se produire quant aux choses versées par l'un des associés dans le fonds social, ou si ces mêmes choses sont reconnues avoir des vices qui en diminuent la valeur, cet associé sera considéré comme ayant réalisé un apport inférieur à celui sur lequel on comptait au moment du contrat.

2804. 3° En principe, et dans le silence des parties, chaque associé a un droit égal dans la gestion des affaires communes. Mais, en pratique, l'administration est ordinairement confiée à un *syndicus* ou *actor* pris parmi les associés. (L. 1, § 1, D. 3, 4.) — En cas de gestion commune, les dépenses et les pertes qui en résultent se répartissent comme les gains entre tous les associés. Quant *aux tiers*, il faut distinguer : si tous les associés ont agi ensemble simultanément dans une certaine opération, la créance et la dette se partagent entre eux ; si au contraire un des associés a agi seul, c'est lui seul qui peut poursuivre le tiers contractant ou être poursuivi par lui, sauf bien entendu comptes à rendre ou à demander à ses coassociés.

2805. 4° Les associés répondent les uns envers les autres de leur dol et de leur faute. (L. 52, §§ 1 et 2. D. 17, 2.) En ce qui concerne *la faute*, le caractère tout spécial de fraternité, qui domine cette matière de la société, fait que les associés sont exemptés de toute responsabilité, lorsqu'ils ont apporté aux affaires communes le même soin qu'à leurs affaires personnelles. (§ 9 de n. t.) Remarquons du reste, avec M. Accarias (§ 627, 4°), que le dommage résultant du dol ou de la faute d'un associé ne se compense jamais avec les profits que la société lui doit. (L. 23, § 1 ; LL. 25 et 26. D. 17, 2.) Car qui est tenu de plusieurs obligations ne s'affranchit pas des unes en exécutant les autres.

2806. 5° La société est, nous le savons, un contrat synallagmatique parfait, qui engendre autant d'actions et d'obligations qu'il y a de parties contractantes. Mais comme chacune des parties joue exactement le même rôle, une seule action, l'action *socii* ou *pro socio*, est nécessaire pour sanctionner tous les droits résultant du contrat.

2807. L'action *pro socio* a précisément pour but de consacrer ces effets du contrat de société que nous avons étudiés au début de ce paragraphe. En substance, elle a donc pour but : 1° de contraindre chacun des associés à réaliser l'apport promis, et aussi d'indemniser ses coassociés de toutes les conséquences du défaut d'apport, ou des choses communes qu'il aurait appliquées à son propre usage (LL. 21 et 67 pr. et § 1. D. 17, 2) ; 2° de lui faire rendre compte de tout ce qu'il a perçu pour la société ; 3° de lui faire réparer les pertes causées à la société par son dol ou sa faute ; 4° de faire obtenir à l'associé, qui a subi des pertes ou fait des dépenses pour la société, la réparation de ces pertes ou le remboursement de ces dépenses. (LL. 38, § 1 ; 52, §§ 4, 10, 12, 15. D. 17, 2.)

2808. Mais on comprend que cette action *pro socio* disparaît avec l'état de société lui-même. D'où résulte que l'état de communauté, d'indivision, qui survit à la cessation de l'état de société, sera réglé, non plus par l'action *socii*, qui n'a plus de raison d'être, mais bien par l'action *communi dividundo*. (L. 1. D. 10, 3.)

2809. Le caractère tout exceptionnel de bonne foi et de rapports fraternels que le droit romain trouve, à juste titre, dans le contrat de société, amène ce double résultat fort remarquable : 1° les associés ne peuvent être condamnés les uns envers les autres que jusqu'à concurrence de leurs moyens, « *in quantum facere possunt* » ; c'est ce qu'on appelle le bénéfice de compétence (L. 64, pr. §§ 1 et 3. D. 17, 2) ; 2° la condamnation, prononcée à la suite de l'action *socii*, entraîne l'infamie pour celui qui est condamné (L. 1. D. 3, 2).

§ VII. — DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ

2810. Il faut bien comprendre que la *dissolution de la société* n'a point pour résultat de faire évanouir tous les effets qu'elle a produits, mais seulement de faire cesser cette situation juridique qui pourrait produire d'autres effets dans l'avenir, si elle continuait.

2811. Modestin signale quatre causes comme amenant la dissolution des sociétés : « *Dissociamur renunciatione, morte, capitis deminutione et egestate.* » (L. 4, § 1. D. 17, 2.) Ulpien se place à un autre point de vue, en disant : « *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione ; ideoque, sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit, distrahi videtur.* » (L. 68, § 10. D. 17, 2.)

A ces quatre causes de dissolution, on peut ajouter : dans l'ancien droit, la *capitis deminutio* de l'un des associés et la *bonorum venditio* encourue par lui ; et, sous toutes les législations, l'arrivée du terme imposé par le contrat à la durée de la société.

2812. 1° La société se dissout *ex personis*, par la mort de l'un des associés. C'est une conséquence du principe que nous avons posé, et d'après lequel la société est considérée comme faite *intuitu personæ*, « *quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit* ». Ainsi la société ne continue pas avec les héritiers de l'associé décédé ; toutefois il va sans dire que ces héritiers prennent les choses dans l'état où elles se trouvent au jour du décès de leur auteur, et que, par conséquent, ils participent aux bénéfices réalisés et aux pertes subies.

2813. Il faut d'ailleurs remarquer que le décès d'un associé n'amène pas la dissolution de la société seulement à l'égard des héritiers de l'associé décédé, mais encore entre les associés survivants, la loi considérant que les qualités personnelles de l'associé décédé ont peut-être été, pour les associés qui survivent, la cause qui les avait déterminés à faire partie de la société. Ce n'est d'ailleurs qu'une présomption légale ; aussi le contrat primitif peut très-valablement contenir une clause d'après laquelle, au cas de mort d'un des associés, la société continuera entre les autres. (§ 5 de n. t.) Il en serait autrement de la clause d'après laquelle on aurait décidé d'avance que la société continuerait avec les héritiers de l'associé décédé : «... *Nec ab initio pacisci possumus ut heres succedat societati.* » (LL. 35 et 59, pr. D. 17, 2.)

2814. Le texte que nous venons de citer se continue ainsi : « *Hæc ita in privatis societatibus ait. In societate vectigalium nihilominus manet societas, et post mortem alicujus, sed etiam demum si pars*

defuncti ad personam heredis ejus adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat : quod ipsum ex causa æstimandum est : quid enim si is mortuus sit propter cujus operam maxime coitá sit, aut sine quo societas administrari non possit. (L. 59, pr. D. 17, 2.) Ce texte de Pomponius, qui indique une dérogation faite aux règles ordinaires en faveur de la société *vectigalium*, est fort obscur. Voici un autre texte d'Ulpien, qui touche au même sujet : « *In heredem quoque socii, pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit : licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est. Et circa societates vectigalium cæterorumque idem observamus ut heres socius non sit, nisi fuerit adscitus. Verumtamen omne emolumentum societatis ad eum pertineat, simili modo et damnum adgnoscat, quod contingit sive adhuc vivo socio vectigalis, sive postea; quod non similiter in voluntaria societate observatur.* » (L. 63, § 8, D. 17, 2.) Ces deux textes semblent bien indiquer deux exceptions en ce qui concerne la société *vectigalis*, formée pour le recouvrement des impôts. 1° Tout d'abord, même en l'absence de toute convention spéciale, la société *vectigalis* subsiste entre les autres associés, malgré le décès d'un des associés, à moins que le concours de cet associé ne fût absolument indispensable à l'existence de la société ; bien plus, l'héritier de l'associé decédé, bien qu'il ne soit pas lui-même associé, continuera, dans l'avenir, à participer aux bénéfices réalisés et aux pertes subies après la mort de son auteur. 2° En second lieu, dans la société *vectigalis*, on peut valablement convenir, à la formation du contrat, que, l'un des associés venant à mourir, son héritier le remplacera complétement, sera *socius* lui-mème.

2815. 2° La société se dissout *ex rebus* : *A.* par l'accomplissement de l'opération pour laquelle la société a été contractée (§ 6 de n. t.) ; *B.* par la perte de la chose qui constituait le fonds commun, ou par sa mise hors du commerce. (L. 63. § 10. D. 17, 2.)

2816. 3° La société se dissout *ex voluntate*, c'est-à-dire par la volonté des parties ou de l'une d'elles de ne plus rester en société : « *Cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas...* » Toutefois, si cette volonté contraire entraîne toujours la dissolution de la société, il faut bien vite remarquer que le *renuntians* pourra être soumis à certaines réparations, si cette renonciation est *dolosive* ou même intempestive : «... *Si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, cogetur hoc lucrum communicare...* » (L. 65, §§ 3 et 4. D. 17, 2.)

On qualifie d'intempestive la renonciation qui est faite à un moment où elle est préjudiciable à la société : « *eo tempore quo interfuit sociis non dirimi societatem.* »

2817. Le préjudice causé par une telle renonciation pourra être poursuivi contre le renonçant. Quant à la renonciation dolosive, par laquelle le renonçant espère s'approprier à lui seul un profit qu'il devait partager avec ses co-associés, elle ne sera pas valable à son égard, en ce sens qu'il sera tenu de mettre en commun le profit qu'il comptait accaparer (L. 65, §§ 3 et 7. D. 17, 2); mais elle sera valable au profit des coassociés qui pourront exclure le renonçant des bénéfices qu'ils ont acquis depuis la renonciation. (§ 4. d. n. t.)

2818. 4° La société se dissout *ex actione*, par une novation soit conventionnelle (par une stipulation), soit judiciaire (par la *litis contestatio*), qui a pour effet de transformer les rapports juridiques créés par le contrat de société. (L. 65, pr. D. 17, 2.)

2819. 5° La société se dissout *ex tempore*, par l'arrivée du terme fixé par les parties au moment de la formation du contrat. (N° 2779.) Toutefois il faut remarquer que l'arrivée du terme n'a d'autre effet que de permettre à chaque associé de se retirer sans encourir aucune responsabilité ; en effet, la société ne se dissout pas *ipso jure* par l'arrivée du terme, et continue si les associés ne se retirent pas. (L. 65, § 6, D. 17, 2.)

2820. 6° Dans l'ancien droit, la société est dissoute par la *capitis deminutio* de l'un des associés : « On dit que la société se dissout aussi par la *capitis deminutio*, parce que le droit civil assimile la *capitis deminutio* à la mort. Toutefois, si les associés consentent à demeurer en société, une société nouvelle paraît se former. » (Gaïus, III, 153).

Dans le droit de Justinien, cette cause de dissolution paraît être restreinte à la *maxima* et à la *media capitis deminutio*. (L. 63, § 10. D. 17, 2.)

2821. 7° Dans l'ancien droit : « La société est dissoute lorsque les biens d'un des associés sont vendus en bloc, pour dettes envers le Trésor public ou envers des particuliers ; mais, dans ce cas aussi, la société peut être contractée de nouveau, parce qu'elle se forme par le seul consentement, et qu'elle est un contrat du droit des gens ; or les hommes peuvent tous consentir d'après le droit naturel. » (Gaïus, III, 154.) La *bonorum venditio* n'existe plus sous Justinien. (N° 1984.) Mais les *Institutes* la remplacent, quant à l'effet dissolutif de la société, par la *confiscation* (n° 1990) et la *bonorum cessio*. (Voir aux *actions*.)

ARTICLE IV. — MANDAT

(*Inst.*, III, XXVI.)

« Pr. Le mandat se contracte de cinq manières : dans l'intérêt du mandant seulement ; dans l'intérêt du mandant et d'un tiers ; enfin dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers. Le mandat contracté dans l'intérêt du mandataire seulement est inutile, et ne produit entre les parties ni obligation ni action.

« § 1. Le mandat est dans l'intérêt du mandant seulement, quand, par exemple, quelqu'un vous donne mandat de faire ses affaires, de lui acheter un fonds ou de répondre pour lui.

« § 2. Il est dans l'intérêt du mandant et du mandataire dans les cas suivants : quand quelqu'un vous mande de prêter votre argent, moyennant un intérêt, à un individu qui emprunte pour les affaires du mandant ; ou bien encore si, quand vous vous disposez à agir contre lui par l'action de fidéjussion, il vous mande d'agir, à ses risques et périls, contre le débiteur principal ; ou enfin quand votre débiteur vous mande de stipuler, à ses risques et périls, d'un de ses débiteurs qu'il vous délègue, pour se libérer envers vous.

« § 3. Le mandat est dans l'intérêt d'un tiers, quand, par exemple, on vous mande de gérer les affaires de Titius, d'acheter un fonds pour Titius ou de répondre pour lui.

« § 4. Il est dans l'intérêt du mandant et d'un tiers, quand quelqu'un vous mande de gérer des affaires qui lui sont communes avec Titius, d'acheter un fonds pour lui et pour Titius, de répondre pour lui et pour Titius.

« § 5. Le mandat est dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers, quand, par exemple, on vous mande de prêter votre argent à Titius moyennant un intérêt. Il serait dans l'intérêt du tiers seulement, si on vous mandait de prêter cet argent sans intérêt.

« § 6. Le mandat est dans l'intérêt du mandataire seulement, quand, par exemple, on vous mande d'employer votre argent en acquisitions d'immeubles plutôt qu'en placement à intérêt ; ou, réciproquement, de le placer à intérêt plutôt que de l'employer en acquisitions d'immeubles. Il y a là plutôt un conseil qu'un véritable mandat ; aussi ce genre de mandat n'est-il pas obligatoire : nul en effet ne doit être responsable du conseil qu'il donne, quelque préjudiciable que ce conseil puisse être à celui à qui il est donné, parce que chacun est maître d'examiner si le conseil qu'il reçoit est avantageux ou non. En conséquence, si quelqu'un, sachant que vous avez chez vous des capitaux qui ne vous raportent rien, vous engage à les employer en acquisitions ou à les prêter, quoique ni l'un ni l'autre ne vous procure de l'avantage, il n'est point tenu envers vous par l'action du mandat. Ces principes ont paru tellement justes qu'on s'est demandé si l'on devait considérer comme obligé par mandat celui qui vous mande de prêter à intérêt votre argent à Titius ? On a adopté à cet égard l'opinion de Sabinus, qui soutenait que, dans l'espèce proposée, le mandat doit être obligatoire, parce que, sans ce mandat, vous n'auriez pas prêté votre argent à Titius.

« § 7. Le mandat contraire aux bonnes mœurs n'est pas obligatoire. Si donc Titius vous mande de commettre un vol, un dommage, une injure, vous n'aurez aucune action contre lui, lors même que vous auriez subi les peines attachées à ces délits.

« § 8. Le mandataire ne doit pas excéder les bornes de son mandat. Si, par exemple, quelqu'un vous mande d'acheter un fonds pour cent écus d'or ou de répondre pour Titius jusqu'à concurrence de la même somme, vous ne

devez pas acheter le fonds plus cher, ni répondre pour une somme plus considérable ; autrement vous n'aurez pas d'action contre celui qui vous a donné mandat. L'observation de cette règle est même prescrite si rigoureusement que Sabinus et Cassius allaient jusqu'à vous refuser toute action, même quand vous ne réclameriez que les cent écus d'or dont le mandat vous autorisait à disposer. Mais les Proculiens pensent au contraire que vous pouvez agir utilement jusqu'à concurrence de cent écus d'or ; et cette opinion est certainement plus équitable. A l'inverse, si vous achetez le fonds moins cher, vous aurez, sans le moindre doute, l'action de mandat contre le mandant ; parce que celui qui vous charge de lui acheter un fonds pour cent écus d'or vous a autorisé à plus forte raison à l'acheter moins cher si cela est possible.

« § 9. Le mandat régulièrement contracté s'évanouit quand il est révoqué, toutes choses étant encore entières, c'est-à-dire avant qu'il ait reçu aucune exécution.

« § 10. Le mandat finit aussi quand, toutes choses étant encore entières, le mandant ou le mandataire vient à mourir. Cependant des raisons d'utilité ont fait décider que si le mandataire, ignorant la mort du mandant, a exécuté le mandat, il pourra intenter l'action du mandat ; il ne doit pas en effet souffrir d'une ignorance légitime et plausible. Par la même raison, on a décidé que si l'esclave qui gérait les affaires de Titius vient à être affranchi, les débiteurs qui lui auront payé, dans l'ignorance de cet affranchissement, seront valablement libérés ; quoique, d'après la rigueur du droit, ils ne dussent pas l'être, puisqu'ils ont payé à quelqu'un qui n'avait pas qualité ponr recevoir.

« § 11. Chacun est libre de refuser le mandat dont on veut le charger ; mais, quand vous l'avez une fois accepté, il faut l'exécuter et signifier le plus tôt possible votre renonciation au mandant, pour qu'il puisse faire, soit par lui-même, soit par un autre mandataire, l'affaire dont il vous avait chargé. Si vous renoncez de manière à ne pas laisser au mandant la latitude convenable pour accomplir l'opération, vous restez soumis à l'action du mandat ; à moins, cependant, que vous n'ayez eu de justes motifs de ne point signifier votre renonciation ou de ne la signifier que trop tard.

« § 12. Le mandat peut être contracté à terme ou sous condition.

« § 13. Faisons remarquer, en terminant, que le mandat doit être gratuit ; sinon, il constitue un contrat d'une autre nature : car, s'il y a un salaire convenu, ce n'est plus un mandat, mais un louage de services. Et, en général, le contrat qui, en l'absence de tout salaire, constitue un mandat ou un dépôt, devient un louage dès qu'il y a salaire convenu. Réciproquement, si je donne un vêtement à un foulon pour le dégraisser ou à un tailleur pour le raccommoder, sans qu'il y ait aucune rétribution fixée ou promise, le contrat est un mandat et non un louage. »

§ 1er. — GÉNÉRALITÉS

2821 *bis*. I. **Définition.** — Le mandat est un contrat synallagmatique imparfait ; en effet, s'il produit parfois, en dernière analyse, des obligations réciproques, le mandataire est immédiatement tenu, au moment même de la formation du contrat, tandis que le mandant ne peut jamais être tenu que *ex postfacto*.

Le mandant s'appelle *mandans*, *mandator* ou *dominus* ; le mandataire s'appelle *procurator*.

Ce contrat, essentiellement consensuel et de bonne foi, prend sa

source dans la religion et surtout dans l'amitié ; c'est même là peut-être la racine de ce terme qui paraît bien venir de *manus datio*, le *dominus* serrant dans sa main la main du *procurator* comme signe extérieur de sa confiance en ce dernier. — Dans tous les cas, c'est certainement cette présomption de confiance amicale qui fait frapper d'*infamie* le mandataire condamné comme infidèle. (*Inst.*, § 2, IV, XVI.)

2822. II. **Éléments constitutifs.** — Les éléments constitutifs du mandat sont : le *consentement* des parties ; une affaire à traiter par le mandataire pour le compte du mandant.

2823. Mais le caractère essentiel du mandat est la *gratuité*. C'est ce caractère qui le fait différer de la *locatio operarum*, contrat dans lequel on trouve également comme éléments constitutifs : le consentement et une affaire à gérer, mais aussi une rémunération du service à rendre. C'est cette rémunération qui est entièrement exclusive du contrat de mandat : « *Nam mercede constituta, incipit locatio et conductio esse.* » (*Inst.*, § 13 de n. t.)

2824. Après avoir constaté ce caractère tout spécial de gratuité, M. Ruben de Couder, dans son estimable *Résumé de droit romain*, émet l'opinion suivante : « ... Si le mandat répugne à un prix de services rendus, il ne répugne pas à toute espèce de rémunération *honoris causa* qui pourrait s'ajouter au mandat sans le dénaturer. De là est venue l'expression d'*honoraires*. Comment distinguer les honoraires du loyer? Les services dans lesquels l'intelligence et le dévouement ont une certaine part ne se louent pas, à proprement parler, car ils ne sont pas appréciables en argent. Par exemple un avocat, un médecin, peuvent recevoir une récompense rémunératoire de celui à qui ils ont prêté leur ministère et le secours de leur science, sans que leur action perde le caractère d'un bon office. (L. 1, § 10. D. *De extraord. cognit.* Liv. I, tit. XIII.) Toutefois celui qui réclame des honoraires n'obtient ni l'action contraire du mandat ni aucune autre action : dans cette hypothèse, le préteur statuera *extra ordinem*, c'est-à-dire sans renvoyer devant un juge, sans donner d'action. (L. 1. L. 10, § 1, et pr. D. *De extraord. cognit.* Liv. I, tit. XIII.) »

2825. On ne peut admettre l'opinion émise dans la première partie de cette citation, et qui du reste se trouve démentie par la dernière partie. Si les honoraires ne peuvent se poursuivre par l'action du mandat, c'est parce que les services professionnels rémunérés ne peuvent jamais, par cette circonstance même, être considérés comme l'accomplissement d'un mandat. Mais nous avons vu, d'un autre côté, que de tels services ne constituaient pas non plus un louage ; et c'est ainsi que les *Institutes* (§ 13 de n. t.) se trompent en

disant que toute convention qui, gratuite, constituerait un mandat, devient *louage* par l'intervention d'un salaire. En résumé, il faut donc dire que le ministère d'un avocat, d'un médecin, peut bien constituer un mandat, s'il est fourni gratuitement, mais que jamais, s'il est rémunéré, même sous le titre d'honoraires, il ne peut constituer un mandat. Une telle convention serait un simple pacte susceptible de se convertir en contrat innommé : *Do ut facias*.

2826. Le mandat est parfait dès que le mandataire a accepté la mission qui lui est offerte. Dès ce moment, le mandant peut le forcer à exécuter le mandat, par l'action *mandati*.

2827. III. **Modalités**. — Le mandat peut être pur et simple ; il peut être à terme ou sous condition (*Inst.*, § 12 de n. t.) : *à terme*, si je vous charge de gérer mes affaires à partir de telle époque, ou du moment présent jusqu'à telle époque ; *sous condition*, si je vous charge de faire une certaine opération, mais seulement dans telle ou telle hypothèse.

2828. IV. **Différences**. — Nous avons vu déjà que la *gratuité*, élément essentiel du mandat, établit, entre lui et les autres contrats, une différence profonde. Sans ce caractère, il se confondrait avec le louage d'ouvrage. — Il diffère également de la vente, du louage et de la société, en ce que ces contrats produisent immédiatement des obligations réciproques, à la charge de toutes les parties, tandis que le mandat n'oblige tout d'abord que le mandataire seul. (N° 2821.)

Il paraît aussi se rapprocher du *dépôt*, puisque le dépositaire s'oblige à garder la chose déposée, c'est-à-dire à rendre un certain service, à remplir une certaine mission. Mais il en diffère sous un double point de vue : 1° le dépôt se forme *re*, le mandat *solo consensu* ; 2° le dépositaire s'oblige seulement à garder la chose déposée, purement et simplement, la surveillant de façon à l'empêcher d'être détournée, le mandataire s'engage à exécuter un acte, à créer une situation nouvelle au profit du mandat.

2829. V. **Nullité du mandat**. — 1° Le mandat qui aurait pour but de faire exécuter un acte illicite, contraire à la morale et aux bonnes mœurs, est absolument nul. D'où résulte que le mandant ne saurait en poursuivre l'exécution par l'action *mandati directa*, et que le mandataire ne pourrait poursuivre, par l'action *mandati contraria*, la réparation du préjudice qu'il a pu souffrir en exécutant le mandat. (Gaïus, III, 157 ; *Inst.*, § 7 de n. t.)

2° Le mandat serait nul également, s'il s'agissait d'un service à rendre au mandant, après la mort du mandataire. En effet, nous avons vu que les Romains n'admettaient point la validité des con-

ventions qui auraient fait commencer l'obligation dans la personne des héritiers des contractants (nos 2284 et suiv.); même décision, bien entendu, si je vous donne mandat de me rendre un service après ma mort. — Cette nullité ne se trouve pas dans les *Institutes*, parce que Justinien, nous le savons, a changé les principes en cette matière. (N° 2293.)

§ II. — DIVERSES ESPÈCES DE MANDATS

2830. Les *Institutes* nous apprennent que le mandat peut être contracté de cinq manières différentes. Cette classification se base sur la diversité des personnes que le mandat peut intéresser. A ce point de vue, le mandat peut se contracter :

2831. I. **Dans l'intérêt du mandant seul?** — Lorsque par exemple je charge un mandataire de gérer mes affaires.

2832. II. **Dans l'intérêt réciproque du mandant et du mandataire?** — Exemple : 1° Je donne mandat à Titius de prêter de l'argent à Mœvius qui doit l'employer à mes affaires. J'avais intérêt à ce que Mœvius se procurât de l'argent, et Titius a un avantage certain à placer ses fonds à intérêt, sous la garantie de son action *mandati contraria*. — 2° Sempronius étant votre débiteur, je l'ai cautionné comme *fidéjusseur*. A l'échéance, vous n'êtes pas payé, et vous vous disposez à me poursuivre ; désireux de gagner du temps, *je vous donne mandat* de poursuivre Sempronius à mes risques et périls? Avantage pour moi, mandant, à éviter une poursuite qui me gênerait en ce moment ; intérêt pour vous, mandataire, qui, après avoir poursuivi Sempronius sans obtenir le payement intégral, pourrez recourir contre moi par l'action *mandati contraria;* vous avez ainsi recours contre deux personnes, tandis que, si vous vous étiez adressé d'abord à moi, Sempronius eût été libéré, et votre créance n'aurait été garantie que par ma solvabilité. Cet exemple ne se comprend plus quand Justinien, en 531 (L. 28. C. 8, 41), abroge l'ancienne règle : « *Altero convento, liberatur alter.* » — 3° Je vous délègue Sempronius pour qu'il devienne votre débiteur à ma place? J'ai intérêt à me trouver ainsi libéré de ma dette ; et vous, mandataire, vous avez l'avantage d'avoir deux débiteurs, puisque, non payé par Sempronius, vous pouvez, en vertu du mandat, vous retourner contre moi.

2833. III. **Dans l'intérêt d'un tiers seul? —** Je vous donne mandat de faire les affaires de Titius? En principe, tant que les choses sont entières, il n'y a qu'un accord de volontés, et le mandataire n'est pas tenu. Mais le mandant pourrait le poursuivre en

exécution du mandat, si ledit mandant avait un intérêt appréciable quelconque, même de pure affection, à cette exécution.

2834. IV. **Dans l'intérêt du mandant et d'un tiers?** — Exemple : Je vous charge de gérer les affaires communes entre Titius et moi.

2835. V. **Dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers?** — Exemple : Je vous donne mandat de prêter de l'argent à Titius, *sub usuris*. — Sans *intérêts*, l'opération ne serait qu'à l'avantage du tiers.

2836. Certains commentateurs ajoutent que le mandat peut également intervenir *dans l'intérêt du mandataire seul?* — Par exemple, si je vous ai engagé à prêter de l'argent *à intérêts*, sans désignation de personne, c'est sans doute dans votre intérêt seulement. Il n'y a qu'un conseil et *non pas un mandat;* par conséquent, pas d'action contre moi. Mais si je vous ai chargé de prêter *sub usuris* à Titius qui ne me touche en rien, l'opinion, suivie après discussion, est que je suis tenu *ex mandato : quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset.* (Pr. de n. t.)

Il est inutile d'insister davantage sur ces diverses hypothèses, les §§ 1, 2, 3, 4, 5 et pr. de notre titre se comprenant sans difficulté.

2837. On peut diviser le mandat, à un autre point de vue, en deux espèces, le mandat *spécial* et le mandat *général.*

2838. Le mandataire spécial est celui qui doit seulement traiter certaines affaires déterminées. Ses pouvoirs sont nécessairement définis et limités par l'objet même du mandat.

2839. Le mandataire général, au contraire, embrasse la gestion d'un patrimoine entier. En conséquence, tous les actes d'*administration* sont sans aucun doute de sa compétence. Mais on s'est demandé s'il en était de même des actes de *disposition?* Or les opinions sont divisées.

2840. La plupart des interprètes établissent une distinction basée sur les termes dans lesquels cette *procuratio bonorum omnium* a été donnée. 1° Si le mandant a donné au mandataire la *libera administratio*, cela implique le pouvoir de disposer, tout au moins à titre onéreux (*Inst.*, § 43, II, 1; L. 58. D. 3, 3 : L. 9, § 4. D. 41, 1.). 2° Au contraire, si la *procuratio* est simplement générale, elle exclut complétement le pouvoir de disposer. (LL. 60 et 63. D. 3, 3.)

2841. M. Accarias n'admet pas le caractère absolu de cette distinction ; il professe, et je crois que son opinion doit être suivie, qu'il y a là une question de fait, et que c'est l'interprétation de la volonté des parties qui doit faire présumer l'étendue des pouvoirs

du mandataire : «... Je remarque d'une part qu'il y a aussi des textes qui, se plaçant dans l'hypothèse d'une procuration simplement générale, permettent au mandataire de nover, de déférer un serment, de plaider, même de consentir un pacte *de non petendo.* (L. 20, § 1, *De nov.*, XLVI, 2. — L. 17, § 3, *De jurej.*, XII, 1. — L. 12, *De pact.*, II, 14), tous actes qui pourtant comptent bien parmi les actes de disposition. D'autre part, on a déjà vu (n° 293) que l'esclave et le fils de famille, quoique investis de la libre administration de leur pécule, ne sont pas pour cela autorisés à faire toute espèce d'actes de disposition, et pourtant leur situation ressemble très-fort à celle d'un mandataire général qui aurait reçu la *libera administratio.* Ma conclusion est qu'il ne faut pas exagérer l'importance des termes employés par le mandant; que sans doute ils peuvent et doivent servir à faire présumer l'étendue plus ou moins large des pouvoirs du mandataire; mais que la détermination exacte de ces pouvoirs reste dans tous les cas une question de fait. »

§ III. — EFFETS DU MANDAT

2842. Le mandat produit tout d'abord des obligations à la charge du mandataire, puis des obligations à la charge du mandant; en second lieu, le mandataire concluant des opérations juridiques avec des tiers, il en résulte certaines situations juridiques déterminées, dont il faut régler les effets; enfin il faut étudier les *actions* au moyen desquelles toutes ces obligations sont sanctionnées.

I. — Obligations du mandataire.

2843. Le mandat, avons-nous dit, est un contrat synallagmatique imparfait, en ce sens que le mandataire seul se trouve immédiatement engagé. C'est donc par lui qu'il faut commencer.

Le mandataire est tenu de trois obligations :

2844. 1° Le mandataire doit accomplir le mandat, tel qu'il lui a été donné, dans les conditions déterminées au contrat, ou meilleures s'il peut les obtenir.

2845. *A.* Si le mandataire a fait une chose autre que celle qu'il était tenu de faire, par exemple si, chargé d'acheter un bœuf, il a acheté un cheval, évidemment le mandant ne pourra exiger la livraison du cheval; mais le mandataire pourra, par l'action *mandati directa*, être poursuivi par le mandant, pour être condamné à des dommages-intérêts représentant l'intérêt que ledit mandant avait à l'exécution régulière du mandat. Toutefois ces dommages-

intérêts ne peuvent être obtenus que si le mandataire avait la possibilité d'exécuter le mandat aux conditions fixées. — Mais, même dans l'hypothèse toute favorable où l'inexécution du mandat résulte de l'impossibilité où s'est trouvé le mandataire d'accomplir le mandat aux conditions déterminées, ledit mandataire ne saurait se faire indemniser par l'action *mandati contraria*.

2846. *B.* Si le mandataire exécute le mandat à des conditions moins onéreuses que celles établies par le mandant, par exemple, s'il achète 50 l'objet qu'on l'avait chargé d'acheter 100, il n'y a aucune difficulté ; les actions *mandati directa* et *mandati contraria* s'exerceront, car le mandant «... *mandasse intelligitur ut* MINORIS, *si possit, emeretur* ». (Gaïus, III, 161 ; *Inst.*, § 8 de n. t.)

Mais si le mandataire exécute le mandat à des conditions plus onéreuses, par exemple s'il achète 150 l'objet qu'on l'avait chargé d'acheter pour 100, la question est plus délicate. Il faut dire tout d'abord que le mandant n'est pas obligé d'accepter l'affaire telle qu'elle a été faite, et que même il pourra demander des dommages-intérêts, mais seulement au cas où, en fait, le mandat aurait pu être exécuté tel qu'il l'avait donné. (L. 41. D. 17, 1.) Mais que décider si le mandataire consent à prendre à sa charge l'excédant du prix? Les Sabiniens lui refusaient toute action, par la raison rigoureuse, en droit, que « *qui excessit, aliud quid facere videtur* ». L'affaire ayant été conclue à un prix plus élevé, on ne peut supposer que ce soit le mandat que le mandataire ait entendu exécuter, et, conséquemment, il ne saurait y avoir ouverture aux actions du mandat. (Gaïus, III, 161 ; L. 3, § 2. D. 17, 1.) — Les Proculiens, au contraire, dans un sentiment de bon sens et d'équité, décidaient que si le mandataire prenait à sa charge l'excédant du prix, il n'y avait aucune raison pour l'empêcher de poursuivre le mandant, non pas pour le prix total, mais précisément pour le prix déterminé au contrat. On se demande, en effet, quelle objection le mandant aurait pu soulever contre cette doctrine, puisque, somme toute, ses intentions et ses désirs sont pleinement réalisés. Dans le même sens, Paul, supposant que j'ai vendu 90 un fonds que je devais vendre 100, décide que je puis forcer le mandant à respecter cette vente, si je lui offre la somme entière qu'il voulait retirer de cette opération. (L. 33. D. 17, 1.) Or, c'est l'opinion très-pratique et très-équitable des Proculiens qui fut universellement adoptée. (Paul, *Sent.*, II, 15, § 3.)

2847. M. Demangeat critique l'opinion des Proculiens. Suivant lui, je ne pourrai poursuivre mon mandant même pour 100, quand j'ai fait l'affaire pour 150, par la raison que mon mandant serait à

ma discrétion ; en effet, si l'affaire est bonne, même pour 150, je garderai le fonds que vous m'aviez donné mandat d'acheter 100 ; si au contraire l'affaire est mauvaise, même pour 100, je vous forcerai à la prendre pour ce prix. A l'appui de cette opinion, il cite la loi 3, § 2, et la loi 5, pr., au *Digeste* (17, 1). Ces textes sont en effet formels, mais ils résument l'opinion des Sabiniens, et personne ne conteste que l'opinion des Sabinens ne fût exactement le contre-pied de celle des Proculiens. Or la question est précisément de savoir si les *Institutes* ont eu raison de consacrer cette dernière opinion ; et je ne vois pas pourquoi on blâmerait une jurisprudence conforme au bon sens, et réalisant, somme toute, les intentions du mandant.

2848. 2° Le mandataire est tenu de *rendre compte*, c'est-à-dire de transporter en la personne du mandant tous les bénéfices que lui a procurés l'opération. Pour cela, s'il a acquis un droit de propriété, il doit livrer ou manciper la chose au mandant (L. 8, § 10. D. 17, 1) ; s'il est devenu créancier, il cédera ses actions à son mandant. (L. 45, pr. n° 2882, et § 4. D. 17, 1, et plus loin, n° 2882 : *Procuratio in rem suam.*)

2849. 3° Le mandataire répond naturellement de son dol ; il répond aussi de sa faute lourde, assimilée au dol. Sa responsabilité s'arrête là, en vertu des principes généraux qui ne mettent point la faute légère à la charge de celui qui est entièrement désintéressé dans l'affaire à la suite de laquelle se pose la question de responsabilité. Cette doctrine est consacrée dans plusieurs textes. (L. 8, § 10 ; L. 29, pr. et § 3. D. 17, 1 ; — L. 5, § 4. D. 19, 5 ; — *Collec. leg. mos.*, tit. x, cap. 2, § 3.) Toutefois, même dans la belle période du droit romain, se manifesta une certaine tendance à exiger du mandataire tous les soins d'un *bon père de famille*. (L. 1, § 12. D. 16, 3 ; — L. 23. D. 50, 17.) Plus tard, cette tendance fut développée et consacrée par Diolétien. (LL. 11, 13 et 21. C. 4, 35.)

II. — **Obligations du mandant.**

2850. 1° Le mandant doit indemniser le mandataire de toutes ses dépenses légitimes, c'est-à-dire non-seulement des dépenses faites conformément à la lettre du contrat (sans qu'il soit même permis d'examiner si le mandataire aurait pu faire les choses plus économiquement), mais encore des dépenses faites en dehors des termes du mandat, mais conformes à la pensée, au but du mandant, et ayant tourné à son profit. (L. 12, § 9 ; L. 27, § 4 ; L. 46. D. 17, 1.)

2851. 2° Le mandant doit prendre à sa propre charge toutes les

obligations contractées par le mandataire, c'est-à-dire les exécuter lui-même, ou procurer au mandataire sa libération. Ce résultat sera atteint sans peine, avec le concours du créancier, au moyen d'une novation ou d'un pacte de constitut conclu entre le mandant et le créancier, ce dernier consentant par contre un pacte *de non petendo* au mandataire. — Si la volonté du créancier fait défaut, le mandant devra s'engager à défendre le mandataire contre toutes poursuites. (L. 45, pr., 1, §§ 2 à 5. D. 17, 1.)

2852. 3° Le mandant, étant l'obligé du mandataire, répond, non-seulement de son dol et de sa faute lourde, mais de sa faute appréciée d'après la conduite du *paterfamilias* le plus diligent. (L. 61, § 5. D. 47, 2.)

III. — Rapports juridiques entre le mandant et le mandataire d'une part, et le tiers d'une autre part.

2853. Dans le droit civil proprement dit, le mandataire, qui contractait pour le compte du mandant, agissait toujours en son propre nom; il ne représentait pas le mandant. Il était, en effet, de principe que jamais un acte juridique ne pouvait influer sur la situation de personnes qui n'y ont point concouru; de là le dicton : « *Res inter alios acta, aliïs neque prodest neque nocet.* » Ce principe absolu, dont nous avons déjà constaté des manifestations dans la tutelle (nos 667 à 669) et dans les stipulations (nos 2294 et suiv.), domine également la matière du mandat. C'est pourquoi nous avons vu plus haut la nécessité pour le mandataire de transférer tous les bénéfices de l'opération, en la personne du mandant, par la tradition ou la mancipation des droits de propriété, par la cession des créances. Ce qui veut dire que les effets actifs ou passifs des actes faits par le mandataire se réalisent sur la tête même de ce dernier, et nullement sur celle du mandant, véritable intéressé. Cette situation produisait naturellement dans le mandat les mêmes inconvénients que ceux que nous avons signalés dans la tutelle et devait conduire aux mêmes atténuations de principes si absolus. Ces atténuations furent même plus complètes. Tout d'abord on décida que les droits réels pouvaient directement être acquis au mandant, en vertu de la règle : « *Per extraneam personam acquiri potest;* » en même temps, la tradition étant en principe régulièrement faite par quiconque agit *voluntate domini*, le mandataire pouvait transporter directement, sur la tête du tiers acquéreur, la propriété des biens que le mandant voulait aliéner.

2854. La réforme fut plus longue en ce qui concernait les obli-

gations, et ce ne fut même qu'avec certaines assimilations qu'on parvint à simplifier les conséquences juridiques du mandat exécuté. Voici comment : nous avons déjà étudié sommairement l'influence des actes faits par des personnes *alieni juris*, sur la situation du *dominus* et du *pater familias*, et nous retrouverons, au troisième livre, les deux actions *exercitoire* et *institoire*. Donnons-en dès à présent une idée sommaire, qui nous permettra de juger le procédé par lequel les jurisconsultes romains arrivèrent à bouleverser respectueusement les conséquences fondamentales des vieux principes.

2855. On appelait *exercitor* celui qui retirait tous les profits d'une exploitation industrielle, agricole et commerciale, soit en la dirigeant lui-même, soit en le faisant diriger par un préposé (L. 1, § 15. D. 14, 1) lequel prend ordinairement le nom d'*institor*, et spécialement celui de *magister navis* s'il exploite une embarcation quelconque. Or ce préposé est forcément conduit, dans l'entreprise dont il a la direction, à contracter avec des tiers, et le droit prétorien décide que les obligations qui résultent de ces contrats réagiront *directement* contre le préposant lui-même, qui sera soumis à l'action *institoria* ou *exercitoria*, suivant que le préposé est *institor* ou *magister navis*. (Gaïus, IV, 71.) Cette décision du droit prétorien était parfaitement raisonnable : en effet, d'une part l'*exercitor*, par la charge qu'il confie à son préposé, le recommande à la confiance du public, et doit rester responsable de ses actes ; et, d'un autre côté, les tiers qui traitent avec le préposé, ne le connaissant pas personnellement, ne contracteraient pas avec lui s'ils ne possédaient la certitude d'avoir la solvabilité personnelle de l'*exercitor*. (L. 1, pr. D. 14, 1.)

2856. Du reste, il faut bien remarquer que le préposé reste tenu en vertu du droit commun, et les actions institoire et exercitoire s'ajoutent à celles qui dérivent naturellement du contrat formé par le préposé. (L. 5, § 1. D. 14, 1.) Or on comprend que ces deux actions seront absolument nécessaires au créancier si le préposé est *alieni juris*, et par conséquent ne possède pas ou presque pas de patrimoine. Elles ne seront pas nécessaires si le préposé est *sui juris*, mais seulement utiles au créancier, dont le droit sera ainsi garanti par une double solvabilité.

2857. On comprendra maintenant comment il était bien naturel d'étendre au mandataire ces innovations prétoriennes, puisque le rôle du préposé *sui juris*, quel que soit le contrat qui le lie au préposant, que ce soit un mandat ou une *locatio operis*, possède toujours le rôle et les pouvoirs d'un mandataire.

2858. C'est pourquoi Papinien, le premier, permit aux tiers,

devenus créanciers du mandataire, d'exercer contre le mandant, directement, une action utile *ad exemplum* INSTITORIÆ *actionis*, l'action institoire ayant un caractère plus général que l'action exercitoire. (L. 31, pr. D. 3, 5; L. 19, pr. D. 14, 3; L. 10, § 1. D. 17, 1; L. 13, § 25. D. 19, 1.) Mais Papinien n'admettait pas la réciproque, et le mandant ne pouvait exercer directement, sans une cession préalable, les actions du mandataire contre les tiers contractants. (L. 49, § 2. D. 41, 2.) C'est ce nouveau progrès que réalisa Ulpien, en donnant audit mandant des actions utiles contre les tiers. (L. 13, § 25. D. 19, 1.)

2859. On pourrait croire, à ce moment, que les principes primitifs ont complétement disparu, et qu'on se trouve en présence d'une véritable et complète *représentation* du mandant par le mandataire. Ce ne serait pas exact, car la personnalité de ce dernier ne disparaît pas complétement; la preuve, c'est que, même dans le dernier état du droit, qui a consacré la doctrine d'Ulpien, bien que le mandant devienne directement créancier et débiteur, les tiers demeurent libres de poursuivre personnellement le mandataire, et celui-ci peut de son côté les poursuivre, tant que le mandant n'a pas agi directement.

2860. Nous verrons, aux *Actions*, que même dans le premier état du droit il y avait une espèce de mandat dans lequel le mandataire *représentait* le mandant : c'était le *mandat judiciaire*, dans lequel le mandataire prenait le nom de *cognitor*.

IV. — **Actions qui dérivent du mandat.**

2861. Le mandat, avons-nous déjà dit, est un contrat synallagmatique imparfait, en ce sens que le mandataire est immédiatement obligé, tandis que ce n'est qu'après l'exécution du mandat que le mandant peut devenir obligé à son tour. Nous avons examiné plus haut les obligations du mandataire et celles du mandant. Nous n'y reviendrons pas. Il suffit de dire : 1° que l'action *mandati* permet au mandant de forcer le mandataire à remplir ses obligations, ou, dans certaines hypothèses, à l'indemniser par des dommages-intérêts, par exemple de la non-exécution du mandat, quand cette exécution était possible; 2° que l'action *mandati contraria* permet au mandataire de forcer le mandant à remplir toutes ses obligations. (V. nos 2850 à 2852.)

2862. Outre ces deux actions normales, et qui garantissent toujours les effets juridiques produits par le mandat entre le mandant et le mandataire, nous venons de voir que le préteur avait

accordé des actions utiles, à l'exemple de l'action *institoria*, pour permettre, en fait, la réalisation directe sur la tête du mandant des obligations actives ou passives nées des actes intervenus entre le mandataire et les tiers. En d'autres termes, ces actions n'avaient d'autre effet que de faire disparaître la personnalité du mandataire, et de rétablir les choses dans la situation où elles eussent été si le mandant avait traité directement avec les tiers.

2863. Il faut donc dire que, dans ce dernier état du droit, si les actions *mandati directa* et *mandati contraria* subsistaient, elles étaient, sauf quelques cas spéciaux, devenues inutiles, en présence des actions *utiles*, au moins en ce qui concernait la réalisation du contrat proprement dit. Mais elles continuaient à être nécessaires : l'action *mandati directa*, pour permettre au *mandant* de se faire indemniser par le mandataire qui, sans motifs légitimes, n'a pas exécuté le mandat, ou qui a commis un dol, une faute lourde, et même à partir de Dioclétien une faute légère (n° 2849) ; et l'obligation *mandati contraria*, pour permettre au *mandataire* de se faire indemniser par le mandant des pertes subies ou des déboursés faits dans l'accomplissement du mandat, ou du préjudice qui est résulté du dol, de la faute lourde du mandant, et même de sa faute appréciée d'après la conduite du père de famille le plus diligent. (N^os^ 2850, 2852.)

§ IV. — DISSOLUTION DU MANDAT

2864. Le mandat étant, comme la *société*, un contrat qui se forme *intuitu personæ*, et qui suppose une confiance mutuelle, nous trouvons immédiatement quatre premières causes de dissolution de ce contrat. Les voici :

2865. I. **Révocation par le mandant.** — La confiance ne s'imposant pas, le mandat sera révoqué par la seule volonté du mandant. Le § 9 de notre titre, qui pose ce principe, l'énonce ainsi : « Le mandat s'évanouit quand il est révoqué *avant toute exécution.* » Ceci paraît dire que si l'exécution a commencé, la révocation ne pourrait plus se produire. Mais il n'en est rien, et Justinien veut tout simplement exprimer cette idée, c'est que, si la révocation survient avant toute exécution du mandat, celui-ci n'aura laissé aucunes traces ; tandis que, si cette même révocation survient après un commencement d'exécution, il y aura des questions d'intérêt à régler, car les actes accomplis doivent nécessairement poursuivre leurs effets. On avait, d'un autre côté, décidé très-sagement que le mandataire continue à exécuter valablement son mandat et à jouir,

pour cette exécution, de l'action *mandati contraria* contre le mandant, tant qu'il n'a pas connu la révocation. Celle-ci doit lui être notifiée. (L. 15. D. 17, 1.)

2866. II. **Mort du mandant.** — La mort du mandant met fin au mandat; car le mandataire n'avait peut-être accepté le mandat qu'en considération de la personne même du mandant. Comme dans le cas de révocation, nous dirons, sans autrement insister, que le mandataire continue à remplir légalement le mandat tant qu'il est dans l'ignorance de la mort du mandant, et qu'il pourra exercer l'action *mandati contraria* comme si le mandant vivait encore. (Gaïus, III, 160; *Inst.*, § 10 de n. t.)

Dans la double hypothèse de la mort ou de la révocation du mandant se pose une question délicate; il est possible que, le mandataire se sachant dessaisi, les tiers, qui connaissaient l'existence de ses pouvoirs, en ignorent la cessation et continuent, de bonne foi par conséquent, à faire des actes avec lui. Quel sera le sort de ces actes? Ulpien dit bien, après Julien, qu'il faut considérer comme valables et libératoires les payements faits par les débiteurs de bonne foi dans les mains d'un *procurator bonorum omnium* déjà révoqué. (LL. 12, § 2, 24, § 3. D. 46, 3.) Mais aucun texte ne dit si cette décision s'appliquait au mandataire particulier, ni si elle était étendue aux actes autres que le payement. Il est probable que oui.

2867. III. **Mort du mandataire.** — On comprend très-bien que le mandat étant une preuve de confiance toute personnelle, les héritiers du mandataire ne continuent pas une mission qui avait été confiée personnellement à leur auteur *intuitu personæ.* — Toutefois ces héritiers peuvent et doivent continuer une affaire commencée par le mandataire décédé, lorsque les choses sont dans un état tel que les intérêts du mandant se trouveraient sérieusement compromis par la brusque interruption de l'affaire. Cependant le caractère du mandat n'en a pas moins disparu, et ils continuent cette gestion, non plus comme mandataires, mais comme *negotiorum gestores;* c'est donc l'action *negotiorum gestorum* et non pas l'action *mandati contraria* qu'ils auront pour régler avec le mandant. (L. 27, § 3. D 17, 1.)

2868. IV. **Renonciation du mandataire.** — Le mandataire est toujours libre de renoncer au mandat; mais cette renonciation l'obligerait à des dommages-intérêts, si elle était intempestive, c'est-à-dire si elle était faite dans des circonstances telles que le mandant ne pourrait plus agir par lui-même ou par une autre personne. Cette pénalité cesserait de s'appliquer, si la renonciation intempestive du mandataire reposait sur de justes motifs, par exemple la

survenance d'une maladie grave ou l'annonce de l'insolvabilité du mandant. (§ 11 de n. t.; L. 22, § 11; LL. 23 à 25. D. 17, 1.)

Outre ces quatre causes de dissolution du mandat, qui d'ailleurs dérivent toutes du même principe, le mandat prend fin également :

2869. V. **Par la conclusion de l'affaire** pour laquelle il avait été donné;

8270. **Par l'arrivée du terme** ou de la **condition** résolutoire, modalités sous lesquelles le mandat avait été formé.

Ces deux causes de dissolution n'ont besoin d'aucun commentaire.

§ V. — APPENDICE

2871. I. **Mandatum pecuniæ credendæ.** — Nous avons déjà une idée de cette opération toute particulière au point de vue de l'*intercessio*. (N° 2439.) Mais il y a bien d'autres cas d'application, et nous dirons, d'une façon générale, qu'il y a *mandatum pecuniæ credendæ* toutes les fois que, sur mon ordre et à mes risques et périls, vous consentez à devenir créancier d'une personne déterminée.

2872. Ce mandat une fois exécuté, le mandataire est doublement garanti, car il peut actionner aussi bien le tiers avec lequel il a contracté que le mandant lui-même, le premier étant considéré comme le débiteur principal, et le second comme le débiteur accessoire.

2873. Le *mandatum pecuniæ credendæ* tend donc au même but pratique que la fidéjussion; il offre même le moyen d'échapper à la subtilité de certaines règles de la fidéjussion. Il offrait donc de véritables avantages pratiques, et c'est pourquoi la jurisprudence, qui avait tout d'abord hésité à valider une telle opération (sans doute parce qu'un tel mandat n'intéressait que le mandataire), finit par le consacrer complétement. (Gaïus, III, 156; § 6 de n. t.)

2874. En comparant le *mandatum pecuniæ credendæ* à la fidéjussion, nous allons voir que la consécration de la jurisprudence était fondée sur l'intérêt général, sur les avantages d'un tel mode d'intercession.

2875. 1° La fidéjussion se contracte *verbis;* or nous avons vu les dangers et les inconvénients de cette forme de contracter. — Le *mandatum pecuniæ credendæ*, au contraire, se forme sans aucunes solennités; il est d'un usage simple et facile, à la portée des muets, des sourds et des absents.

2876. 2° La fidéjussion est unilatérale et de droit strict, tandis que le *mandatum pecuniæ credendæ* est synallagmatique et de bonne

foi. De là deux conséquences : *A*. Le *mandator*, qui paye, peut exiger du mandataire la cession des actions qui lui appartiennent encore, et l'équivalent de celles que ledit mandataire a perdues par sa faute ; le fidéjusseur, au contraire, doit se contenter des actions qui restent au cautionné. (L. 13. D. 46, 1 ; L. 95, § 11. D. 46, 3.)

B. Lorsqu'il y a plusieurs *mandatores pecuniæ credendæ*, ils peuvent, quoique tenus *in solidum* (L. 59, § 3. D. 17, 1), demander la division entre tous ceux qui sont solvables, et ce droit découle de la nature même de leur situation à l'égard du créancier ; au contraire, ce bénéfice de division ne fut accordé aux fidéjusseurs que par Adrien. (L. 7. D. 27, 7.)

2877. 3° En raison de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, le fidéjusseur ne peut plus, *lite semel contestata*, demander qu'on lui cède les actions contre le débiteur principal et les autres fidéjusseurs. — Le *mandator*, au contraire, peut demander cette cession d'actions, même après qu'il a été condamné ou qu'il a désintéressé le créancier. (L. 95, § 10. D. 46, 3 ; L. 41, § 1. D, 8. 41.) — Toutefois il va sans dire que si l'un de plusieurs *mandatores* avait payé spontanément et sans réserve, les autres *mandatores* seraient libérés, et le *mandator* qui a payé ne pourrait plus exiger la cession d'actions que contre le débiteur principal. (L. 76. D, 46, 3.)

Les différences que nous venons d'examiner présentent toutes un certain avantage en faveur du *mandator*. En voici deux autres, qui indiquent des règles plus favorables au fidéjusseur qu'au *mandator*.

2878. 4° Le *mandator* peut moins facilement que le fidéjusseur invoquer les bénéfices extraordinaires qui pourraient être accordés au débiteur principal. Prenons le cas où un mineur de vingt-cinq ans, ayant emprunté de l'argent, est restitué *in integrum* : « *Perpendendum erit prætori, cui potius subveniat, utrum creditori an fidejussori : nam minor captus neutri tenebitur. Facilius in mandatore dicendum erit non debere ei subvenire : hic enim velut adfirmator fuit et suasor ut cum minore contraheretur.* » (L. 13, pr. D. 4, 4.)

2879. 5° Le débiteur et le fidéjusseur étant tenus de la même dette, la poursuite dirigée contre l'un libérait l'autre, par application de l'ancienne règle : « *Bis de eadem re agi non potest.* » Au contraire, l'obligation du *mandator* étant parfaitement distincte de celle du débiteur principal, la *litis contestatio* faite avec l'un d'eux ne libérera pas l'autre.

2880. *Remarque*. — Dans toute cette matière du *mandatum pecuniæ credendæ*, il faut, bien entendu, sous-entendre que le mandat que j'ai donné s'appliquait à une personne déterminée. En effet, si

j'avais donné à Titius mandat de prêter de l'argent, sans désignation d'emprunteur, il n'y aurait pas là un mandat proprement dit, mais un simple conseil, qui ne ferait naître pour ou contre moi aucune obligation. (L. 48, § 2. D. 17, 1.)

2881. Enfin le *mandatum pecuniæ credendæ*, à la différence de la fidéjussion, doit précéder le prêt à opérer par le mandataire. S'il ne le précédait pas, il serait impossible de voir là un véritable mandat : « *Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait. Plane, si, ut expectares nec urgeres debitorem ad solutionem, mandavero tibi ut ei des intervallum periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere.* » (L. 12, § 14. D. 17, 1.) Ainsi Titius a déjà prêté de l'argent à Mœvius, et je donne à Titius mandat de consentir ce prêt? Il est évident qu'il n'y a pas mandat, car ce n'est pas mon ordre qui a été la cause déterminante du prêt. Mais si je donne à Titius mandat d'accorder un délai à Mœvius, consentant à prendre les risques de l'argent prêté à ma charge, Ulpien pense que tous les risques de la créance doivent m'incomber. Ceci se comprend parfaitement, à mon sens, par cette raison fort simple, c'est que, à partir du moment où je donne mandat d'accorder un délai, c'est comme si le créancier avait, en un instant de raison, reçu le remboursement et prêté de nouveau en exécution de mon mandat. Dès lors il est logique de rentrer dans les règles du *mandatum pecuniæ credendæ*.

2882. II. **Procuratio in rem suam**; **cession d'actions**. — La *procuratio in rem suam* n'est autre chose que le mandat par lequel je charge un tiers d'intenter une action qui m'appartient, en le dispensant de me rendre compte. Ce mandataire garde donc pour lui ce qu'il touche ; il est du reste libre d'agir ou de ne pas agir : comme il a reçu mandat, il porte le nom de *procurator*; mais on ajoute *in rem suam*, parce que c'est comme sa propre affaire qu'il conduit, étant maître d'en faire ce que bon lui semble.

2883. Quelle fut l'origine de cette singulière situation? Elle fut le résultat de la rigueur des premiers principes, en ce qui concernait le transfert de certains droits. En effet, les créances étant essentiellement inaliénables, et les choses corporelles elles-mêmes ne pouvant être aliénées par le propriétaire qui ne les possédait pas, on tournait, en fait, ces difficultés, souverainement incommodes, de la façon suivante : Je confiais l'exercice du droit, que je ne pouvais directement transférer à la personne qui voulait l'acquérir, et d'avance je lui en abandonnais les résultats. C'était un mandat parfaitement valable, et, par suite de la dispense de rendre compte,

le mandataire pouvait agir comme si une véritable cession était intervenue. Dès qu'il agissait, l'effet novateur de la *litis contestatio* faisait que le droit déduit en justice devenait sien comme s'il lui eût toujours appartenu. (L. 4, § 5. D. 49, 1.) — « La *procuratio in rem suam*, dit M. Accarias (§ 640), est un véritable procédé de cession, et ce procédé s'applique tant aux actions réelles qu'aux actions personnelles ; mais tandis qu'à l'égard des actions réelles il est d'une utilité très-secondaire, attendu que presque toujours le propriétaire possède sa chose et peut l'aliéner directement, pour les actions personnelles, au contraire, il est d'une importance capitale et d'un fréquent usage, car le créancier n'a pas d'autre moyen de disposer de son droit sans le consentement de son débiteur... »

2884. Renvoyant, pour cette étude de la *cession de créance*, au savant chapitre dont nous venons de citer un extrait, nous dirons seulement que, dans le premier état du droit, ce procédé indirect de transporter une créance offrait de graves lacunes. En effet, cette cession détournée restait soumise aux règles particulières du mandat. C'est ainsi que si le cessionnaire est bien autorisé à poursuivre et à recevoir le payement (L. 13, § 1. D. 2, 14. L. 17, § 3. D. 12, 2), le cédant, de son côté, reste, en droit, maître de la créance, et le cédé son débiteur ; aussi le débiteur cédé pourra parfaitement se libérer en payant dans les mains du cédant; il pourra opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il a acquises contre le cédant; il peut être poursuivi par le cédant, qui demeure libre de révoquer la *procuratio in rem suam ;* enfin la mort du cessionnaire comme celle du cédant fait tomber la *procuratio.*

2885. On voit que la situation du cessionnaire était loin d'être tranquille. Mais toutes ces applications fâcheuses des règles du mandat, à une opération qui n'était qu'un vain simulacre de mandat, disparurent complétement avec l'époque classique, et le cessionnaire fut dès lors traité comme un véritable acquéreur dont le droit était garanti par des actions utiles. Mais sa sécurité n'était absolument complète que lorsqu'il avait signifié la cession au débiteur ; cette signification parait à un double danger : elle empêchait le cédé de prétendre qu'il avait payé aux mains du créancier primitif, ou conclu avec celui-ci quelque convention tendant à éteindre la dette, moyens de défense qui ne tombaient que devant la preuve contraire souvent difficile à fournir ; elle empêchait le cédé d'invoquer les exceptions qui se seraient produites, depuis la signification, à l'égard du mandant.

ARTICLE V. — APPENDICE

§ Ier. — PACTES.

I. — Théorie primitive des pactes. Premières modifications.

2886. Nous avons vu jusqu'ici, dans cette grande matière des obligations, que l'élément essentiel de tous les contrats était avant tout le consentement, l'accord des volontés. Mais nous avons vu aussi que cet accord des volontés ne produisait des effets juridiques, des contrats sanctionnés par des actions, qu'autant qu'il était corroboré par un élément matériel (contrat réel), par des paroles solennelles (contrat verbal), par une inscription spéciale (contrat littéral). De plus, nous avons vu que, dans les contrats consensuels, il n'y avait besoin d'aucun autre élément générateur que le consentement, que l'accord des volontés.

Or le pacte, dans un sens général, est tout accord de volontés ayant pour but immédiat de créer ou d'éteindre une obligation.

2887. Nous dirons donc que dans tout contrat il y a un pacte, mais que les Romains n'estimaient point qu'un consentement pur et simple, sans être revêtu d'une forme solennelle ou accompagné d'un élément matériel, offrît un caractère suffisant de certitude; aussi lui refusaient-ils en principe tout effet juridique : « *Ex pacto actio neque nascitur neque tollitur.* » (L. 6. D. 2, 14.)

Il est donc évident que, dans l'origine la plus reculée, on ne devait connaître que les contrats réels, le contrat *verbis*, le contrat littéral, et que les contrats consensuels (vente, louage, société, mandat) n'étaient point consacrés par le droit civil, car ils ne sont pas autre chose que des *pactes*.

2888. Mais, comme ces quatre opérations sont indispensables à un état social animé d'un certain mouvement des intérêts privés, on dut presque immédiatement soustraire ces quatre pactes au formalisme intraitable de la jurisprudence primitive, les rendre obligatoires, comme les trois premières classes de contrats. Il y eut donc, au bout de peu de temps, quatre classes de contrats sanctionnés par des actions, et la dernière de ces quatre classes fut si bien assimilée aux trois premières qu'on oublia complétement que les quatre conventions qui la composaient n'étaient point autre chose que des pactes.

Une classification rigoureuse rangerait donc la vente, la société, le louage et le mandat en tête des pactes consacrés par le droit civil.

2889. Les nécessités qui avaient fait valider ces quatre conventions se développant avec le progrès de la civilisation romaine, on fut conduit à sortir peu à peu, de plus en plus, des limites inflexibles du droit primitif.

C'est ainsi qu'après les contrats consensuels on décida : 1° que les pactes ajoutés *in continenti* à un contrat de bonne foi participeraient à la force et à la sanction du contrat lui-même (L. 7, § 5. D. 2, 14); 2° que certains pactes ajoutés *in continenti* à une dation seraient respectés; 3° qu'un pacte suffirait pour *éteindre ipso jure* les actions *furti* et *injuriarum* (L. 7, § 14; L. 17, § 1. D. 2, 14); 4° que le simple accord contraire des volontés, le simple dissentiment des parties suffirait, s'il se produisait avant tout commencement d'exécution, pour rompre les contrats consensuels. (§ 4. *Inst.*, III, XXIX.)

Ce mouvement continua d'ailleurs, et la pratique mit, au bout d'un certain temps, l'autorité du pacte en lutte avec l'autorité du contrat civil.

2890. Ici nous retrouvons l'action libérale et équitable du préteur, mais nous la trouvons toujours enveloppée dans un respect apparent des vieux principes. Ainsi, tout en déclarant d'une manière générale qu'il ferait respecter les pactes non contraires aux lois, aux mœurs ou à la bonne foi, le préteur permet seulement d'agir par voie d'*exception*, d'où résulte que si le pacte *de non petendo* est protégé d'une façon absolue, le pacte *ad obligandum* est presque toujours sans valeur ; car ce ne sera que dans des circonstances fort rares que le créancier, en vertu de ce pacte, ne pouvant agir directement, pourra invoquer une exception ; tel serait le cas où la personne qui s'est obligée *ex pacto* me payerait ce qui a été convenu, puis, s'apercevant qu'elle pouvait se dispenser de ce payement, voudrait répéter : cette répétition serait paralysée par l'exception *pacti conventi*.

2891. M. Accarias professe même que, du moment où le pacte *ad obligandum* pouvait, le cas échéant, fournir une exception, c'est qu'on y voyait réellement les éléments d'une obligation, et que pour être logique il fallait reconnaître que ce pacte engendrait une *obligation naturelle*. Il cite, comme preuves à l'appui de cette opinion, le *pacte d'intérêts* et les *promesses d'un esclave*, conventions qui, ne valant que comme pactes, emportent néanmoins obligation naturelle. — On combat cette doctrine par la loi 1, § 2 (D. 45, 1), d'après laquelle celui qui répond à l'interrogation d'un stipulant par un simple signe de tête affirmatif ne s'oblige ni civilement ni

naturellement; or un pacte se forme, puisque le pacte peut être tacite. (L. 2, pr. D. 2, 14.)

Laissant aux prises ces deux opinions, qui ne me paraissent pas offrir un grand intérêt pratique, continuons à suivre les progrès de la législation romaine quant à la consécration des pactes.

II. — **Pactes isolés.**

2892. Nous avons vu plus haut que la vente, le louage, la société et le mandat avaient purement et simplement le caractère de *pactes*, et ajoutons de *pactes isolés*, mais que, dès une haute antiquité, ils avaient été complétement consacrés par le droit civil.

2893. La constitution de dot, la donation elle-même et sous Justinien la convention de donner, ne sont autre chose que de simples pactes, mais consacrés par la loi ou les constitutions impériales. On les appelle pour cela *pactes légitimes*, et, à défaut d'une action spéciale, ils sont sanctionnés par une *condictio ex lege*.

2894. Le *constitut*, le serment extra-judiciaire, l'hypothèque sont de simples pactes; mais le préteur les a consacrés en les munissant d'actions, et il faut remarquer que non-seulement le pacte d'hypothèque est sanctionné par une action, mais qu'il produit, qu'il fait naître un *droit réel*, effet considérable qui n'est produit par aucun contrat.

2895. Enfin nous étudierons plus loin les *contrats innommés*, qui ne sont autre chose que des pactes rendus obligatoires par la jurisprudence, dès que l'une des parties a exécuté son obligation, et qui sont sanctionnés, suivant les cas, soit par l'action du contrat civil qui s'en rapproche le plus, soit par une action prétorienne qualifiée d'*actio in factum* ou *præscriptis verbis*.

2896. Toutes ces conventions sont des pactes isolés, qui ne se produisent ni médiatement ni immédiatement comme éléments modificatifs d'un contrat proprement dite. — En dehors de ces hypothèses, le pacte isolé, qui ne rentre ni dans les contrats consensuels, ni dans les pactes légitimes, ni dans les pactes prétoriens, ni dans les contrats innommés, est appelé *nudum pactum;* il ne produit aucune action, mais peut servir de base à une exception. (L. 7, pr. et § 4. D. 2, 14.)

III. — **Pacta adjecta.**

2897. Les pactes adjoints à une aliénation ou à un contrat sont ceux qui tendent à en modifier les effets naturels, c'est-à-dire à

augmenter ou à diminuer les obligations que ces actes produiraient par eux-mêmes.

2898. Un pacte peut être adjoint à une aliénation : « *In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est.* » (L. 48. D. 2, 14.) Il est assez probable que la même règle s'appliquait à la *mancipatio* et à l'*in jure cessio*. Il paraît même que la loi des Douze-Tables avait une disposition expresse pour confirmer de tels pactes. (*Frag. Vat.*, § 50.)

2899. Les *pacta adjecta* les plus intéressants sont ceux qui sont ajoutés à des contrats. Mais ici, pour mettre un peu de clarté dans nos explications, nous devons établir des divisions et des subdivisions.

2900. Il faut distinguer tout d'abord si le contrat, auquel le pacte est venu s'ajouter, est un contrat de bonne foi ou de droit strict ; puis, dans l'une et l'autre hypothèse, si le pacte est intervenu *in continenti* ou *ex intervallo*.

1° *Pactes ajoutés à un contrat de bonne foi.*

2901. *A*. PACTA ADJECTA IN CONTINENTI. — La règle générale est que les pactes ajoutés à un contrat de bonne foi, au moment même de la formation de ce contrat, en font partie : « *Insunt contractui, continentur contractu.* » Les obligations que ce pacte voulait créer sont sanctionnées par l'action même qui naît du contrat, et les obligations qu'il entendait supprimer sont réputées *ipso jure* n'avoir jamais pris naissance. Ainsi, non-seulement un tel pacte est protégé par voie d'exception, mais, fût-il dans l'intérêt du demandeur, l'exécution en est assurée au moyen de l'action née du contrat, comme l'exécution de ce contrat lui-même. Par exemple, si dans une vente il a été convenu que le vendeur, en cas d'éviction, paiera, au lieu du double, le *quadruple* du prix, c'est par l'action *empti* que l'acquéreur évincé poursuivra le payement de ce quadruple. Bien plus, si le pacte a pour objet la *résolution* même du contrat dans une hypothèse déterminée, c'est par l'action du contrat que la résolution sera poursuivie et obtenue. Ainsi nous avons vu, dans la *vente*, que la *lex commissoria* n'est autre chose qu'un pacte laissant subsister la vente comme pure et simple, mais permettant de faire rescinder la vente, au cas de non-payement dans un délai déterminé. Or, c'est par l'action *venditi* que le vendeur non payé à l'échéance poursuivra la résolution de la vente ; — et la preuve que c'est bien le pacte qui est ainsi protégé par l'action du contrat, c'est que l'empereur Alexandre permet au vendeur d'employer ou l'action *venditi*, ou l'action *præscriptis verbis*, laquelle est précisément destinée à corroborer les pactes. (V. contrats innommés.)

Ulpien précise, de la façon la plus nette, le caractère des *pacta, adjecta in continenti* aux contrats de bonne foi, dans le texte suivant : « *Interdum* PACTIO FORMAT IPSAM ACTIONEM, *ut in bonæ fidei judiciis. Solemus autem dicere* PACTA CONVENTA INESSE BONÆ FIDEI JUDICIIS. *Sed hoc sic accipiendum est ut, si quidem in continenti pacta subsecuta sunt,* ETIAM EX PARTE ACTORIS INSUNT... *Ea pacta insunt quæ legem contractui dant, id est quæ in ingressu contractus facta sunt.* » (L. 7, § 1. D. 2, 14.)

2902. *B.* PACTA ADJECTA EX INTERVALLO. — On distingue encore si ce pacte est intervenu *circa adminicula*, ou s'il est intervenu *circa substantialia*, ou, en d'autres termes, s'il touche à un élément essentiel du contrat, ou, au contraire, s'il ne modifie que certains points secondaires. — S'il est intervenu *circa adminicula*, par exemple, pour modifier le délai accordé à l'une des parties, nous dirons : Point d'action si le pacte aggrave la dette, à moins que le créancier ne trouve l'occasion de l'invoquer comme défendeur; efficacité du pacte, s'il tend au contraire à diminuer la dette, car, dans cet état de choses, il peut être invoqué par voie d'exception. (L. 72. pr. D. 18, 1; L. 7, § 5. D. 2, 14.)

2903. Mais si le pacte modifie des éléments essentiels du premier contrat, par exemple le prix de vente d'abord fixé, il aura toujours l'effet que les parties ont voulu produire, car il est considéré comme ayant pour ainsi dire substitué un nouveau contrat à l'ancien. Cette doctrine est enseignée par M. Demangeat (t. II, p. 402 à 405), et s'appuie sur la loi 72 pr., au *Digeste* (18, 1). Mais nous trouvons, sans vouloir entamer une discussion à ce sujet, que cette opinion doit être acceptée sous certaines réserves. Nous pensons notamment que cet effet réellement novateur du pacte ne se produira que si les choses sont encore entières, c'est-à-dire s'il n'y a pas eu de part ou d'autre un commencement d'exécution.

2904. Quoi qu'il en soit, et d'une façon générale, il est facile de comprendre la différence qui existe entre les effets du pacte adjoint *in continenti*, et les effets du pacte adjoint *ex intervallo*. Le premier, précédant ou suivant immédiatement le contrat (L. 3. C. 6, 58), n'en est en réalité qu'une clause, et souvent une clause essentielle. Sans lui, les parties n'auraient peut-être pas contracté, ou tout au moins auraient certainement contracté à des conditions différentes. Ce serait donc tromper l'attente des parties, violer leurs intentions, que de ne pas respecter autant que possible ce pacte, qui se confond avec le contrat lui-même. Quant au second, au pacte *ex intervallo*, il n'a certainement pas été la cause déterminante du contrat conclu à telle ou telle condition. Au moment de la conclusion de ce contrat,

les intentions des parties étaient parfaitement déterminées, et on ne trompe pas l'attente des contractants en se montrant plus rigoureux à l'égard du pacte qui veut plus tard modifier les conséquences du contrat primitif. De quoi d'ailleurs les contractants pourraient-ils se plaindre, puisqu'ils ont tant de moyens légaux de modifier les effets du premier contrat? S'ils ont recours au pacte, c'est qu'ils le veulent bien, et il n'y a pas là raison suffisante pour bouleverser les principes généraux sur l'inanité juridique des pactes. Toutefois, comme nous l'avons déjà dit, il y a eu réellement accord de volontés, et il entre dans la théorie des contrats de bonne foi de respecter cet accord, si, pour le faire, il n'est pas besoin de réclamer une action. Ces pactes seront donc, en tout cas, valables par voie d'exception.

2° *Pactes ajoutés aux contrats de droit strict.*

2905. *A.* PACTA ADJECTA IN CONTINENTI. — Le pacte ajouté *in continenti* à un contrat de droit strict offre plus de difficultés que le pacte ajouté dans les mêmes circonstances à un contrat de bonne foi. Étudions successivement les deux hypothèses où le pacte se trouve ajouté soit à une stipulation, soit à un *mutuum*.

2906. *a.* Pacte adjoint à une stipulation. — A peine Titius et Mœvius ont-ils fait une stipulation, qu'immédiatement ils tombent d'accord pour la modifier, par exemple en augmentant ou en diminuant l'obligation du promettant. — Cette convention sera-t-elle valable et efficace? Il semble hors de doute que les jurisconsultes romains avaient fini par admettre l'affirmative.

2907. Nous avons en effet la loi 1, § 3 (D. *De verb. obl.*), qui paraît absolument décisive : elle suppose que la réponse ne concorde pas avec l'interrogation, le promettant ayant introduit une certaine modification, et décide qu'il n'y a rien de fait, que la stipulation est nulle ; mais elle mitige immédiatement cette décision rigoureuse en disant : « *Nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit : tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur.* » En d'autres termes, voilà une stipulation sans valeur par suite du défaut de concordance entre la demande et la promesse ; mais si cette différence est immédiatement approuvée, c'est-à-dire si un accord des volontés se produit sur cette base différente, on supposera qu'une nouvelle stipulation est née. Or cet accord des volontés, approuvant le changement qui s'est produit, est-il autre chose qu'un pacte, et n'est-il pas remarquable que ce pacte, non-seulement soit respecté, mais encore soit muni de toute la force d'une stipulation régulière, en étant considéré comme vivifiant la stipulation nulle?

2908. On peut donc dire *à fortiori :* Si un pacte est assez puissant

pour suppléer à une stipulation nulle, comment pourrait-on prétendre que, se produisant immédiatement après une stipulation valable, il ne puisse en modifier valablement certaines conséquences, certains détails?

2909. Ce raisonnement de simple bon sens est du reste confirmé dans une loi célèbre (L. 40. D. 12, 1), ainsi conçue : « *Pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur.* » Rien de plus clair et de plus formel que ce texte. Il est vrai que certains interprètes ont prétendu que Paul, dans le texte que nous venons de citer, n'avait entendu parler que des pactes tendant à diminuer l'obligation, et non de ceux tendant à l'augmenter; qu'en conséquence de tels pactes pourraient valoir par voie d'exception, mais jamais par voie d'action.

2910. Il est parfaitement exact que, dans la discussion soutenue dans l'auditoire de Papinien, et à la suite de laquelle cette maxime fut soutenue par Paul, et prévalut, il s'agissait en fait d'une clause favorable au débiteur, c'est-à-dire diminuant les droits du créancier. Mais ce n'est là qu'un accident sans aucune portée sur le principe adopté, qui demeure dans toute sa généralité, à savoir : que le pacte, même *ad obligandum*, ajouté *in continenti* à une stipulation, se fond dans cette stipulation et doit être protégé par les mêmes actions [1].

Si nous envisageons l'état de la législation sous Justinien, ce

---

1. M. Demangeat s'est livré, sur ce point, à une argumentation savante, et je crois utile de reproduire la fin de sa discussion comme un modèle de dialectique rigoureuse : « Je vais plus loin, j'admets que Paul ait dit : « Le pacte « ajouté immédiatement à une stipulation est réputé en faire partie, en ce sens « que le débiteur à qui ce pacte est favorable n'a pas besoin d'une exception. » Paul n'eût-il pas dit autre chose, la logique nous forcerait à reconnaître que, si le pacte est favorable au créancier, le créancier peut agir en vertu de ce pacte. Voyez ce qu'on décide relativement aux pactes ajoutés aux contrats de bonne foi! Le pacte est-il ajouté *in continenti :* d'une part, on peut le faire valoir, quand on est demandeur, au moyen de l'action que produit le contrat; d'autre part, on peut le faire valoir, quand on est défendeur, sans le secours d'une exception : les deux choses vont de pair. Au contraire, le pacte est-il ajouté *ex intervallo :* d'une part, on n'aura pas d'action pour le faire valoir, et, d'autre part, si on peut le faire valoir comme moyen de défense, ce ne sera que *exceptionis ope*. Tout revient donc à ceci : le pacte fait-il corps avec le contrat, ou bien au contraire le pacte reste-t-il en dehors du contrat? Dans le premier cas, action au profit du créancier, ou libération *ipso jure* au profit du débiteur; dans le deuxième cas, point d'action pour le créancier, ou libération *exceptionis ope* pour le débiteur. Il y a là deux conséquences qui s'appellent l'une l'autre, qui ne peuvent exister l'une sans l'autre. Dès qu'on me dit que le promettant n'a pas besoin d'une exception pour invoquer le pacte, je conclus par induction que le pacte *contractui inest;* et, une fois admis que le pacte *contractui inest*, j'en conclus par déduction que le pacte sera exécutoire pour le créancier au moyen de l'action du contrat. » (T. II, p. 400.)

prince nous apprend que, dans l'usage quotidien, le créancier qui reçoit des fidéjusseurs ou des *correi promittendi* convenait avec les divers obligés que la poursuite exercée contre l'un d'eux ne libérerait pas les autres. Or l'admission d'un pacte si contraire aux anciens principes ne prouve-t-elle pas tout le respect qu'on avait acquis pour les pactes, et par conséquent ne peut-on pas dire que depuis longtemps déjà la stipulation, contrat de droit strict, était, sur ce point, entièrement assimilée aux contrats de bonne foi?

2911. *b*. Pacte adjoint à un *mutuum*. — Il faut bien distinguer le but du pacte intervenant au moment du *mutuum*. S'il a pour but de concéder un terme pour la restitution, d'autoriser l'emprunteur à s'acquitter par une série de remboursements partiels (L. 41, § 1. D. 22, 1), d'établir une corréalité entre plusieurs emprunteurs, etc., etc., il faudra dire qu'un tel pacte sera parfaitement valable, et opérera *ipso jure* (L. 29. D. 17, 1 ; L. 7. D. 13, 1) ; il en serait de même du pacte par lequel nous convenons que vous me rendrez moins que ce que je vous remets; ainsi je vous remets 10 et nous convenons que vous ne m'en rendrez que 8? Même *ipso jure*, et sans qu'il soit jamais besoin d'une exception, vous ne me devez que 8, car c'est cette somme seule que je suis réputé vous avoir remise à titre de *mutuum*, le *reste* étant considéré comme vous ayant été *donné* par moi. — Où les difficultés commencent, c'est dans la situation inverse : ainsi je vous remets 10, et nous convenons immédiatement que vous me rendrez 11. Ulpien est formel : « *Putat Proculus amplius quam decem condici non posse.* » Certains interprètes ont prétendu que cette décision ne s'appliquait qu'au *mutuum* de sommes d'argent. Mais il est plus sûr et plus conforme à la nature même du *mutuum* de généraliser cette règle et de l'étendre au prêt des autres choses. Il faut donc dire que l'empereur Philippe apporta une véritable dérogation aux principes, en permettant dans le prêt de denrées de convenir qu'une quantité plus grande sera restituée. (L. 23. C. 4, 32.) Nous n'insisterons pas davantage, renvoyant le lecteur aux n^os^ 2063 à 2066 inclus, qui contiennent une discussion complète de ces questions, ainsi que de celle des *intérêts*.

2912. *B*. PACTA ADJECTA EX INTERVALLO. — Un tel pacte, qu'il se rattache à une stipulation, à un *mutuum*, à un commodat, sera garanti au moyen d'une exception, quand il aura pour effet de diminuer l'obligation de l'une des parties : « *Ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta quæ postea interponuntur parere exceptiones.* » (L. 7, § 5. D. 2, 14.) — Si au contraire il tend à augmenter l'obligation de l'une des parties, il ne sera point garanti

par l'action du contrat : « *Pacta ex intervallo non inerunt, nec valebunt si agat, ne ex pacto actio nascatur.* » (L. 7, § 5. D. 2, 14.) Ajoutons que les principes généraux devaient permettre d'invoquer ce pacte *ad obligandum*, quand le demandeur se trouvait dans une situation telle qu'il pût le produire sous forme d'exception.

IV. — **Contrats innommés.**

2913. Cette expression sert à désigner certaines conventions, avec engagements réciproques, qui n'ont été ni classées ni reconnues par l'ancien droit. On les oppose ainsi naturellement aux contrats *nommés*, c'est-à-dire aux contrats qui ont été reconnus, et dont les effets ont été réglementés par le droit civil.

2914. Le contrat innommé repose essentiellement sur le principe suivant : un engagement réciproque étant intervenu, tant qu'il n'y a pas exécution de part ou d'autre, ce pacte est sans aucune valeur juridique ; mais dès que l'une des parties a exécuté ce qu'elle avait promis, l'autre partie se trouve tenue d'exécuter à son tour ce qu'elle a promis de son côté.

2915. On comprend très-bien que le nombre des contrats innommés est indéfini et qu'il n'a d'autres limites que les limites mêmes de l'imagination humaine. Nous avons vu la même chose dans la stipulation. — Toutefois, comme le contrat innommé repose sur une prestation faite en vue d'obtenir une prestation réciproque, et comme toute prestation consiste nécessairement à donner ou à faire, on comprend que toutes les combinaisons de contrats innommés peuvent se classer en quatre groupes : *do ut des ; do ut facias ; facio ut des ; facio ut facias*, selon que l'obligation de chacun consiste soit dans une dation, soit dans l'accomplissement d'un fait. (L. 5, pr. D. 19, 5.) En lisant ces formules, on comprend que les contrats innommés soient considérés comme formés *re ;* en effet, le mot *res* peut s'appliquer aussi bien à une dation qu'à l'accomplissement d'un fait [1], et c'est précisément la réalisation de cette *res*, ainsi comprise, qui donnera au pacte toute sa valeur obligatoire.

2916. Ainsi, point de question tant qu'il n'y a eu aucune exé-

---

1. Il faut préciser une fois pour toutes la véritable signification des mots *dare*, *facere*. — DARE désigne toute aliénation consacrée par le droit civil, que la chose aliénée soit la propriété ou ses démembrements, voire même un fonds provincial, un droit réel d'origine prétorienne, ou un droit réel civil constitué par un mode prétorien. — FACERE désigne tous les faits juridiques, comme l'acceptilation, la stipulation ou même un affranchissement, ainsi que les faits non juridiques appréciables en argent.

cution, tant que les choses sont entières : on se trouve en présence d'un pacte dépourvu d'effet juridique. Mais dès que l'une des parties a pris l'initiative d'exécuter sa promesse, la situation change en devenant plus délicate.

2917. Tout d'abord la jurisprudence ne voulait pas consacrer ces conventions; mais comme, d'un autre côté, on ne pouvait refuser toute force obligatoire à la convention, sans manquer à deux principes formellement reconnus par le droit civil : que nul ne doit s'enrichir injustement du bien d'autrui, ni occasionner à autrui un préjudice par son manque de foi, la jurisprudence accordait à la partie, qui avait rempli son engagement, une action en répétition par laquelle, suivant les circonstances, elle rentrait dans le droit aliéné ou obtenait le rétablissement du droit éteint. Cette action portait le nom de *condictio causa data, causa non secuta* ou *condictio ob causam datorum*. Mais on comprend que, loin d'assurer l'exécution de la convention, elle l'annulait dans toutes ses conséquences : en un mot, elle replaçait les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la convention ; c'était une sorte de *restitutio in integrum*. (D. 12, 4. C. 4, 6.)

2918. On comprend facilement qu'une telle situation ne pouvait subsister longtemps sans être modifiée dans un sens plus conforme à l'équité et à l'intention des parties. En effet, suffisante toutes les fois qu'il s'agissait de la dation d'une chose ou de l'extinction d'un droit susceptible de rétablissement, la *condictio ob causam datorum* n'avait plus d'utilité, s'il s'agissait de faits matériels accomplis, de services rendus, de pertes subies par la partie qui avait exécuté la convention. — C'est cette nécessité qui conduisit progressivement à la théorie des contrats innommés.

2919. Elle apparut tout d'abord et triompha dans les hypothèses *do ut des, do ut facias*. C'est le jurisconsulte Ariston qui la formula le premier au commencement du second siècle. Dans toute dation tendant à obtenir une autre dation, ou un fait, il reconnut une cause d'obligation aussi efficace que dans les contrats nommés. (L. 7, § 2. D. 2, 14.) Toutefois Ariston lui-même n'appliquait cette théorie qu'aux pactes adjoints à une dation; frappé sans doute de ce que, à la différence de la dation, qui est essentiellement un acte juridique toujours protégé par le droit civil, il n'en est pas de même des *faits*, qui la plupart n'ont aucun caractère juridique et ne peuvent par conséquent communiquer au pacte un caractère qu'ils ne possèdent pas eux-mêmes, Ariston n'appliquait pas sa doctrine aux hypothèses *facio ut des, facio ut facias*.

2920. Mais l'impulsion était donnée, et nous allons voir la

théorie des contrats innommés se développer dans la lutte de deux grandes écoles, les Sabiniens et les Proculiens.

2921. Les Proculiens, toujours plus amis des innovations, proposaient, non plus de faire restituer l'avantage procuré, ce qui était précisément la négation de l'élément obligatoire de la convention, mais d'assurer purement et simplement l'exécution de celle-ci. A cet effet, ils introduisirent une action désignée, tantôt sous le nom d'*actio præscriptis verbis*, tantôt sous le nom d'*actio in factum*, tantôt sous le nom d'*actio in factum præscriptis verbis*. (L. 1, § 1 ; L. 22. D. 19, 5.) C'est là précisément qu'intervint, de la façon la plus utile, la doctrine d'Ariston. En effet, ayant compris, ainsi que nous l'avons dit plus haut, que l'exécution d'une partie de la convention par l'une des parties pouvait être assimilée à la *res* des contrats réels, on considéra cette exécution comme une *causa civilis* suffisante, vivifiant le reste de la convention, c'est-à-dire, rendant obligatoires les engagements de la partie qui n'a point encore exécuté. C'est ainsi que, par une interprétation très-ingénieuse mais très-juridique de la situation, on put munir le pacte d'une action proprement dite. (L. 7, §§ 1 et 4. D. 2, 14.)

2922. Les Sabiniens au contraire s'en tenaient à la rigueur des premiers principes, et repoussant la *causa civilis* sur laquelle s'appuyaient les Proculiens ils n'admettaient point l'*actio præscriptis verbis*, et s'en tenaient à l'*actio causa data, causa non secuta*. Mais, ce faisant, ils se heurtaient aux difficultés que nous avons signalées, quand la répétition n'était pas possible, quand il y avait à indemniser la partie qui avait exécuté la convention. Pour se soustraire à ces difficultés, ils employaient l'expédient suivant : ils étudiaient la convention et cherchaient à y trouver des caractères qui leur permissent de l'assimiler à quelqu'un des contrats nommés, reconnus par le droit civil. Cette assimilation se faisait, on peut bien le deviner, de la façon la plus large. Quoi qu'il en soit, une fois cette assimilation trouvée, ils gratifiaient la convention des actions appartenant au contrat nommé avec lequel elle offrait cette analogie. — Dans beaucoup de cas, cet expédient réussissait, et, par exemple, la convention spéciale appelée *échange* était munie des actions de l'*emptio venditio*. Mais quelquefois aussi certaines conventions se refusaient à toute assimilation, et les Sabiniens se trouvaient encore obligés de recourir à un nouvel expédient : cet expédient était l'emploi de l'action de *dol*, basée sur ce qu'il y a dol à s'enrichir aux dépens d'autrui, ou à porter à autrui un préjudice par son manque de foi. (L. 5, §§ 2, 3. D. 19, 5.) — Mais cette action offrait elle-même des inconvénients; notamment elle n'existait que

sous certaines conditions déterminées, et n'était donnée contre les héritiers que jusqu'à concurrence du profit qu'ils avaient retiré du dol de leur auteur. C'est ce qui explique pourquoi la doctrine des Proculiens finit par prévaloir, et comment l'action *præscriptis verbis* fut généralement admise comme sanctionnant les contrats innommés et en dérivant.

2923. Toutefois il faut remarquer que, si cette action toute spéciale s'étendit sans difficulté des contrats innommés *do ut des*, et *do ut facias* aux contrats innommés *facio ut facias*, la plupart des jurisconsultes, même au commencement du troisième siècle, refusaient de voir un contrat dans l'hypothèse *facio ut des*, et se contentaient de donner à l'auteur du fait l'action *de dolo*. (L. 5, § 3; L. 16, § 1. D. 19, 5; L. 4. C. 2, 4; L. 4. C. 2, 21.) Quelques commentateurs pensent qu'il en fut toujours ainsi, mais il est difficile d'admettre cette opinion, surtout si l'on considère qu'il n'y avait aucune bonne raison pour que l'exécution d'un fait ne rendît pas obligatoire une convention de donner, tout aussi bien qu'une convention de faire. Il est donc probable que l'assimilation des quatre hypothèses devint complète.

2924. Quoi qu'il en soit, l'action *præscriptis verbis* n'est pas toujours la seule qu'engendre le contrat innommé. On distinguait, dans la théorie nouvelle, si c'était une dation ou un fait qui donnait naissance au contrat : dans le premier cas, le créancier a le choix, et peut employer soit la *condictio ab causam datorum*, soit l'action *præscriptis verbis* (L. 5, §§ 1 et 2. D. 19, 5); dans le second, le créancier aura seulement l'action *præscriptis verbis* (L. 25. D. 19, 5). On peut se demander, dans la première hypothèse, quel intérêt peuvent présenter pour le créancier deux actions différentes, puisque, somme toute, chez les Romains, toutes les actions conduisent nécessairement, et en dernière analyse, à une condamnation pécuniaire. — Voici en deux mots l'intérêt très-réel que le créancier peut avoir à choisir l'une ou l'autre de ces deux actions : l'une, la *condictio causa data*, qui tend à la restitution de la chose, aboutit, à défaut de restitution, à une condamnation dont le montant est précisément égal à la valeur de la chose livrée, au jour de la condamnation. Si donc, depuis la livraison, la chose livrée a acquis une plus-value importante, ou si, dans le contrat *do ut des*, la chose due a subi des détériorations, ou si enfin, dans le contrat *do ut facias*, le fait à exécuter ne produirait qu'un avantage médiocre, le créancier aura un avantage très-réel à rentrer en possession de sa chose ou de sa valeur, l'exécution du contrat ne présentant plus les mêmes avantages que ceux qu'il en avait espérés. — Si, au contraire, le créan-

cier trouve que l'exécution du contrat offre des avantages, il intentera l'action *præscriptis verbis*.

2925. Du reste, il faut bien remarquer que l'action *ob rem dati* n'est recevable qu'à partir du jour où l'action *præscriptis verbis* le serait elle-même, c'est-à-dire lorsque le débiteur a laissé passer le délai pendant lequel il pouvait se libérer. D'un autre côté, elle disparaît comme l'action *præscriptis verbis* elle-même, si, par suite d'un cas fortuit, l'exécution de l'obligation devient impossible. (L. 10, C. 4, 6.) Ainsi je vous ai donné Pamphile, pour que vous me donniez Stichus. Stichus venant à mourir, vous demeurerez propriétaire de Pamphile, et je ne pourrai rien vous réclamer. C'est là une décision très-correcte en droit, et qui résulte de ce que, dans la théorie nouvelle, le contrat étant valable, c'est Stichus qui doit m'être livré, et les risques sont indirectement à ma charge.

2926. Parmi les contrats innommés, Justinien cite seulement l'*æstimatum* et l'échange, et c'est sur ces deux conventions que nous allons donner quelques explications. Mais on pourrait encore citer plusieurs autres contrats innommés, qui, ainsi que l'échange et l'*æstimatum*, ont reçu un nom déterminé dans la pratique et la langue vulgaire : tels sont le précaire et la transaction. Nous avons déjà étudié le *précaire*, et nous étudierons la *transaction* dans les modes d'extinction des obligations.

2927. Il y a *æstimatum*, ou contrat estimatoire, quand je vous charge de vendre une chose, et que vous vous engagez à me rendre ou cette chose elle-même, ou son estimation, dès à présent convenue. Cette opération qui ressemble à la vente, à la *locatio operis faciendi*, à la *locatio operarum* et au mandat, diffère de ces quatre contrats : de la vente, car l'acheteur ne peut être libre de restituer la chose achetée; de la *locatio operis faciendi* et de la *locatio operarum*, en ce qu'il n'y a pas de rémunération convenue, ni même certaine ; du mandat, en ce qu'il peut y avoir un bénéfice pour l'*accipiens*. — On a donc fait de cette convention un contrat innommé.

2928. Quant aux risques de la chose livrée pour être vendue ou restituée, on fait des distinctions subtiles : si c'est l'*accipiens* qui a offert ses services, il est responsable même des cas fortuits ; s'il n'a fait que satisfaire au désir du *tradens*, il ne répond que de son dol ; si l'initiative ne part ni de l'un ni de l'autre, ou de tous deux simultanément, l'*accipiens* est tenu de son dol et de sa faute. (L. 17, § 1. D. 19, 5 ; Paul, 2, 4, § 4.)

2929. Nous savons déjà ce qu'est l'échange, et nous nous contentons de renvoyer aux n^os^ 2664 et suivants.

2930. Ajoutons que, dans l'échange, le créancier peut choisir entre la *condictio causa data*, et l'action *præscriptis verbis*, suivant qu'il désire annuler les effets de la convention ou au contraire en assurer l'exécution. — Ce choix n'appartient pas au vendeur.

(On lira, avec grand profit, sur cette matière intéressante des contrats innommés, les n^os^ 648 à 654 inclusivement du Précis de M. Accarias, et mieux encore son ouvrage intitulé : *Théorie des contrats innommés.*)

SECTION II. — OBLIGATIONS QUI NAISSENT QUASI EX CONTRACTU

(*Inst.*, III, XXVII.)

« Pr. Après avoir énuméré les différents genres de contrats, nous allons examiner les obligations qui à proprement parler ne naissent pas d'un contrat, mais qui, ne résultant pas non plus d'un délit, semblent naître d'un contrat. »

2931. Les deux sources principales des obligations sont les contrats et les délits ; nous venons de terminer l'étude des premiers et nous approchons de l'étude des seconds. Mais il y a certains faits qui ne sont ni des contrats ni des délits, et qui néanmoins produisent certaines obligations ; or, suivant que ces faits ont de l'analogie avec un contrat ou avec un délit, on dit que l'obligation qui en résulte naît *quasi ex contractu...*, *quasi ex delicto*. C'est par une expression incorrecte, mais plus commode, que l'on dit : les *quasi-contrats*, les *quasi-délits*. Il est naturel de placer l'étude des *quasi-contrats* après celle des contrats, et l'étude des *quasi-délits* après celle des délits.

2932. Il faut noter immédiatement qu'en droit français on appelle *quasi-contrats* les faits volontaires et licites qui produisent certaines obligations. En droit romain, au contraire, l'obligation naît *quasi ex contractu*, alors même qu'elle ne dérive d'aucun fait volontaire. Il en résulte que la classe des quasi-contrats romains comprend tout d'abord les quasi-contrats français, et de plus les engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi.

2933. Les *Institutes* énumèrent cinq cas distincts dans lesquels une obligation naît *quasi ex contractu*. Ce sont : 1° la *gestion d'affaires*; 2° la tutelle et la curatelle ; 3° la communauté ou indivision ; 4° l'acceptation d'une hérédité ; 5° le payement de l'indu.

Reprenons ces cinq sources d'obligations :

CHAPITRE PREMIER

GESTION D'AFFAIRES

(*Inst.*, III, XXVII.)

« § 1. Ainsi, lorsque quelqu'un a géré les affaires d'un absent, il en résulte de part et d'autre, des actions que l'on appelle actions de gestion d'affaires (*actio negotiorum gestorum*). Le maître dont l'affaire a été gérée a contre le gérant d'affaires l'action *negotiorum gestorum* directe ; et le gérant a contre

le maître l'action *negotiorum gestorum* contraire. Il est évident que ces actions existent sans contrat, puisqu'elles n'ont lieu qu'autant qu'on a géré spontanément, et sans mandat, les affaires d'autrui : celui dont l'affaire a été gérée est obligé à son insu. Cela a été admis par un motif d'utilité : il ne fallait pas en effet laisser à l'abandon les affaires de ceux que des circonstances pressantes peuvent forcer à se mettre en voyage sans avoir eu le temps de confier à quelqu'un l'administration de leurs biens : or nul n'eût voulu s'en charger, s'il n'y avait aucune action au moyen de laquelle le gérant pût recouvrer ses avances. De même que la gestion oblige le maître envers celui qui a géré utilement ses affaires ; de même, réciproquement, le gérant est tenu de rendre compte de son administration. Le gérant, en rendant son compte, doit être en mesure de justifier qu'il a mis, dans tous les actes de sa gestion, la diligence la plus exacte : il ne suffit pas en effet qu'il ait donné aux affaires d'autrui les mêmes soins qu'aux siennes propres, si un autre, plus diligent, eût pu administrer d'une manière plus profitable. »

ARTICLE Ier. — DÉFINITIONS ET GÉNÉRALITÉS.

2934. Il y a gestion d'affaires, *negotiorum gestio*, toutes les fois qu'une personne, *negotiorum gestor*, s'ingère dans les affaires d'une autre personne, sans mandat du principal intéressé, *dominus*, à son insu, mais toutefois dans l'intention de lui rendre service. Nous disons : « à *l'insu du dominus;* » en effet, si le *dominus* connaissait l'intervention du gérant et ne s'y opposait pas, il n'y aurait plus gestion d'affaires, mais mandat tacite.

2935. La *negotiorum gestio* offre donc de grandes analogies avec le mandat. Aussi elle engendre deux actions : l'action *negotiorum gestorum directa*, donnée au *dominus* contre le gérant, pour forcer celui-ci à rendre compte de son *administration;* l'action *negotiorum gestorum contraria*, donnée au *negotiorum gestor* contre le *dominus*, pour se faire indemniser de toutes les dépenses nécessaires ou utiles qu'il a faites.

2936. Il faut remarquer que ces deux actions n'ont été créées qu'en vue de l'intérêt général, pour protéger les biens des absents qui n'ont point laissé de mandataire général. D'une part, en effet, si le *negotiorum gestor* n'était pas tenu de rendre compte, par l'action *directa*, on pourrait craindre l'intervention maladroite, imprudente ou frauduleuse des tiers, dans la gestion des biens des absents; et, d'autre part, sans le recours qui est accordé au gérant, quand il a bien administré, par l'action *contraria*, on serait peu disposé à s'intéresser aux intérêts des absents; il y aurait à craindre « *ne absentium, qui, subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia.* » (L. 1. D. 3, 5; L. 5, pr. D. 44, 7.)

ARTICLE II. — CONDITIONS NÉCESSAIRES A LA FORMATION DU *QUASI-CONTRAT* DE GESTION D'AFFAIRES.

2937. D'après ce qui vient d'être dit, on voit que la formation du contrat de gestion d'affaires est soumise à plusieurs conditions.

§ Ier. — PREMIÈRE CONDITION

2938. Il faut tout d'abord que les actes de gestion se réfèrent au patrimoine d'un tiers, et soient accomplis dans l'intérêt de ce tiers. — De là plusieurs hypothèses :

2939. I. J'ai fait par erreur ma propre affaire, croyant faire la vôtre? — Il n'y aura pas *negotiorum gestio* (L. 6, § 4. D. 3, 5.). La question devient plus délicate dans le cas où l'affaire gérée intéresse simultanément le gérant et un tiers. Les Romains distinguaient : Si l'opération peut se scinder en deux parties distinctes, c'est-à-dire si le gérant a pu complétement séparer son intérêt de celui du tiers, il n'y aura aucun inconvénient à appliquer les règles de la gestion d'affaires à la portion des opérations qui intéresse exclusivement le tiers. Si, au contraire, les intérêts sont indivisibles, par exemple si les opérations concernent une propriété indivise entre le gérant et un tiers, ce dernier ne pourra être tenu de l'action *negotiorum gestorum contraria*, ni intenter l'action *negotiorum gestorum directa;* en d'autres termes, il n'y aura pas *gestion d'affaires.* (L. 6, §§ 2 et 7, D. 10, 2; L. 9, § 4. D. 42, 5.)

2940. II. A l'inverse, j'ai pu, croyant faire ma propre affaire, faire en réalité la vôtre? — Ici l'élément caractéristique de la gestion d'affaires, « l'intention de rendre service à autrui, » fait défaut, et l'on décide que les actions *negotiorum gestorum directa* et *contraria* ne prendront pas naissance : « *Hoc casu ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui.* » (L. 14, § 1, D. 10, 3.) Mais comment se règleront les recours réciproques qui doivent bien s'exercer, puisque, somme toute, il y a eu gestion de fait? Le voici : le *dominus* pourra invoquer la maxime que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (L. 206, *De reg. jur.*), et, en conséquence, il aura une *condictio* pour dépouiller le gérant du profit qu'il a réalisé, sans être d'ailleurs admis à critiquer la gestion. (L. 23, D. 12, 1.) Quant au gérant, il recouvrera ses dépenses utiles, toutes les fois qu'il peut le faire au moyen d'une exception de dol. Tel est le cas où il possède encore la chose sur laquelle il a fait des dépenses : à la revendication du *dominus*, il opposera

l'exception de dol, car il y aurait dol de la part du *dominus* à réclamer sa chose sans rembourser au gérant les dépenses utiles. Mais si cette situation favorable ne se présente pas, si le gérant ne possède plus, il n'aura aucune action. C'est une décision inique, mais qui ne nous surprendra pas, car nous l'avons déjà trouvée dans une autre matière. (*Accession*, nos 964, 976, 3°.)

2941. C'est probablement cette situation injuste qui avait frappé le jurisconsulte Africain, lequel paraît bien admettre les actions *negotiorum gestorum directa* et *contraria*, au moins comme actions utiles, dans l'hypothèse que nous examinons en ce moment : « Si l'acheteur de mon esclave a vendu une chose que cet esclave m'avait dérobée, et si cette chose est venue à périr, l'action *negotiorum gestorum* doit m'être donnée pour me faire tenir compte du prix, comme elle me serait donnée si tu avais fait ma propre affaire, croyant qu'elle était tienne. Réciproquement, la même action te serait donnée contre moi, si, croyant tenir une hérédité qui m'appartient, tu as payé les legs de tes propres choses, de telle façon que je sois libéré. » (L. 49. D. 3, 5.)

2942. Mais cette opinion d'Africain ne fut pas suivie ; bien plus, ce jurisconsulte paraît se donner à lui-même un démenti en rapportant la loi 23, qui contient l'opinion de Julien d'après laquelle le *dominus* a contre le gérant une *condictio*, ce qui est précisément exclusif de l'idée de gestion d'affaires.

2943. III. Croyant faire l'affaire de Titius, j'ai en réalité fait celle de Mœvius ? L'intention de rendre service existait et a été réalisée ; l'élément essentiel de notre contrat se rencontre donc, et comme j'ai parfaitement eu l'intention d'obliger quelqu'un envers moi, l'erreur sur la personnalité du *dominus* ne peut aucunement empêcher la formation du contrat : « *Cum puto rem Titii esse quæsit Mœvii..., id ago ut alium mihi obligem, et negotiorum gestorum actio datur adversus eum cujus negotia curavi cum putarem alterius ea esse.* » (L. 14, § 1. D. 10, 3 ; L. 5, § 1 et L. 45, § 2. D. 3, 5.) — Il faut assimiler à cette erreur sur l'identité de la personne du *dominus* le cas où je me figure agir en vertu d'un mandat qu'en fait le *dominus* ne m'a pas donné, et le cas où, en gérant l'affaire du *dominus*, j'ai en même temps voulu exécuter un mandat à moi donné par une tierce personne. (L. 29 pr. D. 10, 3 ; L. 3, § 11. D. 3, 5.)

2944. IV. Si un tiers s'immisce dans mes affaires, non pour m'obliger, mais pour s'enrichir à mes dépens, les jurisconsultes romains accordent les actions de la *negotiorum gestio*, mais avec certaines restrictions : quoique ce *negotiorum gestor* ait agi dans son intérêt, il aura contre moi l'action *negotiorum gestorum contraria*, non plus

pour se faire rembourser toutes ses dépenses, mais seulement pour se faire rembourser ce dont je me suis enrichi par son fait. En effet, il est de principe essentiel que je ne dois jamais m'enrichir aux dépens d'autrui. Par contre, j'aurai contre lui l'action directe de gestion d'affaires, pour le forcer à me rendre compte : « *Si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione sed lucri sui causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse : qui enim deprædandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, imo magis, et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem.* » (L. 6, § 3. D. 3, 5.)

§ II. — DEUXIÈME CONDITION

2945. Il faut, en second lieu, pour que le quasi-contrat de gestion d'affaires prenne naissance, que j'aie agi à l'insu, sans le consentement du *dominus*. Autrement il y aurait mandat tacite. (L. 60. D. 50, 17.) Pas de difficulté.

2946. Mais que décider si le gérant a agi contre la volonté du *dominus*? Sans aucun doute, ce gérant obstiné est soumis, de la part du *dominus*, à l'action *negotiorum gestorum directa*, mais réciproquement pourra-t-il exercer l'action contraire? Justinien (L. 24. C. 2, 19) nous apprend que certains jurisconsultes accordaient au gérant cette action, les uns comme action directe, les autres comme action utile; mais cet empereur se montre plus sévère, et, suivant en cela l'opinion de Julien, décide que le gérant n'a aucune espèce de recours pour tous les actes qu'il a faits depuis que l'opposition du *dominus* lui a été signifiée par écrit ou devant témoins. C'est très-équitable, et le gérant serait mal fondé à se plaindre, puisqu'il était averti du danger qu'il courait en continuant ses opérations contre la volonté du *dominus*.

2947. Ceci nous conduit à étudier, *a contrario*, l'effet de la ratification, par le *dominus*, des actes passés par le *negotiorum gestor*. — Les jurisconsultes n'étaient pas d'accord : Ulpien semble admettre que la ratification équivaut rétroactivement à un mandat : « *Semper, qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur*; *sed et* SI QUIS RATUM HABUERIT *quod gestum est*, OBSTRINGITUR MANDATI ACTIONE. » (L. 9. D. 3, 5.) Scévola est d'un avis différent; suivant lui, la ratification n'a d'autre effet que de rassurer le gérant sur la façon dont sa gestion sera interprétée; mais l'opération garde tous les caractères de la gestion d'affaires, et les actions *negotiorum gestorum di-*

recta et *contraria* peuvent seules être données, car ce n'est pas en vertu d'un mandat que le gérant a agi. (L. 9. D. 3, 5.)

2948. On propose de concilier ces deux opinions en disant que la ratification du *dominus* ne peut avoir d'effet que contre lui. Dès lors, il ne pourra agir contre le gérant que par l'action *negotiorum gestorum directa;* mais le gérant pourra user, contre le *dominus*, soit de l'action contraire de gestion d'affaires, soit de l'action contraire de mandat.

2949. *Remarque.* — Nous venons de voir que la gestion d'affaires ne garde ce caractère que si elle intervient à l'insu du *dominus*. Il en résulte donc que, pour la formation de ce quasi-contrat, l'intervention dudit *dominus*, loin d'être utile, serait nuisible. Ce qui constitue la base du lien juridique qui va résulter de cette gestion, c'est précisément cette bonne gestion elle-même : « *Ii quorum negotia gesta sunt, etiam ignorantes obligantur.* » Nous dirons donc que le *negotiorum gestor* jouira de son action, alors même qu'il s'est appliqué aux affaires d'un fou ou d'une hérédité jacente. Que décider s'il s'agit des affaires d'un pupille? Il faut distinguer : si je me suis occupé des affaires d'un pupille, dans l'intérêt seul de ce dernier, comme il est de principe qu'un tiers, par un acte de sa volonté, ne peut obliger le pupille sans l'autorisation du tuteur, on dira qu'il pourra seulement recourir contre le pupille dans la limite de l'enrichissement qu'il lui a procuré. Mais si j'ai entendu prendre les intérêts du tuteur, en le préservant de la responsabilité que sa négligence lui aurait fait encourir, je serai parfaitement considéré envers ce tuteur, comme un véritable *negotiorum gestor* : « *Si pupilli tui negotia gessero, non mandatu tuo, sed ne tutelæ judicio tenearis, negotiorum gestorum te habebo obligatum; sed et pupillum modo si locupletior factus fuerit.* » (L. 6, pr. D. 3, 5.)

ARTICLE III. — DIFFÉRENCES ET RESSEMBLANCES ENTRE LA GESTION D'AFFAIRES ET LE MANDAT.

2950. La gestion d'affaires ressemble complétement au mandat, quant aux obligations générales qui en dérivent, si bien que ce quasi-contrat deviendrait immédiatement un mandat proprement dit, si le *dominus* connaissait et supportait l'intervention du gérant.

2951. La grande différence entre ces deux obligations réside donc dans cette ignorance où le *dominus* doit être de l'intervention du *negotiorum gestor*, pour qu'il y ait quasi-contrat de gestion d'affaires. Après cette différence fondamentale, il ne reste plus que quelques points peu importants à noter. Les voici : 1° la mort du mandant

met fin au mandat; la mort du *dominus*, au contraire, laisse le *negotiorum gestor* obligé de terminer l'affaire dont il s'est chargé. (L. 21, §2, D. 3, 5.)— 2° Plus sévèrement traité que le mandataire, le *negotiorum gestor* répond de toute faute que n'eût point commise un père de famille diligent. (L. 22. C. 2,19.) Mais il n'est pas tenu des cas fortuits. Il faut remarquer cependant que le gérant ne serait responsable que de son dol, lorsque son intervention a eu pour but d'éviter une perte au-*dominus;* mais, à l'inverse, il serait tenu même des cas fortuits, si les actes qui les ont occasionnés n'étaient pas dans les habitudes du maître. (L. 11. D. 3, 5.)— 3° Le mandataire peut recourir, contre son mandant, pour toutes les dépenses qu'il a faites en accomplissant ce dont il était chargé, lors même qu'en réalité ces dépenses n'étaient point utiles au mandant. Le *negotiorum gestor*, au contraire, ne peut réclamer que les dépenses utiles. Il faut remarquer d'ailleurs que son droit demeure acquis, par cela seul que « *utiliter gessit ab initio* », quand bien même le *dominus* n'aurait en définitive retiré aucun profit de la gestion; il faut pour cela que cette gestion ait eu, dès le début, un caractère évident d'utilité : « *Qui negotiorum gestorum agit, non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utitur;* SED SUFFICIT SI UTILITER GESSIT ETSI EFFECTUM NON HABUIT NEGOTIUM. *Et ideo, si insulam fulsit vel servum ægrum curavit, etiamsi insula exusta est, vel servus obiit, aget negotiorum gestorum. Idque et Labeo probat... Ego quæro, quid si putavit se utiliter facere, sed patrifamilias non expediebat? Dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem :* UT ENIM EVENTUM NON SPECTAMUS, DEBET UTILITER ESSE COEPTUM. » (L. 10 §1, D. 3,5.)

CHAPITRE II

TUTELLE ET CURATELLE

§ 2. « Les tuteurs sont soumis à l'action de tutelle ; et, cependant, ils ne sont point obligés par contrat, puisque aucun contrat ne peut intervenir entre le pupille et son tuteur ; et comme, d'un autre côté, l'obligation du tuteur ne procède pas d'un délit, on dit qu'il est obligé comme il le serait par un contrat. Au reste, la tutelle engendre des actions réciproques : car, si le pupille a l'action de tutelle contre son tuteur, celui-ci a, de son côté, contre le pupille, l'action de tutelle contraire, quand il a fait des avances, contracté des obligations ou engagé ses biens dans l'intérêt du pupille. »

2952. Nous n'avons pas de longues explications à donner, et il suffira de se reporter au tome I^er^. (N^os^ 764, 765.)

2953. I. Disons seulement qu'aucun contrat n'intervient entre

le tuteur et le pupille ; que d'un autre côté le tuteur, tenu de l'action de tutelle, n'est pas obligé par suite de délits : il faut donc en conclure qu'il est obligé *quasi ex contractu.*

2954. Nous savons que le pupillé a contre le tuteur l'action *tutelæ directa*, pour le forcer à rendre compte de son administration, et que le tuteur, de son côté, a, contre son pupille, l'action *tutelæ contraria*, pour se faire indemniser par lui des dépenses faites, des obligations contractées, des hypothèques données, dans l'intérêt dudit pupille. — Il faut même remarquer que cette action *tutelæ contraria* a été admise par dérogation au principe général suivant lequel un pupille ne peut s'obliger sans le consentement de son tuteur; mais il y avait là un intérêt général, celui même des pupilles, à sauvegarder : « *Quanquam enim sine tutoris auctoritate pupilli non obligentur, nec in rem suam tutor obligare pupillum possit, attamen receptum est ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur, ex administratione scilicet. Etenim provocandi fuerant tutores ut promptius de suo aliquid pro pupillis impendant dum sciunt se recepturos id quod impenderint.* » (L. 1, pr. D. 27, 4.)

2955. La tutelle ayant nécessairement une durée limitée, on avait décidé que les actions *tutelæ directa* et *tutelæ contraria* ne pourraient être intentées qu'à la fin de la tutelle.

2956. II. Les obligations réciproques, qui peuvent naître entre le curateur et l'individu en curatelle, ne résultant ni de contrats ni de délits, il fallait bien les comprendre dans la classe du quasi-contrats. Mais ici la jurisprudence n'avait point, comme pour la tutelle, introduit des actions spéciales ; elle assimilait la curatelle à la gestion d'affaires, et les actions *negotiorum gestorum directa* et *contraria* étaient seules admises à faire valoir les droits de chacun.

2957. Il faut remarquer toutefois que le curateur pouvait être tenu d'une action *ex stipulatu ;* mais comme cela ne se produisait que si le curateur avait donné caution « *rem pupilli vel adolescentis salvam fore* », on ne peut considérer cette action comme résultant du quasi-contrat de curatelle.

2958. Quant à l'époque à laquelle pouvaient être intentées les actions *negotiorum gestorum directa* et *contraria* appliquées à la curatelle, il faut distinguer : s'il s'agissait de la curatelle d'un mineur de vingt-cinq ans, comme on était d'avance fixé sur le terme de cette situation, on attendait, comme pour la tutelle, la fin de la curatelle. Si, au contraire, il s'agissait de la curatelle d'un fou, comme cette curatelle pouvait se prolonger pendant un temps indéfini, on admettait que l'action pouvait être intentée, même au cours de la gestion.

CHAPITRE III

COMMUNAUTÉ ET INDIVISION

§ 3. « Pareillement, lorsqu'une chose appartient en commun à plusieurs personnes, sans qu'il y ait entre elles contrat de société, quand, par exemple, elle leur a été donnée ou léguée en commun, chacun des copropriétaires se trouve tenu envers les autres par l'action dite *communi dividundo* (action en partage d'une chose commune), soit en raison de ce qu'il a seul perçu les fruits de la propriété commune, soit en raison de ce que l'autre a supporté seul les dépenses nécessaires pour la conservation de la chose. Cependant on ne peut pas dire qu'ils soient obligés par contrat, puisque en fait il n'y a entre eux aucun contrat ; mais, comme l'obligation ne résulte pas d'un délit, on peut dire qu'ils sont obligés comme ils le seraient par contrat.

§ 4. « Ce que nous avons dit, dans le paragraphe précédent, s'applique aux obligations que l'indivision fait naître entre cohéritiers ; obligations qui sont garanties par l'action dite *familiæ erciscundæ* (action en partage de succession). »

2959. Lorsque plusieurs personnes, sans qu'il soit intervenu entre elles un contrat de société, se trouvent être copropriétaires par indivis d'une chose ou d'une masse de biens, soit parce qu'elles sont appelées ensemble à une hérédité, soit parce qu'une même chose leur a été donnée ou léguée, il devient nécessaire à un moment donné de faire cesser cet état d'indivision. Cette obligation de partager, ne résultant ni d'un contrat ni d'un délit, dérive donc *quasi ex contractu*, et peut s'exercer judiciairement par l'action *communi dividundo* entre copropriétaires, par l'action *familiæ erciscundæ* entre cohéritiers. Il faut bien remarquer d'ailleurs que cette obligation de partager pourrait parfaitement s'exécuter à l'amiable, sans action judiciaire. Dans ce cas, il faut distinguer plusieurs phases successives de l'opération : — 1° tout d'abord la *convention de partage*, qui détermine le lot de chacun, est un simple pacte, qui ne crée pas d'obligations, mais fournit seulement une exception ; — 2° ensuite le *contrat de partage*, qui existe dès que la convention précédente a été exécutée par l'une des parties ; on rentre en effet dans la théorie des contrats innommés (L. 45. D. 2, 14 ; L. 21. C. 2, 3) ; — 3° enfin le *partage* lui-même, ou cessation de l'indivision, qui résulte de la pleine exécution donnée au contrat de partage.

2960. L'obligation de partager est certainement la plus importante de celles qui dérivent du quasi-contrat de communauté ou d'indivision ; mais il y en a d'autres encore, que nous allons examiner.

2961. 1° L'un des copropriétaires a seul perçu les fruits et les produits de la chose commune, ou, d'une façon plus générale, il a retiré de cette chose un bénéfice supérieur à la part qui lui revient. De là obligation de rendre compte, garantie, suivant les cas, par l'action *familiæ erciscundæ* ou l'action *communi dividundo*. (§ 3 de n. t.; L. 22, pr.; L. 56. D. 10, 2; L. 11. D. 10, 3.)

2962. 2° En sens inverse, l'un des copropriétaires a détérioré, détruit ou laissé périr par sa faute un objet commun? Les autres copropriétaires poursuivront, contre lui, la réparation du préjudice qu'ils éprouvent, au moyen des deux actions *communi dividundo* et *familiæ erciscundæ*. (*Inst. Just.*, § 4, IV, XVII; L. 19. C. 3, 36.) Du reste, il faut remarquer qu'à l'exemple des associés les copropriétaires ne répondent que des fautes qu'ils ne commettent pas dans l'administration de leurs propres affaires. (L. 25, § 16. D. 3, 36.)

2963. 3° L'un des copropriétaires a fait, non pas seulement des dépenses nécessaires, comme le supposent les *Institutes*, c'est-à-dire des dépenses sans lesquelles la chose commune eût péri, mais aussi des dépenses utiles à la chose commune? De même, il a contracté des obligations dans l'intérêt de la chose commune? Il pourra réclamer, devant le juge de l'action en partage, le remboursement de la quote-part de ces dépenses ou de ces obligations, dont les autres copropriétaires ont profité. — Toutefois il faut faire ici plusieurs remarques.

2964. Tout d'abord, ainsi que nous venons de l'énoncer, il faut que ces dépenses aient été nécessaires ou utiles (L. 4, § 3; L. 6, pr. et § 3; LL. 11, 12, 22. D. 10, 3); sans quoi elles restent à la charge de celui qui les a faites. — Il faut en outre que le copropriétaire ait fait ces dépenses, en cette qualité seulement; en d'autres termes, s'il avait pu limiter les dépenses à sa propre part, il aurait, pour la part des autres, l'action *negotiorum gestorum*. (L. 18. D. 18, 4; L. 18, § 1; L. 20. C. 3,. 36.) En effet, la dépense pouvant être faite pour partie, le copropriétaire, en la faisant pour le tout, ne s'est pas conformé à une nécessité provenant de l'indivision; dès lors il ne peut prétendre aux actions destinées à régler les rapports dérivant nécessairement de l'état d'indivision; mais comme en fait il a voulu rendre service à son ou ses copropriétaires, il n'y a aucune raison pour lui refuser l'action *negotiorum gestorum*, sous les conditions, toutefois, qui sont essentielles à la formation du quasi-contrat de gestion d'affaires, et que nous avons étudiées plus haut.

2965. Jusqu'à présent nous avons pris la situation donnée par les *Institutes*; nous avons supposé une indivision formée *sine socie-*

tate. Faut-il considérer cette énonciation de notre § 3 comme limitative, et doit-on dire que l'indivision entre associés ne forme point un *quasi-contrat?* M. Accarias est pour l'affirmative : « D'une part, en effet, c'est toujours par l'action *communi dividundo*, et non jamais par l'action *pro socio*, que les associés demandent le partage; donc l'obligation de partager dérive toujours du seul fait d'indivision, non du contrat de société. D'autre part, les indemnités que les associés se doivent à raison de leur qualité de copropriétaires se poursuivent tout aussi bien par l'action *communi dividundo* que par l'action *pro socio*. Donc, soit qu'on les rattache au contrat de société ou au fait même de l'indivision, on est également dans le vrai. Dès lors on se demande pourquoi Justinien raisonne exclusivement sur l'indivision *sine societate?* Cela tient sans doute à ce qu'il oublie la principale obligation dĕs communistes, celle de partager, et alors, ne songeant qu'aux indemnités qu'ils peuvent se devoir, il les envisage assez naturellement dans l'hypothèse où elles n'ont d'autre sanction que l'action en partage. » (T. II, p. 584.)

2966. M. Demangeat est d'un avis contraire, et il fait observer que ce n'est que dans le cas d'indivision *sine societate* qu'on peut dire que les parties sont engagées les unes envers les autres *quasi ex contractu*.

2967. Quoi qu'il en soit, il est incontestable qu'il y a une grande ressemblance entre la situation des communistes et celle des copropriétaires, et c'est ainsi que le mot *socius* est employé, dans les textes du droit romain, pour désigner, non-seulement un associé, mais un copropriétaire quelconque.

2968. Toutefois il y a, entre les deux situations, plusieurs différences et notamment celle-ci, signalée par Ulpien : c'est qu'un pupille non autorisé ne peut être tenu comme associé, tandis qu'il est très-légalement tenu en qualité de communiste. (LL. 31 à 33. D. 17, 2; L. 46. D. 44. 7.) Il faut d'ailleurs remarquer qu'un pupille non autorisé ne serait pas tenu des actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo* toutes les fois qu'un pubère en serait tenu.

CHAPITRE IV

ACCEPTATION D'UNE HÉRÉDITÉ

§ 5. « L'héritier tenu d'acquitter des legs n'est pas non plus obligé par contrat, car il n'y a aucun contrat entre les légataires d'une part et le défunt ou son héritier de l'autre; et, cependant, comme l'obligation de l'héritier ne vient pas d'un délit, elle paraît naître comme d'un contrat. »

2969. L'héritier qui accepte une hérédité est immédiatement tenu d'exécuter les dispositions de dernière volonté contenues dans le testament. Évidemment il n'est pas obligé *ex contractu*, car aucun contrat n'est intervenu entre lui d'une part, entre le testateur ou les légataires d'autre part. Il est donc tenu *ex contractu*, car on ne peut dire qu'il soit obligé *ex delicto*.

2970. L'action personnelle accordée au légataire contre l'héritier, pour la délivrance de son legs, est l'action *ex testamento*. On se reportera à la matière des legs pour étudier les diverses hypothèses où cette action est invoquée.

2971. Remarquons seulement que c'est envers les légataires seulement que l'héritier est tenu *quasi ex contractu*. En effet, à l'égard des créanciers héréditaires, l'héritier continue la personne juridique de son auteur ; il sera donc tenu *ex contractu* ou *quasi ex contractu*, suivant que l'obligation née à la charge du *de cujus* sera née *ex contractu* ou *quasi ex contractu*.

CHAPITRE V

PAYEMENT DE L'INDU

§ 6. « Celui à qui on paye par erreur ce qu'on ne lui doit pas est aussi obligé comme il le serait par contrat : et, dans ce cas, il est bien certain que l'obligation ne dérive pas d'un contrat ; car celui qui paye ce qu'il croit devoir a bien plutôt pour but de dissoudre un contrat qu'il croit exister que d'en former un nouveau, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer dans un titre précédent. Et cependant, celui qui reçoit ce qui ne lui est pas dû est obligé de la même manière que si on lui eût donné la chose à *mutuum* ; aussi a-t-on contre lui l'action dite *condictio* (*Condictio indebiti*).

§ 7. « Il est toutefois des cas où l'on ne peut répéter ce que l'on a payé indûment ; et voici à cet égard une règle établie par les anciens : Dans tous les cas où la dette est du nombre de celles qui augmentent par la dénégation du défendeur, celui qui, pour ne pas s'exposer au danger de cette augmentation, paye ce qu'il ne doit pas, ne peut rien répéter. Cela arrive notamment quand celui qui se prétendait créancier agissait en vertu de la loi Aquilia ou pour un legs. Les anciens appliquaient cette décision aux legs de choses déterminées, laissées, *per damnationem*, à des personnes quelconques.

« Notre constitution ayant mis sur la même ligne tous les legs et fidéicommis leur a attribué à tous cette faculté d'augmenter en cas de dénégation : toutefois cela n'aura lieu que dans les legs ou fidéicommis laissés, dans un but pieux ou charitable, aux saintes églises ou autres lieux vénérables ; en conséquence, ces legs, quoique payés indûment, ne pourront être répétés. »

2972. On appelle payement de l'indu une prestation faite à titre de payement, mais qui ne correspond pas à une dette réelle. Il est évident que celui, auquel j'ai ainsi payé ce que je ne lui devais pas, est tenu de me le restituer, sinon il s'enrichirait à mes dépens, ce

qui est contraire aux principes généraux. Or cette obligation de restituer, ne dérivant ni d'un contrat ni d'un délit, est considérée comme née *quasi ex contractu.*

2973. I. **Analogie entre le payement de l'indu et le** *mutuum.* — Le texte des *Institutes* ne se borne pas à dire que celui qui a reçu *indebitum* est tenu *quasi ex contractu :* le texte ajoute qu'il est tenu comme s'il y avait *mutuum*, et il exprime même cette idée à deux reprises différentes. (§§ 1 et 6 de n. t.) — Cette comparaison est surtout exacte dans l'hypothèse présentée par notre texte, celle où la dation porte sur une somme d'argent, et, d'une façon plus générale, sur une quantité. En effet celui qui a reçu *pecuniam indebitam*, comme celui qui a reçu une somme d'argent *ex mutuo*, sont tenus d'une *condictio certi.*

2974. Outre cette ressemblance qui est à noter seulement, nous venons de le dire, dans l'hypothèse où la prestation consistait en une somme d'argent ou une quantité déterminée, on signale quatre autres points d'analogie :

2975. 1° Que la prestation soit faite à titre de payement ou à titre de *mutuum*, dans les deux cas elle est translative de propriété ; l'*accipiens* devient propriétaire si celui qui payait était lui-même propriétaire et capable d'aliéner, et dans tous les cas il est mis *in causa usucapiendi.* C'est précisément cette translation de propriété ou de possession *ad usucapionem* qui fait naître l'obligation de rendre.

2976. 2° Que la tradition soit faite à titre de *mutuum* ou à titre de payement, dans les deux cas on distingue : si le *tradens* était propriétaire, l'*accipiens* est tenu de lui rendre la propriété qu'il en a reçue ; si au contraire le *tradens* n'était pas propriétaire, il n'a pas pu transférer la propriété des choses livrées, et il ne pourra donc réclamer que la possession : « *Si nummi alieni dati sint, condictio competet ut vel possessio eorum reddatur...* » (L. 15, § 1. D. 12, 6.) Il y aura même un cas où le *tradens* non propriétaire pourra se faire transférer non plus la possession, mais la propriété des choses livrées : c'est le cas où l'*accipiens* les a consommées de bonne foi. (L. 11, § 2 ; L. 19, § 1. D. 12, 1.)

2977. 3° Si le *tradens* était incapable d'aliéner, qu'il s'agisse de *mutuum* ou de *solutio indebiti*, ce *tradens* reste propriétaire ; dès lors, ce ne sera pas une *condictio* qu'il aura contre moi, mais la revendication, au moins tant que les choses n'ont point été consommées de bonne foi. En effet cette consommation par l'*accipiens* donnera immédiatement naissance à la *condictio indebiti* ou *ex mutuo.* (§ 2. *Inst. de Just.*, II, VIII.)

2978. 4° Il en sera de même si c'est l'*accipiens* qui est incapable

de s'obliger ; en effet il ne peut dans cette situation être tenu ni *ex mutuo* ni *ex solutione indebiti*. Il sera uniquement soumis à une *condictio sine causa*, mais seulement jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi. (L. 66, D. 46, 3.)

2979. Telle est du moins la doctrine consacrée par Justinien. Il faut en effet savoir qu'un texte de Gaïus (C. III, § 191) n'est rien moins que clair. Il est difficile de savoir si, dans son opinion personnelle, Gaïus penchait ou non pour accorder la *condictio indebiti* à celui qui avait payé *indebitum* à un incapable, par exemple à un pupille. Une discussion sur ce point spécial serait peu utile, et nous nous sommes borné à constater l'état de la législation sous Justinien.

2980. Après avoir ainsi énuméré les ressemblances qui existent entre le *mutuum* et la *solutio indebiti*, il convient de constater les différences qui existent entre ces deux situations :

2981. 1° Le *mutuum* suppose toujours une dation ; il n'en est pas de même dans la *solutio indebiti*, et la *condictio* m'appartiendra, alors même que j'ai livré la chose d'autrui, ce qui est précisément exclusif d'une dation. (L. 15, § 1. D. 12, 6.) — Bien plus, me croyant tenu *ad faciendum*, j'ai exécuté ce que je croyais être mon obligation. Il n'y a pas là même les apparences d'une dation. Cependant j'aurai sans aucun doute la *condictio indebiti*, soit pour recouvrer la possession que j'avais livrée, soit pour rétablir l'état de choses antérieur, s'il s'agit d'un acte juridique qui puisse être anéanti par un acte contraire, soit enfin pour recouvrer la valeur estimative du fait accompli par moi, s'il s'agit d'un fait de sa nature irrévocable. (L. 15, § 1, 31 et 39 ; 26, § 12. D. 12, 6.)

2982. 2° Le *mutuum* engendre toujours une *condictio certi ;* la *solutio indebiti*, au contraire, engendre souvent une *condictio incerta.* (L. 22, § 1. D. 12, 6.)

2983. II. **Conditions essentielles pour qu'il y ait lieu à** *condictio indebiti.* — Trois conditions sont nécessaires : il faut tout d'abord, et c'est une naïveté que de le dire, qu'il y ait *indebitum ;* il faut que le payement de l'indu ait eu lieu par erreur ; il faut que la prétendue dette qu'on voulait éteindre ne fût pas de celles qui exposent le débiteur récalcitrant à être condamné au double.

2984. 1° *Indebitum.* — Il y a *indebitum* toutes les fois que l'on paye ce qu'on ne devait ni civilement ni naturellement. Il faul envisager plusieurs espèces délicates.

2985. Tout d'abord, quoique l'obligation naturelle ne soit protégée par aucune action, les Romains lui reconnaissent une certaine valeur d'équité. D'où résulte que le payement d'une dette naturelle

est considéré comme la consécration civile de cette dette, qui se trouve dès lors avoir été bien payée : « *Debiti vel non debiti ratio, in condictione, naturaliter intelligenda est.* » (L. 64. D. 12, 6.)

2986. Que décider si j'ai payé ce que je devais à terme ou sous condition avant l'arrivée de ce terme ou la réalisation de cette condition? Il faut tout de suite distinguer les deux hypothèses, car nous savons que le terme ne fait qu'ajourner l'*exigibilité* de la dette, tandis que la condition suspend la formation même du droit. Cette distinction répond facilement à la question : je paye très-valablement la dette à terme, car cette dette existait, et je ne fais que renoncer au délai; je ne paye pas valablement ce que je devais sous condition, car la dette n'existait pas; il y avait donc *indebitum*, et conséquemment je pourrai répéter. Toutefois je ne pourrais plus exercer la *condictio indebiti*, si j'avais laissé la condition se réaliser; en effet la dette aurait pris naissance et même, par une fiction de rétroactivité, serait considérée comme ayant été pure et simple dès la formation du contrat primitif. Il y avait donc *debitum* au jour du payement, et je ne serais plus admis à invoquer la *condictio*. D'ailleurs, à quoi cela me servirait-il en fait? La dette étant d'ores et déjà exigible (*et cedit et venit dies*), je serais obligé de restituer d'une main à mon créancier ce que je recevrais de l'autre, en exécution de ma *condictio indebiti*, si elle m'était accordée. — Une question plus délicate est celle qui concerne le *dies incertus* : on décide très-sagement que le *dies incertus* sera assimilé au terme ou à la condition, suivant que l'élément incertain frappera l'époque d'arrivée de l'événement ou l'arrivée même de cet événement.

2987. Je suis obligé civilement, en ce sens que mon créancier pourrait très-valablement me poursuivre; mais je possède une exception, qui paralyserait l'action du demandeur et aurait pour conséquence définitive de me dispenser de payer, ou plutôt de me soustraire à une condamnation. Or, quoique muni de cette exception, je paye ma dette? Y aura-t-il là une *solutio indebiti*? On distingue : si l'exception est temporaire, c'est-à-dire si elle ne peut être invoquée que jusqu'à une certaine époque, on peut considérer la dette comme à terme, puisque, l'exception périmée, on ne pourrait plus l'opposer à l'action du demandeur. Cette assimilation amène la réponse : le débiteur muni d'une exception temporaire doit, et par conséquent, s'il paye, il ne paye pas l'indu; conséquemment il ne saurait répéter; il se trouve en effet dans la même situation que s'il avait attendu, pour payer, qu'il ne pût plus invoquer l'exception. (L. 56. D. 12, 6.) Il en est autrement si l'exception est perpétuelle : on décide qu'au fond c'est comme s'il n'y avait pas obliga-

tion, que la *solutio* sera une *solutio indebiti*, et que, dans ce cas, il y aura lieu à répétition. (L. 26, § 3 et 7. D. 12, 6.)

2988. Cette décision ne me semble pas irréprochable en droit pur ; en effet, par cela même qu'il y a exception, c'est qu'il y a action, et qui dit action dit obligation réellement sanctionnée. Dès lors on ne peut vraiment dire qu'il y ait *indebitum*, puisque, je le répète, l'existence même de l'exception prouve qu'il subsiste un droit parfaitement vivace. Mais, dira-t-on, ce droit, on pourrait le repousser, l'empêcher de valoir au moyen de l'exception ? Parfaitement, mais il en est exactement de même dans l'hypothèse d'une exception temporaire, jusqu'au moment où celle-ci ne saurait plus être invoquée. — La question de durée, qui me paraît avoir été le seul argument décisif de la jurisprudence, n'a en droit pur qu'une valeur insignifiante, et s'il est logique d'assimiler l'exception temporaire au terme, il est absolument impossible d'assimiler l'exception même perpétuelle à la condition, puisque la condition a précisément pour caractéristique d'empêcher, d'ajourner la naissance de l'obligation, tandis que l'exception même perpétuelle n'a aucune influence sur l'existence de la dette. — Une saine appréciation des principes aurait certainement dû proscrire la jurisprudence que nous avons énoncée, et la distinction profonde qu'elle établit entre l'exception temporaire et l'exception perpétuelle.

2989. Quoi qu'il en soit, l'exception peut exister dans des circonstances telles qu'on ne sache pas si elle est perpétuelle ou temporaire. Telle serait l'hypothèse d'un pacte *de non petendo* conclu « *donec Titius consul fiat* » ; si Titius devient consul, l'exception se trouvera avoir été temporaire, car, à partir de l'avénement de Titius le pacte *de non petendo* disparaît, anéantissant avec lui l'exception qui l'aurait fait respecter ; — si au contraire Titius ne devient pas consul, les effets du pacte seront perpétuels, et par conséquent l'exception sera, elle aussi, perpétuelle. Ceci posé, si nous supposons un payement fait avant l'avénement de Titius, comment trancher la question? Ici, complet silence des commentateurs et des textes; et je le comprends ; car je ne vois pas trop ce qu'on pourrait dire. Admettre ou repousser la *condictio indebiti* serait agir en aveugle et décider tout à fait au hasard ; en effet, si on admet la *condictio*, comment fera-t-on si, l'événement ne se réalisant pas, l'exception se trouve être considérée comme perpétuelle? Quelle action donnera-t-on au créancier pour se faire payer ce qu'on lui avait déjà payé, mais ce qu'on lui avait fait restituer? Si au contraire on n'admet pas la répétition provisoire, et que, l'événement se réalisant, l'exception soit considérée comme *temporaire*, comment indemniser

le débiteur du laps de temps pendant lequel on l'aura empêché d'exercer une répétition qu'il se trouve avoir eu le droit de faire? C'est le désordre, et il ne faut point s'en étonner, car on le trouve partout où la fantaisie fait place aux saines déductions des principes.

2990. Du reste, il faut remarquer que l'exception même perpétuelle laissait place quelquefois à la *condictio indebiti*. C'était notamment lorsque l'exception avait plutôt pour but de punir le créancier que de protéger le débiteur (L. 40, pr. D. 12, 6), ou, en d'autres termes, quand certaines considérations générales ou d'ordre public engageaient à paralyser une action parfaitement fondée. En cet état de chose, les sévérités de la loi n'en laissaient pas moins subsister une *obligation naturelle*, et cette circonstance suffisait pour empêcher le débiteur, qui avait satisfait à cette obligation naturelle, de répéter : « *Desinit debitor esse, is qui nactus est exceptionem justam nec ab æquitate naturali abhorrentem.* » (L. 66. D. 50, 17.) *A contrario*, nous dirons que l'exception « *ab æquitate naturali abhorrens* » laisse subsister une dette naturelle, et que, par conséquent, le débiteur, qui aura payé, ne pourra plus répéter. Tel est le cas de l'exception *senatusconsulti macedoniani*.

2991. 2° *Per errorem solutum*. — Il faut que la personne qui a payé ait été dans l'erreur, c'est-à-dire ait cru qu'elle devait réellement. (L. 1, § 1. D. 12, 6.) S'il n'en était pas ainsi, c'est-à-dire si le débiteur payait, sachant parfaitement qu'il pourrait se dispenser de payer, on ne pourrait voir, dans une telle action, qu'une intention libérale, déguisée, et on ne l'admettrait pas à répéter : « *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.* » (L. 53. D. 50, 17.) Autrement, il faudrait supposer que le débiteur a voulu, en payant, faire un acte dérisoire, une malice, et c'est ce qu'on ne peut admettre, ou plutôt protéger.

2992. Il faut remarquer d'ailleurs que, dans certaines hypothèses déterminées, il pourrait ne pas y avoir donation, dans le payement de l'indu fait en connaissance de cause, mais bien une *gestion d'affaires* ou une *datio in solutum*. Il y a gestion d'affaires, dit M. Accarias, quand la dette existe, mais à la charge d'un tiers, et que mon intention n'est point de le gratifier. Il y a *datio in solutum*, lorsque je paye une chose qui n'est pas l'objet de la dette, et que le créancier n'est pas plus dans l'erreur que moi. Dans tous les autres cas, il y a donation.

2993. L'erreur consiste, nous venons de le voir, à croire qu'une dette existe, alors qu'elle n'existe pas. — Mais il peut y avoir erreur de fait ou erreur de droit; or, dirons-nous que l'une comme

l'autre peut servir d'élément à la *condictio indebiti?* Au point de vue purement rationnel, et en supposant, bien entendu, que l'erreur n'ait été ni trop grossière ni très-facile à éviter (L. 9, §§ 2 et 3. D. 22, 6) il n'y a pas de raison pour distinguer. D'un autre côté, il est incontestable qu'à partir de Dioclétien les constitutions n'accordent la *condictio indebiti* que dans l'hypothèse d'une erreur de fait. (LL. 6 et 10. C. 1, 18; LL. 6 et 7. C. 4, 5.) Mais le droit classique suivait-il la voie des déductions rationnelles, ou les errements dont les constitutions impériales n'auraient été que la consécration? Paul, dans la loi 9, pr. (D. 22, 6), paraît bien dire qu'en principe l'erreur de droit n'est point admise : « *Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere...* » Mais on ne doit pas interpréter ce passage d'une façon trop absolue ; et cela est si vrai que, si j'achète 100 une chose que je crois valoir 100, mais qui n'en vaut que 75, je supporterai parfaitement le préjudice résultant de cette erreur de fait. Il est donc évident que la véritable règle consiste à dire que l'erreur n'est prise en considération qu'autant qu'elle est excusable : peu importe qu'il s'agisse d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit; on viendra au secours de celui qui s'est trompé, sans qu'il y ait de sa part négligence grossière, inattention impardonnable. Voilà comment on peut expliquer tant de décisions dont les unes paraissent conçues dans l'hypothèse d'une erreur de droit, et dont les autres ne distinguent pas. (LL. 1 pr. D. 36, 4; LL. 1, 7, 47, 54, 59. D. 12, 6.)

2994. Je crois qu'un texte de Papinien pourrait permettre d'établir une distinction fort ingénieuse et fort équitable. Le voici : « *Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus; suum vero petentibus non nocet.* » (L. 7. D. 22, 7.) Ce texte me semble bien dire : L'ignorance de droit ne peut être invoquée par ceux qui veulent acquérir ; mais elle ne nuit pas à ceux qui réclament ce qui leur est dû. En d'autres termes, l'erreur de droit ne peut servir à ceux qui veulent s'enrichir par ce moyen ; elle pourra, au contraire, être invoquée toutes les fois qu'elle n'est point une cause d'enrichissement.

2995. 3° *Le payement ne doit pas pouvoir être considéré comme une transaction.* — Il y a certaines actions dans lesquelles la condamnation peut être portée au double, au triple, au quadruple contre le débiteur qui s'est laissé poursuivre parce qu'il niait sa dette : « *Crescunt in duplum*, etc., *adversus inficiantem* ». — Ainsi :

2996. *A*. L'action *testamenti* pouvait faire condamner au double de la valeur du legs l'héritier qui niait son obligation de payer le legs, fait *per damnationem*, d'une chose ou d'une quantité déterminée (*certum*). Plus tard, sous Justinien, ce doublement de la condamnation

se produisit, quelle que fût la forme du legs, par la simple mise en demeure de l'héritier, et on étendit cette règle aux fidéicommis. — Justinien se montra donc plus sévère, en ce point, que l'ancien droit, envers l'héritier, mais il restreignit cette pénalité du *duplum* aux cas où le legs était fait aux églises, aux monastères et aux autres *loci venerabiles*.

2997. *B*. Lorsqu'une personne, contre laquelle une sentence judiciaire a été rendue, nie l'existence de cette sentence, elle s'expose à l'action *judicati* qui fera prononcer contre elle, si elle succombe, une condamnation double de la première.

2998. *C*. Nous verrons un peu plus loin les condamnations grossies de la loi Aquilia. (Obligations *ex delicto*.)

2999. Dans tous ces cas, si l'héritier auquel on réclame un legs *per damnationem* dans l'ancien droit, ou fait au profit d'une église dans le nouveau, le paye ; si le plaideur, auquel on demande le payement d'une condamnation, la paye ; si l'individu, poursuivi par l'un des chefs de la loi Aquilia, donne ce qu'on lui demande, — et qu'ensuite cet héritier, ce plaideur, cet individu s'aperçoivent qu'ils ne devaient rien, on leur refusera la *condictio indebiti*. Pourquoi ? Parce qu'ils sont supposés avoir préféré payer, sans être bien certains de devoir, plutôt que de courir les risques d'une condamnation très-supérieure ; il y a eu là un véritable *forfait*, parfaitement raisonné, et qui, conséquemment, doit être respecté, la prestation faite pouvant parfaitement s'expliquer indépendamment de toute erreur.

3000. III. **La condictio indebiti** appartient en principe au *tradens* lui-même, et n'est donnée que contre l'*accipiens*. Si nous supposons que c'est un mandataire qui a payé ou reçu l'indu, il faut distinguer : 1° si le mandataire, d'après les termes de son mandat, avait la capacité de faire ce qu'il a fait, c'est la personne au nom de laquelle la prestation a été faite, c'est-à-dire, dans l'espèce, le mandant qui sera investi ou tenu de la *condictio*. Si, au contraire, le mandataire n'était point chargé de faire ce qu'il a fait, on le considérera comme *negotiorum gestor*, et c'est lui-même qui subira ou exercera la *condictio indebiti*. (L. 6, pr., §§ 1 et 2 ; L. 45 ; L. 57, § 1, D. 12, 6 ; — L. 6, § 3. D. 3, 5.)

3001. IV. **Preuve.** — Nous avons vu que la *condictio indebiti*, pour réussir, devait réunir trois conditions : le fait matériel de payement, l'inexistence de la dette, l'erreur du *tradens*. — Il n'est pas douteux que la preuve du premier fait incombe au demandeur ; c'est l'application du principe général : « *Onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat.* » — Quant au second point, on distingue :

si le défendeur a reconnu le fait du payement, c'est au demandeur à prouver qu'il ne devait rien ; si, au contraire, le défendeur a nié le fait matériel du payement, et que la preuve en soit administrée, sa bonne foi se trouvera suspectée, et c'est lui qui devra prouver qu'il est bien créancier. (L. 25, pr. D. 23, 3.) — Quant à l'erreur, on pourrait encore distinguer : l'erreur de droit devrait toujours être prouvée par celui qui l'invoque, car nul n'est censé ignorer la loi ; l'erreur de fait, au contraire, pourrait se présumer, parce qu'il n'y a rien de moins naturel que de payer sciemment ce qu'on ne doit pas.

3002. Par exception, si le demandeur se trouve être un pupille, un mineur, une femme, un militaire, un paysan, c'est celui qui a reçu le payement, le défendeur par conséquent, qui doit prouver qu'il a bien reçu, c'est-à-dire que ce qui lui a été payé lui était dû. (L. 25, § 1. D. 22, 3.)

3003. V. **Détermination de la condamnation.** — Le défendeur, tenu à raison du capital indûment reçu, est aussi tenu à raison des accessoires. Par conséquent, il devra restituer, s'il était de mauvaise foi, avec l'intégralité du capital reçu, l'alluvion, les fruits produits par la chose, le *partus ancillæ*, les acquisitions faites par un esclave. Devra-t-il aussi, dans l'hypothèse où c'est une somme d'argent qui lui a été versée, payer les intérêts de cette somme ? Il faut répondre négativement. En effet, ces intérêts n'ayant point été stipulés, ils ne peuvent être compris dans la *condictio indebiti*, laquelle, s'appliquant ici à une somme d'argent, est sans doute *stricti iuris* comme dans le *mutuum*.

Nous venons de dire que c'était en cas de *mauvaise foi* que le défendeur était tenu de rembourser l'intégralité du capital reçu et ses accessoires. En effet, on ne peut donner de règle absolue sur l'étendue de la condamnation, la bonne ou la mauvaise foi de l'*accipiens* ayant une influence très-marquée. Voici comment : si l'*accipiens* était de mauvaise foi au moment du payement, c'est-à-dire s'il savait parfaitement qu'il recevait ce qui ne lui était pas dû, on peut le considérer comme ayaut commis un véritable *furtum* : « *Furtum fit quum quis indebitos nummos sciens accipit.* » (L. 13, D. 13, 1.) Il devra restituer par conséquent, ainsi que nous l'avons dit, l'intégralité du capital reçu et des accessoires. — Au contraire, si *l'accipiens* a été de bonne foi depuis le jour du payement jusqu'au jour où la *condictio indebiti* est intentée contre lui, il pourra prouver qu'il n'a pas profité de tout ce qu'il a reçu, et il sera seulement condamné jusqu'à concurrence de son enrichissement, « *quatenus locupletior factus est* ». (L. 26, § 12 ; L. 65, § 3. D. 12, 6.) — Entre ces

deux situations extrêmes, on doit étudier la situation intermédiaire où la bonne foi, existant au moment du payement, a disparu un certain temps après, mais avant la demande en justice. Très-raisonnablement on décide que les deux règles qui viennent d'être exposées s'appliqueront simultanément, chacune à la portion de temps qui correspond à la situation qu'elle prévoit.

3004. Pourquoi la jurisprudence favorise-t-elle ainsi la bonne foi de l'*accipiens*, par préférence à la bonne foi du *tradens*? Par la raison bien simple que, devant nécessairement léser une des parties en présence, il était plus équitable de léser le *tradens*, cause première de la difficulté, puisque c'est lui qui a pris l'initiative du payement, et que si l'*accipiens* a reçu c'est parce que le *tradens* s'était déclaré débiteur. Le rôle de ce dernier est donc tout actif, tandis que le rôle de l'*accipiens* est tout passif; de plus, il est bien plus naturel de se croire créancier quand le débiteur vous l'affirme que de se croire débiteur quand personne ne vous en parle.

REMARQUE

3005. En terminant cette matière des obligations qui naissent *quasi ex contractu*, nous ne pouvons point ne pas citer la maxime très-remarquable : «*Judiciis quasi contrahimur.*» En effet, celui que je poursuis en justice se trouve par cela même tenu envers moi comme il le serait en vertu d'un contrat. (L. 3, § 11. D. 15, 1.)

APPENDICE AUX SECTIONS I ET II

CHAPITRE PREMIER

PAR QUELLES PERSONNES NOUS ACQUÉRONS UNE OBLIGATION?

(*Inst.*, III, XXVIII.)

Pr. « Après avoir exposé les différentes espèces d'obligations qui naissent des contrats ou des quasi-contrats, il nous reste à faire observer que nous pouvons acquérir des obligations, non-seulement par nous-mêmes, mais encore par ceux qui sont sous notre puissance, comme par nos esclaves et par nos enfants.

« Avec cette différence que ce que nous acquérons par l'obligation de nos esclaves nous est acquis en entier; au lieu que ce qui est acquis en vertu de l'obligation des fils de famille se partage entre le père et le fils en propriété et en usufruit, conformément à la constitution que nous avons portée à cet égard.

Ainsi l'émolument qui résultera de l'action appartiendra au père en usufruit, et au fils en propriété : ce sera cependant le père qui intentera l'action dans la forme que nous avons prescrite dans une nouvelle constitution.

§ 1. « Nous acquérons aussi par les personnes libres et par les esclaves d'autrui que nous possédons de bonne foi comme nos esclaves; mais dans deux cas seulement, c'est-à-dire quand l'acquisition provient de leur travail ou de la chose qui nous appartient.

§ 2. « Nous acquérons également, et dans les mêmes cas, par l'esclave d'autrui dont nous avons l'usufruit ou l'usage.

§ 3. « Il est certain que l'esclave qui appartient à plusieurs acquiert l'obligation à tous ses maîtres en proportion de la part de propriété que chacun a sur lui.

« Il faut cependant excepter le cas où il stipule, et celui où on lui fait tradition pour un de ses maîtres nommément; auquel cas, il acquiert à celui-là seulement; par exemple, s'il stipule ainsi : Promettez-vous de donner tant à Titius, mon maître ?

« Si l'esclave stipule par l'ordre d'un seul de ses maîtres, la question faisait autrefois naître des doutes qui ne peuvent plus exister aujourd'hui : en effet nous avons décidé qu'il acquerrait seulement à celui de ses maîtres par l'ordre duquel il aurait agi, comme nous l'avons dit ci-dessus.»

3006. On a déjà étudié cette matière. (Nos 1128 et suiv., 2325 et suiv.) Aussi n'est-il point nécessaire de recommencer de longues explications. Il suffit de rappeler brièvement les traits généraux.

Nous pouvons acquérir un droit de créance, comme la propriété et comme la possession, non-seulement par nous-mêmes, mais encore par certaines autres personnes, notamment par les personnes qui sont en notre puissance.

Anciennement, tout droit de créance acquis par le fils profitait au père. Mais l'institution des pécules vint profondément modifier cette situation. (Nos 1129 à 1132.)

Quant aux esclaves, ils n'acquièrent jamais rien pour eux-mêmes. Mais leurs acquisitions n'appartiennent pas toujours pour le tout à la même personne. Il faut distinguer en effet suivant qu'ils sont possédés de bonne foi, frappés d'un droit d'usufruit, indivis entre plusieurs propriétaires, etc., etc. (Nos 2326 à 2329, 1133, 1134, 1136 à 1137.)

Enfin, dans certaines circonstances on peut acquérir *per extraneam personam*. (Nos 1138 à 1140, 2340 à 2342; 2853 et suiv.) Nous reviendrons sur cette matière, dans la quatrième partie des Actions. (*Inst.*, IV, x.)

CHAPITRE II

OBLIGATIONS NATURELLES

ARTICLE PREMIER. — GÉNÉRALITÉS.

3007. L'expression « *obligations naturelles* » signifie : tantôt (et c'est le sens le plus restreint) les obligations qui appartiennent au *droit naturel* ou des *gens* (nos 12 et 13), et qui peuvent exister soit entre citoyens romains, soit entre pérégrins (L. 84, § 1. D. 50, 17; L. 126, § 2. D. 45, 1; L. 15, pr. 12, 6; L. 5, pr. D. 26, 8); tantôt (et c'est là la signification technique de l'expression) des obligations *imparfaites*, qui ne sont point sanctionnées par une action, mais qui néanmoins produisent certains effets, garantis parfois par des exceptions; c'est ainsi que, servant de cause à un payement valable, elles peuvent faire écarter la *condictio indebiti* intentée par celui qui les a acquittées. Du reste, comme cette idée des obligations naturelles n'a été conçue que comme un correctif à la rigueur des principes, et ne s'est produite que successivement, au fur et à mesure que se présentaient les situations spéciales qui les justifiaient, on ne pourrait trouver les éléments d'une théorie proprement dite, mais seulement une succession de décisions isolées, munies d'effets différents.

3008. On s'est demandé dans quel sens Julien comprenait l'expression qui nous occupe dans le texte suivant : « *Naturales obligationes non eo solo æstimantur si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam quum soluta pecunia repeti non potest. — Nam licet minus proprie debere dicuntur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores; et qui ab iis pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.* » (L. 16, § 4. D. 46, 1.) M. de Savigny, frappé surtout de la première phrase du texte, veut y voir une distinction entre les obligations naturelles garanties par une action (comme l'obligation qui naît du *mutuum*) et les obligations naturelles qui ont pour principal effet d'exclure la *condictio indebiti*. Il est vrai que Julien paraît bien parler d'obligations naturelles garanties par une action, mais on est généralement d'avis de dire que voici la pensée de Julien : il y a obligation naturelle quand il existe une action paralysée par une exception (comme dans l'hypothèse du sénatus-consulte Macédonien); il y a également obligation naturelle dans l'hypothèse où la *condictio indebiti* n'est pas accordée

au débiteur qui a payé même par erreur, alors que cependant le créancier n'aurait eu aucune action pour le poursuivre. C'est à cette seconde classe d'obligations naturelles que s'applique évidemment la deuxième partie du texte cité plus haut, et ce sont celles-là dont nous allons nous occuper tout spécialement, en recherchant les effets principaux qu'elles produisent et les principaux cas dans lesquels les jurisconsultes romains ont reconnu leur existence.

ARTICLE II. — EFFETS DES OBLIGATIONS NATURELLES

3009. 1° L'obligation naturelle sert de juste cause à un payement qui, dès lors, ne saurait être considéré comme une donation. On peut donc dire que l'effet principal et le caractère essentiel de l'obligation naturelle sont de rendre inattaquable le payement dont elle est l'origine; en d'autres termes, celui qui a payé, se croyant soumis à une action qui n'existait pas, ne peut réclamer le montant du payement par un *condictio indebiti*. (L. 19, § 4. D. 39, 5.) On pourrait dire, d'une autre façon, que le créancier peut invoquer l'obligation naturelle par voie de rétention.

3010. 2° L'obligation naturelle sert de base suffisante à la *compensation*. Ainsi : je suis obligé civilement envers Titius, qui, de son côté, est obligé, mais seulement *naturaliter*, envers moi. S'il me poursuit, j'invoquerai, pour repousser son action, l'exception de compensation, formulée comme *exceptio doli mali*, et qui résulte de la dette naturelle de Titius envers moi : « *Etiam quod natura debetur venit in compensationem.* » (L. 6. D. 16, 2.)

3011. 3° L'obligation naturelle peut servir de cause à une *stipulatio*, de telle sorte que le créancier obtiendra, par une action directe, du *fidejussor*, l'exécution qu'il n'aurait pu réclamer de l'obligé principal. — Il est à remarquer que dans cette hypothèse c'est une obligation, non reconnue par le droit civil, qui sert de base créatrice à une obligation civile proprement dite : « *Fidejussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis cui applicetur.* » (L. 16, § 3. D. 46, 1.)

3012. 4° Elle peut aussi servir de base à un *constitut*, que ce pacte fonctionne comme équivalent d'une fidéjussion ou d'une *expromissio*. (L. 1, § 7. D. 13, 5.)

3013. 5° L'obligation naturelle peut servir de cause à une *adstipulatio*, de telle sorte que le créancier obtiendra, par l'intermédiaire de l'*adstipulator*, l'exécution qu'il n'aurait pu directement poursuivre.

3014. 6° L'obligation naturelle peut être garantie par un droit de gage ou d'hypothèque : « *Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quacumque obligatione... vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali.* » (L. 5, pr. D. 20, 1.)

3015. 7° L'obligation naturelle peut être une des deux obligations que *la novation* a pour but de remplacer l'une par l'autre. (L. 1. § 1. D. 46, 2.) Mais si c'est elle qui est destinée à remplacer une obligation civile préexistante, et si de plus elle résulte d'une stipulation, le stipulant perd son ancienne action sans la remplacer.

ARTICLE III. — CLASSEMENT DES OBLIGATIONS NATURELLES

3016. Parfois les obligations naturelles dérivent d'une obligation morale que la loi n'a pas cru devoir civilement sanctionner. 1° Tel est le cas d'un affranchi qui a fourni à son patron des *operæ officiales* qu'il croyait, à tort, lui devoir. La *condictio indebiti* n'est pas admise au profit de l'affranchi, par la raison qu'une pareille prestation est suffisamment motivée par le devoir de *pietas* qui doit exister chez l'affranchi à l'égard de son patron. (L. 26, § 12. D. 12, 6.) Mais cette prohibition de la *condictio indebiti* est le seul trait de ressemblance avec une obligation naturelle proprement dite, et aucun des effets de celle-ci ne se produira. — 2° Tel est encore le cas d'une femme qui, croyant à tort devoir une dot à son mari, lui donne quelque chose *dotis nomine*. Elle ne pourra pas répéter : *Sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.* (L. 32, § 2. D. 12. 6.) Malgré la bizarrerie de cette décision, il faut bien reconnaître que la *condictio indébiti* est refusée à la femme. Toutefois cette décision est le seul point qui fasse ressembler cette situation à celle que produit l'obligation naturelle proprement dite, car on ne peut dire qu'il y ait pour la femme obligation naturelle de se doter. — 3° Tel est enfin le cas où certains débiteurs, des associés par exemple, sont condamnés, en vertu du *bénéfice de compétence*, non au montant de leur dette, mais seulement jusqu'à concurrence de leurs ressources, « *quatenus facere possunt* ». Pour le surplus, ils restent obligés au moins naturellement. (V. *Inst. de Just.*, IV, VI, §§ 36 et suiv.)

Dans toutes ces hypothèses, nous trouvons seulement certains caractères des obligations naturelles dont nous allons plus spécialement nous occuper; d'ailleurs il faut remarquer, comme on peut le constater par les exemples qui viennent d'être donnés, que les

obligations naturelles de cette espèce ne se rencontrent que très-rarement, dans des circonstances toutes spéciales.

3017. Il en est autrement de celles qui doivent leur caractère d'infériorité à certaines circonstances qui ont empêché la formation d'une obligation civile, circonstances qui tiennent surtout à une raison de forme, à l'incapacité du débiteur, ou à certains rapports de puissance entre les parties contractantes. Par cela même, ces obligations sont d'origines très-diverses et se produisent fréquemment.

§ Ier. — OBLIGATIONS NATURELLES RÉSULTANT D'UNE OBLIGATION CIVILE NULLE PAR SUITE DE LA FORME EMPLOYÉE

3018. Le pacte, quand il ne produit pas d'action, produit-il au moins une obligation naturelle? Les textes paraissent bien répondre affirmativement. Ainsi Papinien, tout d'abord, qualifie l'obligation naturelle du titre de *vinculum æquitatis* (L. 95, § 4. D. 46, 3); puis Ulpien, en parlant de la partie de l'édit consacrée aux pactes, dit : « *Hujus edicti æquitas naturalis est : quid enim tam congruum fidei humanæ quam ea quæ inter eos placuerunt servare?* » (L. 1, pr. D. 2, 14.) Ces deux textes nous paraissent manifester suffisamment la doctrine dans laquelle le pacte produit toujours une obligation naturelle, conformément à l'intention des parties.

3019. Les stipulations *post mortem meam* ou *post mortem tuam* sont nulles civilement, à raison de leur forme, et cependant on ne peut nier qu'elles ne constituent des obligations naturelles, puisque la première peut être accompagnée d'une *adstipulatio*, et la seconde d'une *adpromissio*. (Gaïus, III, §§ 117 et 119.) Or l'*adpromissio* et l'*adstipulatio* sont des promesses accessoires qui ne pourraient exister sans un élément réel et principal, qui, dans l'espèce, est précisément l'obligation naturelle survivant à l'obligation civile rendue nulle par la forme dans laquelle elle a été conçue. (Nos 2284 et suiv.)

3020. Il faut dire de même des stipulations *pridie quam moriar* ou *pridie quam morieris*, dans lesquelles la nullité ne tient qu'à la forme. (N° 2289.)

3021. Telles sont aussi les stipulations faites dans la forme solennelle « *spondes? spondeo* », lorsqu'un pérégrin y figure soit comme débiteur, soit comme créancier. En effet, ces stipulations valent comme simple pacte engendrant une obligation naturelle. (N° 2130.)

3022. Faut-il en dire de même du cas où, ayant interrogé Titius de la façon suivante : « Promettez-vous de me donner cent? » il

manifeste son consentement, non pas par une réponse verbale, mais par un signe de tête? Voici un texte qui nous répond de la façon la plus nette : « *Si quis ita interroget*, DABIS? *responderit*, QUIDNI? *is utique in ea causa est ut obligetur*. CONTRA SI SINE VERBIS ADNUISSET. *Non tantum autem civiliter*, *sed* NEC NATURALITER OBLIGATUR QUI ITA ADNUIT *et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fidejussorem quidem.* » (L. 1, § 2. D. 45, 1.) Ainsi j'ai manifesté mon consentement par un signe de tête, et non par une réponse verbale, et le jurisconsulte décide que je ne suis obligé ni civilement *ni même naturellement*. Il y a bien eu cependant accord de volontés, pacte par conséquent, et si ce pacte en particulier est nul, même au point de vue d'une obligation naturelle, ne faut-il pas généraliser cette décision et dire que le pacte n'a pas la puissance de créer une obligation naturelle?

3023. M. Demangeat répond qu'ici les parties ne se sont point mises d'accord : « L'une a fait ce qu'elle a pu pour faire naître une obligation civile, l'autre a fait ce qu'elle a pu pour faire naître une obligation naturelle; mais, en définitive, leurs volontés ne se sont point rencontrées. Il y a là une opération manquée, à laquelle on comprend très-bien que le jurisconsulte ne veuille attacher absolument aucun effet. C'est le cas de dire que, quand il y a doute sur le point de savoir si une obligation a pu prendre naissance, *propensiores esse debemus*, *si habemus occasionem*, *ad negandum* (L. 47. D. *De oblig. et act.*). » (T. II, p. 538.)

3024. J'avoue ne point comprendre parfaitement la réponse de M. Demangeat. Comment peut-on dire qu'à une question nettement posée, si je réponds par un signe de tête affirmatif, il n'y a pas accord de volontés. Quant à moi, cet accord me paraît tout aussi bien déterminé que dans l'hypothèse où, à la demande du stipulant, j'ai répondu : *Quidni* (pourquoi pas?). Il peut donc paraître, pour le bon sens, difficile d'expliquer la différence que notre texte établit entre les deux situations. Est-ce parce que la question se place dans l'hypothèse d'une obligation verbale, et que la réponse *quidni* constitue bien une réponse verbale, quoique irrégulière (nº 2128), tandis que le signe de tête ne peut jamais de près ou de loin être assimilé à une réponse verbale? Cela me paraîtrait bien subtil, quoique la nécessité d'une *réponse orale* soit bien considérée comme essentiellement nécessaire. (Nº 2133.) Quoi qu'il en soit, et tout en admettant spécialement la décision qui vient d'être critiquée, nous dirons, en thèse générale, que le pacte produit toujours une obligation naturelle.

§ II. — OBLIGATIONS NATURELLES RÉSULTANT D'UNE OBLIGATION NULLE PAR SUITE DE L'INCAPACITÉ DES PARTIES CONTRACTANTES

3025. Il arrive souvent que le consentement des personnes que le droit commun considère comme incapables de s'obliger engendre, à défaut d'obligation civile, une obligation naturelle. Bien entendu, il faut essentiellement supposer qu'il y a eu véritablement consentement, accord de volontés et intention formelle de s'exprimer. C'est pourquoi nous ne parlerons ni des *fous* ni des *infantes*, car ces personnes, n'ayant point l'intelligence de leurs actes, ne sauraient être admises à former aucun lien de droit, de quelque nature qu'il soit. — Il en est tout autrement de certaines personnes dont la capacité intellectuelle est complète, mais dont la capacité civile a été restreinte par des considérations politiques, sociales ou de famille. Tels sont : les esclaves, les pupilles, les mineurs de vingt-cinq ans, les prodigues interdits, les femmes en tutelle, les fils de famille quant à certains actes. Reprenons ces différentes situations.

3026. 1° *Esclaves*. — Nous avons déjà vu (n° 338) que les obligations contractées par l'esclave étaient nulles d'après le droit civil, tant contre son maître que contre lui-même, mais qu'elles étaient considérées comme des *obligations naturelles*. Il en résulte que ces obligations produisent, à l'égard des tiers, toutes les conséquences ordinaires des obligations naturelles, et qu'elles peuvent notamment être garanties par des fidéjusseurs. (Gaïus, III, § 119.) Mais, quant à l'esclave, elles demeurent sans effet, tant qu'il n'est point affranchi, par la raison que, n'ayant ni biens personnels ni capacité civile, en ce qui le concerne il ne peut ni payer, ni donner un gage ou une hypothèque, ni opérer une novation, ni faire un pacte de constitut générateur d'actions. (L. 19, § 4. D. 39, 5.) — On s'est demandé si, même après l'affranchissement de l'esclave, cette obligation naturelle pouvait lui être opposée par voie de compensation? Plusieurs interprètes penchent pour l'affirmative, mais à la condition que l'esclave ait gardé un pécule, et jusqu'à concurrence seulement du montant de ce pécule. (LL. 18 et 19, pr. et § 1. D. 3, 5.)

3027. 2° *Pupilles*. — Nous savons (n^os^ 681 et suiv.) que l'*infans* ne peut jamais contracter ; que l'obligation, contractée par un pupille sorti de l'*infantia*, est civilement valable, pour le tout, si elle a été consentie avec l'*auctoritas tutoris*, et jusqu'à concurrence de l'enrichissement du pupille, si l'*auctoritas* faisait défaut. Nous savons également (n° 687, *in fine*) que, si le pupille a contracté sans l'*auctoritas tutoris*, alors même qu'il ne s'est pas enrichi, il reste tenu d'une *obligation naturelle*. Cette doctrine est confirmée par

Gaïus, Pomponius, Papinien, Marcien, Paul, et enfin par les *Institutes* [1]. Il est vrai que deux textes, l'un de Nératius (L. 41. D. 12, 6), l'autre de Licinius Rufinus (L. 59. D. 44, 7), prétendent au contraire que, dans les circonstances qui viennent d'être indiquées, il ne naît point d'obligation naturelle à la charge du pupille. Certains interprètes ont cherché à concilier deux doctrines aussi complétement opposées, mais je crois qu'il faut uniquement constater, comme on est si souvent obligé de le faire en droit romain, qu'il y avait deux opinions; et que, de ces deux opinions, celle qui mettait une obligation naturelle à la charge du pupille (qui, sans devenir *locupletior*, avait contracté sans l'*auctoritas tutoris*) avait été admise par la majorité des jurisconsultes les plus éminents, et fut définitivement sanctionnée par les *Institutes*.

3028. Reste donc à savoir quels seront les effets de cette obligation naturelle. En ce qui concerne les tiers, nous dirons, comme pour l'esclave, que cette obligation a de suite toute son efficacité. (Gaïus, III, §§ 119, 176.) Quant au pupille, on ne voit pas trop à quelle sanction il sera soumis. En effet, il ne faut point, directement ou indirectement, neutraliser la règle qui le proclame incapable. Par conséquent, s'il paye cette dette naturelle avant d'avoir atteint l'âge de la puberté, ce payement est nul, ainsi que tout autre acte qui aurait pour but de faire produire quelque effet à l'obligation naturelle ; mais par contre, dès que le pupille a atteint l'âge de la puberté, sa capacité étant complète désormais, tout acte émané de lui-même vaudra pour donner un effet utile à l'obligation jusqu'alors si complétement paralysée ; ainsi le payement, même fait par erreur, vaudra, et l'ex-pupille ne pourrait exercer la *condictio indebiti*. Cette décision, on l'a compris, repose sur deux éléments : l'obligation naturelle préexistante, un fait nouveau accompli par l'ex-pupille depuis sa majorité. Si ce dernier élément fait défaut, il est probable que l'obligation naturelle ne produisait aucun effet même par voie d'exception ; par conséquent, si le créancier naturel devient débiteur civil de l'ex-pupille, il ne pourra invoquer la compensation, puisqu'un fait nouveau, se rattachant pour la consacrer à l'obligation naturelle, ne s'est point produit.

3029. 3° *Mineurs de* 25 *ans*. — Tout ce qui vient d'être dit du pupille s'applique aux mineurs de vingt-cinq ans, en se plaçant naturellement dans la doctrine qui les considère comme incapables de

---

1. Gaïus, III, §§ 119 et 176 ; L. 42, pr. D. 12, 2 ; L. 127. D. 45, 1 ; L. 25, § 1. D. 36, 2 ; LL. 44 et 95, § 2. D. 46, 3 ; L. 19, § 4. D. 39, 5 ; L. 1, § 1. D. 46, 2 ; L. 21, pr. D. 35, 2 ; *Inst.*, § 3, III, xxix.

contracter seuls des obligations civiles. (M. Accarias, n° 175.) Nous renvoyons, pour ces diverses questions de capacité du pubère mineur de vingt-cinq ans, à notre tome Ier, nos 726 à 749.

3030. 4° *Prodigues interdits.* — Nous avons vu (nos 715, 716) que la capacité du prodigue interdit peut être comparée à celle du pupille. Nous dirons donc qu'ils peuvent s'obliger naturellement, et que cette obligation naturelle produit les mêmes effets que celle à la charge du pupille.

3031. 5° *Femmes en tutelle.* — Nous savons déjà (nos 700 à 713) quelles évolutions subit la tutelle des femmes. Nous n'y reviendrons pas. Mais, en nous plaçant dans l'hypothèse où une femme *sui juris* contracte sans l'autorisation du tuteur, il est tout d'abord certain qu'elle s'oblige naturellement, puisque cette obligation peut être garantie par un *adpromissor* et a la force de nover une obligation antérieure. (Gaïus, III, §§ 119, 176.) Quant aux effets de cette obligation naturelle, M. Accarias (t. II, p. 778) établit une distinction ingénieuse : si la femme est soumise à une tutelle sérieuse, celle du patron ou d'un ascendant, l'obligation ne pourra probablement être opposée qu'à des tiers, mais non à la femme, ce qui causerait un préjudice au tuteur lui-même, dans l'intérêt de qui la tutelle de la femme a évidemment été organisée; si, au contraire, il s'agit de toute autre espèce de tutelle, l'obligation de la femme a la même énergie que celle qu'engendrent les pactes. — Malheureusement cette distinction ne s'appuie sur aucun texte.

3032. 6° *Fils de famille emprunteur.* — Un sénatus-consulte *macédonien*, que nous retrouverons plus tard *aux actions*, avait défendu aux fils de famille d'emprunter; si donc en fait un fils de famille a emprunté, il ne sera pas civilement obligé à restituer l'argent prêté. Toutefois on décide que si, devenu *sui juris*, il rembourse le montant du prêt, il ne saurait désormais répéter, invoquer une *condictio indebiti*, « *quia naturalis obligatio manet* ». De ce que cette convention du fils produit une obligation naturelle, résulte que cette dernière peut être garantie par une obligation accessoire, un fidéjusseur par exemple. Mais ici nous devons noter un point très-curieux : si le fidéjusseur du fils peut recourir contre lui, il pourra vis-à-vis du créancier invoquer lui aussi l'exception *senatus consulti Macedoniani*, car autrement on priverait indirectement le fils de famille du bénéfice de ce sénatus-consulte. Dès lors le fidéjusseur, n'étant point obligé civilement, reste néanmoins tenu naturellement. Si, au contraire, le fidéjusseur a cautionné le fils *animo donandi*, sans esprit de recours contre le fils de famille, il sera tenu civilement, et ne pourra répondre à l'action du prêteur par l'excep-

tion du sénatus-consulte Macédonien. A la différence de cette doctrine, nous avons vu que l'exception *senatus-consulti Vellejani* pouvait toujours être invoquée par le fidéjusseur de la femme *intercedens*. (N° 2455; voir aussi les lois 9, § 3. D. 14, 6 ; 16, § 1. D. 16, 1.)

3033. Laissons maintenant de côté le fidéjusseur, et recherchons dans quelle mesure le fils de famille lui-même est tenu. Il faut encore distinguer : 1° tant que le fils de famille reste dans cette situation, en principe, son obligation naturelle ne peut réagir ni contre lui-même, ni, *a fortiori*, contre son père ; mais en pratique quelques jurisconsultes accordaient certains effets à cette obligation. Ainsi le père de famille peut bien revendiquer les deniers payés par le fils de famille, tant que ces deniers sont encore entre les mains du créancier ; mais, s'ils ont été consommés, on lui refuse la *condictio indebiti*. (L. 14. D. 12, 1.) Julien, au contraire, autorisait cette *condictio* d'une manière générale (L. 9, § 1, D. 14, 6) ; — 2° si le fils de famille est devenu *sui juris*, il semble que l'obligation naturelle devrait produire tous ses effets. Il n'en est rien, et le débiteur, condamné pour n'avoir pas invoqué l'exception, pourra encore l'opposer à l'action *judicati*. (L. 11. D. 14, 6.)

Il conviendra de lire, si l'on veut approfondir cette matière, M. Accarias, n^os^ 591, et t. II, p. 779 et 780, ainsi que le remarquable ouvrage de M. Machelard, professeur à la Faculté de droit de Paris, *Des obligations naturelles en droit romain*.

§ III. — OBLIGATIONS NATURELLES RÉSULTANT DU DROIT DE PUISSANCE UNISSANT ENTRE ELLES LES DEUX PARTIES CONTRACTANTES.

3034. Toute obligation qui prend naissance entre deux personnes, dont l'une est sous la puissance de l'autre, ne peut être qu'une obligation naturelle ; c'est une conséquence du principe d'après lequel aucune action en justice n'est possible entre de telles personnes. Nous reviendrons sur cette matière en étudiant l'action *de peculio ;* mais dès à présent nous établirons une distinction : si le père de famille joue le rôle de *débiteur*, il ne pourra faire cautionner sa dette par un fidéjusseur ; si, au contraire, c'est le père qui est créancier, il pourra parfaitement recevoir des sûretés accessoires (Gaïus, III, § 119). — Si nous supposons maintenant que, postérieurement au contrat intervenu entre le fils ou l'esclave d'une part, le père de famille ou le maître d'autre part, ce fils et cet esclave deviennent *sui juris*, l'obligation naturelle acquiert tous les effets qui étaient suspendus jusque-là, et notamment repoussera la répétition d'un payement fait pas erreur.

§ IV. — AUTRES OBLIGATIONS NATURELLES

3035. 1° L'esclave qui contracte une obligation envers un étranger ne s'oblige que naturellement. (L. 14. D. 44, 7.)

3036. 2° Le débiteur, qui subit la *minima capitis deminutio*, reste obligé naturellement, quoique civilement sa dette soit éteinte. Le prêteur donne même contre lui une *action fictice*. (L. 2, §§ 1 et 2. D. 4, 5.)

3037. 3° En principe, le créancier qui devient unique héritier de son débiteur voit sa créance éteinte par confusion. Mais s'il n'est pas héritier proprement dit, s'il n'a fait adition que pour transmettre l'hérédité à un tiers à titre de fidéicommis, il demeure créancier naturel. (L. 59, pr. D. 36, 1.) On pourrait trouver, et même justement, que cette décision est encore bien rigoureuse ; mais il est probable qu'en pratique il intervenait un arrangement entre le fiduciaire et le fidéicommissaire, et que ce dernier désintéressait le fiduciaire de la perte qu'il allait éprouver. En effet, c'est tout autre chose d'être titulaire d'une créance civile ou d'être titulaire d'une créance naturelle.

3038. 4° Il y avait un édit ainsi conçu : « *Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi juris statuerit, ipse, quandoque adversario postulante, eodem jure uti debet.* » (L. 1, § 1. D. 2, 2.) En d'autres termes, si je suis débiteur d'un homme qui, ayant été magistrat, a refusé de reconnaître la validité d'une dette semblable à celle dont je suis tenu envers lui, je puis invoquer cette décision et refuser de lui payer ma dette. Malgré cela, tout en cessant, dans l'espèce, d'être débiteur civil, je continue à rester obligé naturellement ; c'est pourquoi, si je paye ma dette, je ne pourrai ensuite la répéter : « *Ex hac causa solutum repeti non posse Julianus putat ; superesse enim naturalem causam quæ inhibet repetitionem.* » (L. 3, § 7. D. 2, 2.)

3039. Remarquons, en terminant cette matière peu intéressante, que les obligations naturelles s'éteignent *ipso jure* par un simple pacte ou par le serment. Il est naturel, en effet, que, reposant uniquement sur un lien d'équité, elles s'éteignent par les mêmes raisons : « *Naturalis obligatio, ut pecuniæ numeratione, ita justo pacto, vel jurejurando ipso jure tollitur : quod vinculum æquitatis, quo solo sustinebatur, conventionis æquitate dissolvitur...* » (L. 95, § 4. D. 46, 3.)

SECTION III. — OBLIGATIONS QUI NAISSENT EX DELICTO

(*Inst.*, IV, I, II, III, IV.)

3040. On appelle *délit*, chez les Romains, un fait illicite, préjudiciable à autrui, qui a été prévu et qui est puni par la loi. On ne distingue point s'il y a eu intention frauduleuse, intention de nuire. Ce qui frappe surtout l'esprit romain, c'est un préjudice causé, et par conséquent qu'il est équitable de réparer.

3041. Le mot délit n'a donc point, à Rome, la même signification qu'en France, quoique cependant il y ait, chez nous également, certains délits qui ne supposent pas nécessairement l'intention frauduleuse.

3042. Nous considérons ici les délits au point de vue du droit privé, c'est-à-dire au point de vue des réparations à poursuivre par la partie lésée, au moyen d'une action privée, d'un *judicium privatum*. Il faut savoir, en effet, qu'au point de vue de la répression pénale, les Romains admettent parfaitement des poursuites criminelles ; mais ces poursuites étaient soumises à des règles toutes particulières, et entièrement différentes des actions civiles. Elles n'offrent donc aucun intérêt au point de vue du droit privé, seul objet de nos études, et l'on peut s'étonner que les *Institutes*, ainsi que nous le verrons, aient cru devoir parler de ce sujet tout spécial, dans le titre XVIII du livre IV.

3043. Revenons donc aux *delicta privata*, les seuls qui nous intéressent, et que les *Institutes* énumèrent au nombre de quatre : *furtum*, *rapina*, *damnum injuria datum*, *injuria*.

Avant d'entrer dans le détail de ces délits privés, disons que les obligations qu'ils produisent naissent réellement *ex re;* en effet, c'est le fait même constitutif du délit qui donne au même instant naissance à l'action.

D'un autre côté, on verra que ces délits peuvent donner lieu à deux espèces d'actions : une action *privée*, qui assure la réparation du préjudice causé ; une action *pénale*, consistant dans une condamnation pécuniaire infligée au profit de la partie lésée.

Tit. Ier. Pr. « Nous avons parlé, dans le livre précédent, des obligations qui naissent des contrats et des quasi-contrats ; nous devons traiter maintenant de celles qui naissent des délits et quasi-délits. Les premières, comme nous l'avons dit en son lieu, sont de quatre espèces ; celles-ci sont toutes d'une même nature, car elles sont toutes réelles (*nascuntur re*), c'est-à-dire naissent du délit même, savoir : du vol, de la rapine, du dommage ou de l'injure.

CHAPITRE PREMIER

DU FURTUM (VOL)

(*Inst.*, IV, I.)

ÉTYMOLOGIE. — DÉFINITION

§ 1. « Le vol est le déplacement frauduleux d'une chose, soit que le détournement porte sur la chose elle-même, ou sur son usage, ou sur sa possession. Le vol est défendu par la loi naturelle.

§ 2. « Le mot *furtum* (vol) vient ou du mot *furvum*, qui signifie noir, parce que les vols se font clandestinement, dans l'obscurité, et ordinairement la nuit; ou du mot *fraus* (fraude); ou du mot *ferre* ou *auferre*, qui signifie emporter; ou enfin du grec; car les Grecs appellent les voleurs φυρας, mot qui lui-même vient de φερειν (emporter).»

3044. Nous n'avons point besoin d'insister sur l'étymologie du mot *furtum;* la lecture du § 2 ci-dessus nous suffira. Nous n'avons que quelques mots à ajouter au § 1. C'est à Paul que les *Institutes* ont emprunté leur définition du vol (L. 1, § 3. D. 47, 2), laquelle contient d'ailleurs une lacune importante; en effet, le *furtum* ne peut s'appliquer qu'à une chose mobilière : « *Abolita est quorumdam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri.* » (L. 38. D. 41, 3.) Par conséquent, on peut poser en principe que jamais une chose immobilière ne peut être volée.

3045. Les développements que nous allons donner sur cette matière du *furtum* se diviseront en deux articles : le premier consacré au vol en lui-même, étudié dans ses éléments constitutifs et dans les formes diverses sous lesquelles il peut se présenter; le second consacré aux actions nées du *furtum*, et qui se divisent, ainsi qu'il a été dit plus haut, en actions civiles et action pénale, dite *actio furti*.

ARTICLE PREMIER. — DU VOL EN LUI-MÈME.

§ Ier. — ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU VOL

§ 6. « On se rend coupable de vol, non-seulement lorsqu'on détourne la chose d'autrui pour la lui enlever, mais encore lorsqu'on dispose de la chose d'autrui contre l'intention du propriétaire. Ainsi, commettent un vol : le créancier qui se sert du gage, le dépositaire qui fait usage du dépôt, le commodataire qui emploie la chose prêtée à un usage autre que celui déterminé par le contrat. Par exemple, se rend coupable de vol celui qui, ayant emprunté de l'argenterie pour donner un repas à ses amis, l'emporte en voyage; et encore celui qui ayant emprunté un cheval le conduit plus loin qu'on n'était con-

venu ; les anciens l'avaient décidé par rapport à celui qui aurait conduit à une bataille un cheval qu'on lui aurait prêté pour faire un voyage.

§ 7. « On a cependant décidé que ceux qui emploient les choses prêtées à un usage différent de celui dont on est convenu ne se rendent coupables de vol qu'autant qu'ils savent qu'en agissant ainsi ils vont contre les intentions du propriétaire, et avec la conviction que celui-ci ne permettrait pas, s'il en était instruit, l'usage que l'on fait de sa chose. Mais ceux qui croient que le propriétaire ne refuserait pas, si on la lui demandait, la permission de faire de la chose tel ou tel usage, ne paraissent pas coupables de vol : cette distinction est très-juste, car il n'y pas de vol sans intention de voler.

§ 8. « A l'inverse, on a décidé qu'il n'y a pas de vol lors même que le commodataire croirait user de la chose d'une manière contraire aux intentions du propriétaire si, d'ailleurs, celui-ci approuve l'usage que l'on fait de sa chose. Ceci a donné lieu à la question suivante : Titius sollicitait l'esclave de Mævius de voler certains objets à son maître pour les lui apporter ; l'esclave a dénoncé ce fait à son maître qui, voulant saisir Titius en flagrant délit, a permis à l'esclave d'enlever et de porter chez Titius les objets en question : on demandait si Titius était soumis à l'action de vol ou à l'action en corruption d'esclave (*servi corrupti*) ; ou si, au contraire, il n'avait à craindre ni l'une ni l'autre action ? La question nous ayant été proposée, nous avons trouvé que, parmi les anciens jurisconsultes, les uns refusaient l'une et l'autre action, les autres n'accordaient que l'action de vol.

« Quant à nous, voulant couper court à toutes ces subtilités, nous avons décidé que le maître de l'esclave aurait non-seulement l'action de vol, mais encore celle en corruption d'esclave. Il est vrai que, dans l'espèce proposée, l'esclave n'a pas été corrompu, et que, par conséquent, les conditions requises pour intenter l'action *servi corrupti* ne se trouvent pas réunies : cependant, comme les projets du corrupteur tendaient à détruire la probité de l'esclave, nous voulons qu'il soit soumis à la même action pénale que s'il eût réussi, afin que son impunité n'encourage pas d'autres personnes à faire des tentatives du même genre sur des esclaves moins difficiles à corrompre.

§ 9. « Parmi les choses qui peuvent faire l'objet d'un vol, on comprend même les personnes libres, lorsqu'elles sont soumises à la puissance d'autrui (*alieni juris*) ; par exemple, quand on enlève les enfants soumis à notre puissance paternelle.

§ 10. « On peut même quelquefois considérer comme voleur le propriétaire qui soustrait sa propre chose ; par exemple, le débiteur qui soustrait l'objet qu'il a donné en gage à son créancier. »

3046. Les éléments constitutifs du vol sont au nombre de trois. Il faut qu'il y ait : 1° *contrectatio rei* ; 2° *contrectatio fraudulosa* ; 3° *contrectatio lucri faciendi gratia*.

3047. 1° *Contrectatio rei*. — Le mot *contrectatio*, dont le sens strict est *maniement*, présente une signification beaucoup plus large que l'expression française *soustraction*. Il comprend non-seulement toute soustraction, mais tout accaparement de la chose, et même tout détournement de la destination qui était donnée à la chose. Ainsi nous dirons qu'il y a vol, non-seulement si l'on s'approprie la chose d'autrui *animo domini*, mais encore : si le commodataire fait de la chose un autre usage que celui qui était convenu, si le créancier gagiste ou le dépositaire se sert de la chose qui lui a

été remise, si le créancier gagiste refuse de restituer le gage, si j'affecte à mes besoins personnels une somme que j'ai reçue pour la verser à une personne déterminée, si le nu-propriétaire s'empare de la chose dont un autre a l'usufruit. Ces différents vols ont reçu des appellations variées. Ainsi :

3048. On dit qu'il y a *furtum ipsius rei* lorsque le vol porte sur la chose elle-même et sur la chose entière, quand on s'en empare *animo domini*, lorsque « *aliquis intercipiendi causa rem alienam amovet* ». Ce vol est celui qui se présente le plus communément.

3049. On dit qu'il y a *furtum usus*, quand, au lieu de détourner la chose elle-même, c'est seulement l'usage de cette chose qu'on s'est à tort approprié. Ainsi un créancier gagiste ou un dépositaire n'a pas le droit de se servir de la chose qui lui a été remise en gage ou en dépôt. Si donc, en fait, il s'en sert, il commettra un *furtum usus*. Il faut en dire autant du commodataire qui fait de la chose un autre usage que celui qui aurait été convenu ; on poussait même ce principe très-loin, ainsi que le prouve le texte suivant : .... Il y a *furtum usus* « *si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad cœnam invitaturus et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem equum perduxisset* ». (Gaïus, III, § 196.) — Il y aura aussi *furtum usus* dans le cas où le nu-propriétaire s'empare de la chose dont un tiers a l'usufruit.

3050. On dit qu'il y a *furtum possessionis* lorsque le propriétaire lui-même enlève sa chose, soit à une personne qui la possède et qui est intéressée à conserver cette possession, comme un créancier gagiste non payé ou un possesseur de bonne foi, soit même à un simple détenteur, régulièrement nanti, et intéressé à ne point se voir enlever la chose qu'il détient ; tel est le cas du commodataire ou de l'usufruitier qui a fait sur la chose des dépenses nécessaires, et qui exerce sur elle un droit de rétention pour se faire indemniser. (L. 15, § 1 et 2 ; L. 59. D. 42, 2.)

Pour en finir avec les choses qui peuvent être l'objet d'un vol, il faut dire qu'elles doivent présenter nécessairement les quatre caractères suivants :

3051. *A*. Elles doivent être *corporelles*, sans quoi il n'y aurait point de *contrectatio* possible.

3052. *B*. Elles doivent être *in commercio ;* par conséquent, ni les choses sacrées, ni les choses publiques, ni les personnes libres, ne peuvent faire l'objet d'un *furtum* [1]. Par exception, si on s'empare,

1. Ces faits ne resteraient pas d'ailleurs impunis. Il y a même des péna-

en fait, d'un fils de famille, d'un débiteur incarcéré chez son créancier à raison d'une condamnation inexécutée (*judicatus*), d'un individu qui a loué ses services comme gladiateur (*auctoratus*), l'action *furti* sera donnée : au père qui ne peut plus bénéficier du travail de son fils, au créancier qui ne peut plus se payer en vendant le débiteur, au *conductor* qui ne peut plus faire exécuter le bail. (Gaïus, III, 199 ; L. 14, § 13. D. 42, 2; § 9 de n. t.)

3053. *C*. Elles doivent être mobilières; nous avons déjà dit que le *furtum* ne pouvait s'appliquer à des choses immobilières.

3054. *D*. Elles doivent, enfin, être possédées, car on ne vole pas les choses qui n'ont point de possesseur. Paul fait une application de cette idée, en disant : « *Rei hereditariæ, antequam ab herede possideatur, furtum fieri non potest.* » (*Sent.*, II; XXXI, § 11.) En cette matière, en effet, la fiction « *hereditas personam sustinet* » est mise de côté, et l'hérédité est considérée comme ne pouvant, même fictivement, détenir; par conséquent, tant qu'elle reste jacente, les choses héréditaires restent sans possesseur, ce qui a pour résultat d'exclure l'idée du *furtum* pendant tout le temps qui s'écoule entre l'ouverture de l'hérédité et la prise de possession réelle par l'héritier (Gaïus, III, § 201 ; Paul, *Sent.*, 31, § 2). — D'ailleurs il faut bien comprendre que, si l'appréhension des choses héréditaires n'est point punie par l'action *furti*, elle ne reste pas non plus sans répression. Elle est punie par le *crimen expilatæ hereditatis*. C'est ce que dit formellement le jurisconsulte Ulpien dans le texte suivant: « ... *Apparet expilatæ hereditatis crimen eo casu intendi posse quæ casu furti actio non potest, scilicet ante aditam hereditatem, vel post aditam antequam res ab herede possessæ sunt : nam in hunc casum furti actionem non competere palam est.* » (L. 2, § 1. D. 47, 19.)

3055. 2° *Contrectatio fraudulosa*. — Il ne peut y avoir *furtum* sans intention frauduleuse, sans l'*animus furandi*. Par exemple, un héritier trouve dans les choses héréditaires une chose qu'il croit provenir du *de cujus*, tandis qu'elle avait été remise à ce dernier à titre de prêt, de location ou de dépôt; s'il la vend ou la donne, il ne commet point un *furtum*. Il en serait de même si, au lieu d'une erreur de fait, il y avait erreur de droit, par exemple si l'usufruitier d'une esclave, croyant par erreur que le part lui appartient, vend ou donne l'enfant né de cette esclave. Toutefois l'erreur de droit ne peut naturellement être invoquée que si elle est excu-

---

lités très-sévères, ainsi qu'on le verra en lisant les §§ 9 et 10 du dernier titre des *Institutes*.

sable, c'est-à-dire si la règle qu'elle viole peut être raisonnablement ignorée.

3056. Si l'intention frauduleuse est nécessaire à l'existence du *furtum*, faut-il dire qu'elle suffise à le constituer? Autrement dit, faut-il qu'il y ait la réunion du *corpus* (détournement) et de l'*animus* (intention frauduleuse)? En principe, il est certain qu'il n'y a pas *furtum* sans le *corpus*, c'est-à-dire s'il y a seulement eu intention frauduleuse, *animus furandi*. Par exemple, je suis commodataire, et je fais de la chose un usage autre que celui qui, dans ma pensée, était déterminé par le contrat. Mais, en fait, il se trouve que le commodant consentait parfaitement à cet usage? Il n'y aura pas *furtum usus* : « *Sola cogitatio furti faciendi non facit furem.* » (L. 1, § 1. D. 47, 2.) — Mais toutes les espèces ne sont point aussi simples que celle qui vient d'être proposée. Par exemple, j'engage votre esclave à vous dérober une chose et à me la remettre. Or votre esclave, qui vous est fidèle, vous rend compte de ma proposition; vous l'engagez, pour me prendre sur le fait, à agir comme si, à votre insu, il obéissait à mes conseils; cet esclave m'apporte donc la chose que je crois être volée et je m'en empare? On peut se demander s'il n'y aura pas lieu à deux actions : l'action *furti*, puisque j'ai bien eu l'*animus fraudandi* et que, matériellement, il y a eu de ma part *contrectatio rei;* l'action *servi corrupti*, puisque j'ai cherché à corrompre votre esclave? — Gaïus, conformément à une saine appréciation des éléments constitutifs du délit, n'accorde ni l'une ni l'autre de ces deux actions, puisque, quant à l'action *furti*, s'il y a eu *contrectatio rei* et *animus furandi* de ma part, la *contrectatio* n'était point pour cela frauduleuse, puisqu'elle n'a eu lieu qu'avec votre assentiment; et que, quant à l'action *servi corrupti*, si j'ai eu l'intention de corrompre votre esclave, le délit n'a point, en fait, été commis : « *Deterior servus factus non est.* » (Gaïus, III, 198.) Justinien prend le contre-pied de cette doctrine, et accorde les deux actions simultanément. On peut s'étonner que Justinien ait consacré ce système, absolument contraire aux principes qu'il proclame lui-même, puisque, d'une part, il admet qu'il n'y a pas *furtum* de la part du commodataire *qui credit invito domino se rem contrectare*, *quum domno volente id fiat*, et que, d'autre part, il reconnnaît que, dans l'espèce, les conditions exigées pour l'action *servi corrupti* n'existent pas : « *Licet is servus deterior a sollicitatore minime factus est, et ideo non concurrunt regulæ quæ servi corrupti actionem introducerent, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est...* » Il explique du reste cette dérogation aux principes en continuant : « .....*ut sit et pœnalis actio*

imposita, tanquam si re ipsa fuisset servus corruptus, ne, ex hujusmodi impunitate, et in alium servum qui facile possit corrumpi, tale facinus a quibusdam perpetretur. » (§ 8 d. n. t.)

3057. En terminant ce point de l'intention frauduleuse, on comprend que celui-là seul puisse être coupable de *furtum*, qui a conscience du délit commis : « ..... *qui intelligit se delinquere.* » En conséquence, suivant Gaïus et la plupart des jurisconsultes, l'impubère n'est réputé commettre un *furtum* que s'il est *pubertati proximus.* (Nos 675 et suiv.)

3058. 3° *Contrectatio lucri faciendi gratia.* — Pour qu'il y ait *furtum*, il faut que la *contrectatio* ait pour but d'acquérir un avantage, de s'approprier une chose. (§ 6 de n. t.; L. 1, § 3. D. 47, 2.)

Par conséquent, celui qui s'empare d'une chose, non pour se l'approprier, mais pour nuire au propriétaire ou possesseur de cette chose, ne commet pas un *furtum.* Tel est surtout le cas où j'ai détruit des objets appartenant à autrui ; et la loi des Douze-Tables a dû précisément créer, pour cette hypothèse, l'action *arborum furtim cæsorum*, sans laquelle le délinquant, qui a coupé mes arbres sans se les approprier, échappant à l'action *furti*, n'aurait point été puni de son méfait. (L. 8, §§ 1 et 2. D. 47, 7.) Du reste, il faut remarquer que, du moment où j'ai voulu m'approprier la chose, j'ai commis un *furtum*, alors même que je la donnerais aussitôt à un tiers ; car je n'ai pu la donner qu'en la traitant *comme mienne*, et c'est précisément là le caractère du *furtum.* (L. 54, pr. D. 47, 7.)

§ II. — DIVERSES ESPÈCES DE VOLS, ET DE CERTAINES RÈGLES SPÉCIALES QUANT A LEUR RÉPRESSION

§ 3. « Il y a deux espèces de vols, le vol manifeste et le vol non manifeste ; car, ainsi que nous le verrons plus bas, le vol appelé *conceptum* (trouvé chez quelqu'un) et le vol appelé *oblatum* (déposé chez quelqu'un) ne sont pas des espèces particulières de vols, mais seulement différentes actions qui ont lieu à l'occasion du vol. Le voleur manifeste est celui que les Grecs appellent ἐπ'αὐτόφωρῳ (voleur pris sur le fait) : ce qui doit s'entendre non-seulement de celui qui est absolument pris sur le fait, mais encore de celui qui est pris dans le lieu où le vol est commis ; par exemple, si celui qui a commis un vol dans une maison, ou dans un plant d'oliviers, ou dans une vigne, est arrêté avant d'avoir passé la porte, d'être sorti du plant d'oliviers ou de la vigne. La qualification de vol manifeste reçoit même une acception encore plus étendue ; car on le répute tel, toutes les fois que le voleur a été vu ou arrêté par le propriétaire ou par tout autre, dans un lieu public ou privé, tenant encore la chose volée, avant d'être parvenu dans le lieu où il se proposait de la déposer. — Mais, dès qu'il a porté la chose dans le lieu où il avait intention de la placer, il n'est plus voleur manifeste, quand même on le trouverait nanti de la chose volée. Ce que nous venons de dire suffit pour faire reconnaître le vol non manifeste ; car tout vol qui n'a pas les caractères du vol manifeste est un vol non manifeste.

§ 4. « Le vol est appelée *furtum conceptum* quand la chose volée a été cherchée et trouvée chez quelqu'un, en présence de témoins : celui chez qui la chose a été trouvée ainsi, bien qu'il soit innocent du vol, est soumis à une action particulière, dite *furti concepti.* — Le vol est appelé *furtum oblatum* quand la chose volée vous a été offerte et a été ensuite trouvée chez vous, bien entendu, si le dessein de celui qui vous l'a offerte a été qu'elle fût trouvée plutôt chez vous que chez lui : dans ce cas, vous chez qui on a trouvé la chose, vous avez contre celui qui vous l'a offerte, bien qu'il ne soit pas lui-même le voleur, une action particulière dite *furti oblati.* — Il y a aussi une action dite *furti prohibiti* contre celui qui s'est opposé aux perquisitions que l'on voulait faire chez lui, en présence de témoins, pour chercher la chose volée. — Enfin le préteur a établi une peine contre celui qui n'a pas exhibé un objet volé, trouvé chez lui ; l'action donnée dans ce cas est appelée *furti non exhibiti.* — Mais ces quatre actions *furti concepti*, *furti oblati*, *furti prohibiti* et *furti non exhibiti* sont tombées en désuétude. Elles se rattachaient à l'ancien mode de perquisition des choses volées ; or, ce mode n'étant plus en usage, les actions ci-dessus énumérées ont cessé d'être usitées. — Au reste, il est évident que tous ceux qui reçoivent ou recèlent sciemment une chose volée sont soumis à l'action de vol non manifeste

§ 5. « La peine du vol manifeste est du quadruple, que le vol ait été commis par un esclave ou par une personne libre. La peine du vol non manifeste est du double.

3059. Après ce texte si complet, il n'y a point besoin de longs commentaires, d'autant plus que le sujet est peu intéressant au point de vue du droit et des principes. Laissant les caractères de chacun de ces genres de vols (ou actions assimilées) se dégager du texte même, nous dirons en résumé : 1° que les actions *furti manifesti*, *furti exhibiti* et *furti prohibiti* étaient données au quadruple; 2° que les actions *furti concepti* et *furti oblati* étaient données au triple ; 3° que l'action *furti nec manifesti* était donnée au double. (Lire les §§ 183 à 194, Gaïus. C. III.)

3060. Quoi qu'il en soit, et sans parler des châtiments corporels qui, dans l'ancien droit, venaient s'ajouter à la condamnation pécuniaire, nous dirons que sous Justinien les actions *furti concepti*, *oblati*, *prohibiti*, *non exhibiti*, tombées depuis longtemps en désuétude, furent légalement abrogées, de telle sorte qu'il ne resta que deux actions privées, l'action *furti manifesti* et l'action *furti nec manifesti.* Il faut remarquer d'ailleurs que, sous Justinien, comme auparavant, le plaignant pouvait toujours recourir à un *crimen privatum* qui entraînait contre le voleur des peines corporelles (L. 92. D. 47, 2) ; mais le recours à cette action emportait renonciation à l'action *furti*, et la réciproque était sans doute admise. On peut supposer, mais c'est une opinion toute personnelle, que le plaignant employait le *crimen privatum*, soit quand l'objet volé était sans importance, soit surtout quand le voleur était complétement insolvable, cas auquel la condamnation pécuniaire était à peu près inutile.

3061. Remarquons encore que Justinien étend beaucoup les limites du *furtum manifestum*, en disant qu'il sera caractérisé par cela seul que le voleur aura été vu et pris tenant la chose et ne l'ayant point encore portée là où il se propose de la mettre. Cette décision n'était point conforme aux traditions classiques, ainsi que le prouve le § 184 de Gaïus : « Quelques-uns ont prétendu que le vol est manifeste quand il est découvert au moment même où il est commis; d'autres, allant plus loin, quand il est découvert dans le lieu où il est commis, comme si le vol a eu lieu dans une plantation d'oliviers, ou dans une vigne, ou dans une maison, tant que le voleur est dans le champ d'oliviers, dans la vigne ou dans la maison; d'autres, allant encore plus loin, disent qu'il y a vol manifeste si le voleur est pris emportant la chose au lieu où il voulait la placer; d'autres, allant encore plus loin, tant que le voleur est vu tenant la chose; ce dernier avis n'a pas prévalu : l'opinion de ceux qui pensent que le vol est manifeste s'il a été découvert avant que le voleur ait déposé la chose volée où il voulait la laisser avait sans doute certaines raisons en sa faveur, mais elle était vicieuse au fond, puisqu'on admettait ainsi le caractère de vol manifeste, même après plusieurs jours; en effet le voleur a souvent l'intention de transporter, ce qu'il a pris dans une ville, dans d'autres villes ou dans d'autres provinces... »

Remarquons encore que, même dans le droit de Justinien, toute personne qui sciemment reçoit ou recèle une chose volée se rend passible de l'action *furti nec manifesti*.

ARTICLE II. — ACTIONS RÉSULTANT DU FURTUM

§ 11. « L'action de vol est quelquefois donnée contre un individu qui n'a pas personnellement commis le vol, mais qui y a coopéré en assistant le voleur de son secours, sciemment et à dessein : tel est celui qui ferait tomber vos écus pour qu'un autre puisse s'en saisir; celui qui se placerait devant vous pour que le voleur puisse s'emparer de votre chose sans que vous le voyiez; celui qui mettrait en fuite vos brebis ou vos bœufs pour en faciliter la capture; et c'est notamment ce que les anciens ont décidé de celui qui, avec un morceau d'étoffe rouge, mettrait en fuite un troupeau de bœufs : cependant, si tout cela avait été fait par pure étourderie, et non pour faciliter un vol, il y aurait lieu seulement à une action *in factum*. Mais, quand Mœvius a aidé Titius à commettre le vol, il est constant que tous les deux sont tenus de l'action de vol; est réputé avoir aidé à commettre le vol celui qui a placé l'échelle sous les fenêtres, ou qui a brisé les portes ou les fenêtres pour faciliter l'introduction des voleurs; celui encore qui, connaissant l'usage qu'on devait en faire, a prêté les ustensiles avec lesquels on a enfoncé les portes ou les échelles qui ont servi à escalader les fenêtres. Mais on ne considère pas comme ayant coopéré au vol celui qui, sans donner aide ni assistance, a seulement engagé le voleur à commettre le vol et lui a donné des conseils à ce sujet.

§ 12. « Quand une personne soumise à la puissance d'autrui détourne les choses appartenant à son maître ou à son père de famille, il y a certainement vol : en conséquence la chose devient furtive et ne pourrait être usucapée sans être rentrée d'abord au pouvoir du propriétaire ; mais il n'y a pas lieu à l'action de vol, parce qu'il ne peut y avoir action entre le père et ceux qui sont soumis à sa puissance. Toutefois le tiers qui aurait coopéré au vol serait soumis à l'action de vol.

§ 13. « L'action de vol appartient à celui qui avait intérêt à ce que la chose ne fût pas volée, lors même qu'il ne serait pas propriétaire : aussi n'est-elle donnée au propriétaire qu'autant qu'il avait intérêt à ce que la chose ne périt pas.

§ 14. « Si donc une chose donnée en gage a été volée, il est constant que l'action de vol appartient au créancier gagiste, même quand le débiteur serait solvable : il est en effet plus avantageux au créancier de conserver le gage que d'agir par action personnelle. Le créancier aurait l'action de vol lors même que le voleur serait le débiteur lui-même.

§ 15. « Si un vêtement remis à un foulon pour le dégraisser ou à un tailleur pour le raccommoder moyennant un salaire convenu a été volé, l'action de vol appartient au tailleur ou au foulon, et non au propriétaire qui n'a aucun intérêt à ce que le vol n'ait pas eu lieu puisqu'il a l'action *locati* contre le foulon ou le tailleur pour se faire indemniser de la perte de son vêtement. L'acheteur de bonne foi de la chose d'autrui, quoique n'étant pas propriétaire, peut, comme le créancier gagiste, exercer l'action de vol. Mais le foulon et le tailleur n'ont l'action de vol qu'autant qu'ils sont solvables, c'est-à-dire en état de satisfaire le propriétaire de la chose volée ; s'ils sont insolvables, s'ils ne peuvent indemniser le propriétaire, c'est à ce dernier qu'appartient l'action de vol, parce qu'alors c'est à lui qu'il importe que la chose ne soit pas volée. Il faut appliquer la même décision au cas où le foulon et le tailleur seraient solvables pour partie.

§ 16. « Les anciens appliquaient au commodataire ce que nous venons de dire du tailleur et du foulon ; car si, à cause du salaire qu'ils reçoivent, ces derniers sont tenus de garder la chose, le commodataire y est obligé à cause des avantages que la chose lui procure.

« Mais, dans l'une de nos décisions, notre sagesse a aussi corrigé ce point en décidant que le propriétaire pourrait exercer à son choix soit l'action de commodat contre le commodataire, soit l'action de vol contre le voleur, mais qu'après avoir choisi l'une des deux actions il ne pourrait revenir à l'autre. Si donc il attaque de prime-abord le voleur, il n'a plus de recours contre le commodataire ; si, au contraire, il préfère attaquer le commodataire, c'est à ce dernier qu'appartiendra l'action de vol, pourvu, bien entendu, que le propriétaire, en attaquant le commodataire, ait eu connaissance du vol. — Si, au contraire, ignorant l'existence du délit, il a d'abord agi par l'action de commodat, et qu'ensuite, venant à apprendre le vol de sa chose, il veuille agir contre le voleur, nous l'y autorisons sans qu'on puisse l'en empêcher, sous le prétexte qu'à l'époque où il ignorait le vol il a dirigé son action contre le commodataire. — Mais, soit que le propriétaire ait connu ou ignoré le vol, s'il a déjà reçu satisfaction du commodataire, c'est à ce dernier seulement (et non au propriétaire) qu'appartient l'action de vol. — Au surplus, si, après avoir attaqué d'abord le commodataire, le propriétaire, en apprenant le vol, a abandonné la première poursuite pour s'attaquer au voleur, il est évident que, quel que soit le résultat de cette dernière poursuite, le commodataire est pleinement libéré : peu importe qu'il soit ou non solvable en tout ou en partie.

§ 17. « Le dépositaire n'est point tenu de la garde du dépôt, en ce sens qu'il ne répond que de son dol : aussi, quand la chose déposée est volée,

comme le dépositaire n'est point tenu de la restituer et qu'il n'a par conséquent aucun intérêt à ce que le vol n'ait pas eu lieu, ce n'est pas à lui, mais bien seulement au déposant qu'appartient l'action de vol.

§ 18. « On a demandé si un impubère commet un vol quand il détourne la chose d'autrui ? Comme il n'y a pas de vol sans intention, on a décidé que l'impubère n'est obligé, par suite du détournement, qu'autant qu'il était voisin de la puberté, et que, par conséquent, il a pu comprendre qu'il commettait un délit.

§ 19. « L'action de vol, soit au double, soit au quadruple, ne comprend uniquement que la poursuite de la peine. En dehors donc de l'action pénale de vol, le propriétaire peut encore réclamer la chose volée, soit par revendication, soit par condiction. — La revendication peut être exercée contre tout possesseur, même innocent du vol; la condiction (furtive) ne peut au contraire être dirigée que contre le voleur ou son héritier.

3062. Le vol donne lieu à plusieurs actions, les unes civiles, tendant à faire recouvrer l'objet volé ou une indemnité pour le préjudice subi (v. aux *Actions : actions rei persecutoriæ*) ; l'autre pénale, tendant à frapper le coupable d'une peine, mais bien entendu d'une peine pécuniaire. Car nous répétons encore une fois que, en étudiant le droit civil des Romains, nous ne devons point nous occuper des châtiments qui appartiennent au droit criminel. (V. *Inst. de Just.*, IV, XVIII.)

§ Ier. — ACTIONS CIVILES

3063. Les conséquences du *furtum*, au point de vue civil, sont de deux sortes : 1° tout d'abord, mais seulement s'il s'agit d'un *furtum rei*, la *res furtiva* devient en quelque sorte *res extra commercium*, et nul ne peut l'usucaper tant qu'elle n'a pas purgé ce vice constitutif, en rentrant dans les mains de son propriétaire (t. I. n° 943, 5°, 944 à 946); 2° ensuite, pour obtenir la chose, ou tout au moins sa valeur, le propriétaire volé a trois actions : la *rei vindicatio*, l'action *ad exhibendum*, la *condictio furtiva*. Ces trois actions ne sauraient être cumulées; en d'autres termes, le demandeur n'en pourrait invoquer plusieurs à la fois et simultanément, par la raison très-simple qu'un seul préjudice ne saurait donner lieu à plusieurs réparations. C'est l'application du principe que formule notre dicton : *Non bis in idem*. Toutefois ce principe n'en permettait pas moins de cumuler une de ces actions civiles avec l'action *furti*. Pourquoi? Par une subtilité théorique qui repose sur cette distinction : c'est que l'une quelconque des actions civiles est *rei persecutoria*, tandis que l'action *furti* est *pœnæ persecutoria*. Or, poursuivre d'un côté la réparation d'un préjudice, et, de l'autre, la répression d'un délit, n'est point, à la rigueur, poursuivre la même chose. (L. 7, § 1. D. 13, 1; L. 19. D. 47, 2.)

3064. I et II. **De la rei vindicatio et de l'action ad exhibendum**. — La première s'applique naturellement, puisque le *dominium* est resté intact en droit, malgré la dépossession de fait, et que dès lors le *dominus* doit être admis sans difficulté à revendiquer sa chose, aussi bien contre le voleur que contre tout autre détenteur; la seconde s'applique tout aussi naturellement, puisqu'elle est accordée à tous ceux qui peuvent revendiquer un meuble. Nous en avons vu plusieurs applications. (V. les nos 952, 953, 3e alinéa; 963, 971, 973, 974.) Rien de plus à dire sur ces deux actions.

3065. III. **Quant à la condictio furtiva**, elle présente des caractères très-singuliers, puisque son *intentio* porte que le défendeur doit transférer la propriété au demandeur; mais précisément le demandeur est déjà propriétaire, puisque la circonstance accidentelle du vol n'a pu éteindre son droit de propriété; comment donc le défendeur pourrait-il lui transférer la propriété de la chose volée? (Gaïus, IV, § 4.) En fait, le voleur ne peut obtempérer à l'injonction qui lui est énoncée; aussi en éprouvera-t-il une aggravation considérable dans la peine qu'il encourra. C'est ce que prouvent les trois décisions suivantes : 1° tandis que la revendication et l'action *ad exhibendum* ne se donnent contre les héritiers du possesseur que s'ils possèdent eux-mêmes, la *condictio furtiva* s'exerce contre ces mêmes héritiers, alors même qu'ils ne possèdent pas, car ils succèdent aux dettes du *de cujus*, et l'obligation de transférer la propriété est précisément une dette. (L. 42, D. 6, 1, § 19 de n. t.; — L. 7, § 2. D. 13, 1.) — 2° Tandis que la revendication et l'action *ad exhibendum* s'éteignent si la chose périt par cas fortuit, la *condictio furtiva* continue à s'appliquer, que la chose périsse entre les mains du voleur ou de ses héritiers, par la raison juridique que le vol emporte *mora*, et que cette demeure (qui se transmet aux héritiers) a précisément pour conséquence de mettre les cas fortuits à la charge du débiteur. (*Inst.*, § 26, II, 1; L. 20. D. 13, 1.) — 3° Par la même raison, tandis que le défendeur à l'action *ad exhibendum* ou à la revendication se libère en restituant la chose dans l'état où elle se trouve, sans son dol ni sa faute, le défendeur à la *condictio furtiva* doit restituer la plus haute valeur que la chose a obtenue depuis le délit, alors même que cette valeur aurait ultérieurement disparu. (L. 8, § 1; L. 13. D. 13, 1.) Ces deux caractères donnent, en fait, à la *condictio furtiva*, un caractère mixte entre l'action *rei persecutoria* et l'action *pœnæ persecutoria*. En effet, il est bien difficile d'admettre que cette action soit seulement *rei persecutoria*, qui, au cas de perte par cas fortuit, conduit à la restitution de la valeur de la chose péric, et qui, au cas de modification de la valeur

de la chose au cours de sa possession par le voleur, oblige celui-ci à restituer, non pas la valeur actuelle, mais la plus haute valeur que la chose ait eue. — En toute raison, il faudrait dire que, dans le premier cas, la *condictio furtiva* est complétement *pœnæ persecutoria*, et que, dans le second, elle se scinde en deux parties : *rei persecutoria*, jusqu'à concurrence de la valeur actuelle de la chose ; *pœnæ persecutoria*, jusqu'à concurrence de la différence entre la condamnation totale et la valeur actuelle de la chose.

3066. Quoi qu'il en soit, il faut bien noter que l'opinion qui vient d'être exprimée est toute personnelle, et absolument contraire aux textes, car ce sont précisément ces textes que nous entendons critiquer.

3067. Après avoir rapproché, au n° 3065, la *condictio furtiva* de l'action *ad exhibendum* et de la revendication, nous la comparerons à l'action *furti*, en disant en substance que, si elle a pour objet précisément la quantité qui sert de multiplicande dans l'action *furti* (L. 3. D. 13, 1), elle en diffère : 1° en ce qu'elle n'est point pénale ; 2° en ce qu'elle n'appartient jamais qu'au propriétaire de la chose volée ou à celui qui a sur elle un droit réel (L. 1 ; L. 12, § 2. D. 13, 1 ; L. 12, § 5. D. 7, 1) ; 3° qu'elle ne se donne que contre l'auteur du vol, mais jamais contre le complice (L. 6. D. 13, 1) ; 4° qu'elle ne saurait s'appliquer au cas exceptionnel où l'on admet le *furtum* d'un homme libre. (L. 28, § 1. D. 47, 2.)

3068. IV. On verra plus bas une quatrième action civile, une *condictio* dite *actio rerum amotarum*, et destinée à permettre à un conjoint de réclamer ce que lui a pris son conjoint, sans cependant violer, par l'emploi de l'action *furti*, les devoirs de déférence réciproque que deux conjoints se doivent l'un à l'autre.

§ II. — ACTION FURTI

3069. I. **Contre qui l'action furti est-elle donnée ?** — L'action *furti* atteint non-seulement le voleur, mais encore ses complices.

Dans quels cas y a-t-il complicité ?

3070. 1° *Complicité par dons, promesses, menaces, etc., aide et assistance, etc.* — C'est bien cette complicité que vise le § 11 de notre titre, en parlant de celui « *cujus* OPE CONSILIO *furtum factum est* ». Ulpien nous dit en effet : « CONSILIUM *dare videtur qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum ;* OPEM *fert qui ministerium atque adjutorium ad subripiendas res præbet.* » (L. 50, § 3. D. 47, 2.) C'est parfait, mais la complicité résulte-t-elle d'un seul

de ces deux éléments, ou des deux réunis ? Il est incontestable que, si le concours effectif (*ops*) a été donné en connaissance de cause, il y aura par cela seul complicité, et nous n'avons pas besoin pour l'expliquer de rappeler les espèces présentées par le § 11 de notre titre. Faut-il en dire autant du *consilium ?* Je ne crois pas que la question puisse être tranchée sans une distinction très-délicate en fait. Si par *consilium* on entend « *exhortation, encouragement, simple conseil,* » il n'y aura point complicité : « *certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.* » (§ 11, *in fine,* de n. t.) Mais si le *consilium* est un véritable concours moral, s'il est l'élément déterminant du délit, il y aura complicité : « *Qui servo persuasit ut fugeret, fur non est : nec enim qui alicui malum consilium dedit, furtum facit... Sed, si alius ei fugam persuaserit ut ab alio subripiatur, furti tenebitur is qui persuasit, quasi ope consilio ejus furtum factum sit...* » (L. 36, pr. D. 47, 2.)

En résumé, je crois qu'au point de vue de la complicité nous trouvons l'expression complète de la théorie romaine dans notre Code pénal français :

ART. 60. « Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, par dons, promessēs, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à cette action ou donné des instructions pour la commettre.

« Ceux qui auront procuré des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, sachant qu'ils devaient y servir.

« Ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action, dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée, ou dans ceux qui l'auront consommée... »

(Voir dans le même sens les lois : 50, § 3 ; 52, § 19, D. 47, 2 ; — § 11 de n. t. ; 53, § 2, D. 50, 16.)

3071. 2° *Complicité par recel.* — On considère également comme complices ceux qui ont recélé les objets volés : « Ceux qui sciemment auront recélé, en tout ou en partie, des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront aussi punis comme complices de ce crime ou délit. » (Art. 62 du Code pénal ; § 4 de n. t. ; L. 1. D. 47, 16.)

3072. Terminons cette matière de la complicité par une triple observation : 1° Tout d'abord il va de soi qu'il ne saurait y avoir action *furti* que si l'acte, qui constitue en fait la complicité, n'a pas été fait sciemment, dans l'intention de favoriser le vol. Par exem-

ple, si, *per lasciviam*, j'ai dispersé votre troupeau et qu'un voleur, à mon insu, profite de cette circonstance pour s'emparer de quelques bêtes, je ne serai point tenu de l'action *furti* , mais seulement d'une action *in factum* à raison de mon imprudence. — 2° En second lïeu, c'est à tort, selon moi, que les *Institutes* considèrent comme complice celui qui brise une fenêtre, ou qui applique une échelle à cette fenêtre, pour que le voleur puisse entrer; dans nos idées modernes, il y a là plus qu'une simple complicité, il y a une véritable co-action. En effet, si on ne considérait comme voleur que celui-là même qui met matériellement la main sur l'objet, et non pas celui qui concourt activement au vol, en prenant une part énergique aux opérations successives qui consomment le vol, il y aurait bien des cas dans lesquels il ne pourrait y avoir qu'*un seul voleur*, celui-là même qui aurait mis la main sur un objet de petite dimension, alors que plusieurs autres individus auraient concouru pleinement à ce vol, en fracturant les fermetures, en aidant le premier à escalader, etc. Ces autres individus doivent à mon sens être considérés, non pas comme *complices*, mais comme *voleurs eux-mêmes*, comme *co-auteurs*. — 3° Enfin l'action *furti* peut être donnée contre le propriétaire de la chose ; c'est dans le cas d'un *furtum usus* ou d'un *furtum possessionis*. (V. plus haut.)

3073. *Exceptions*. — Il y a certaines hypothèses dans lesquelles l'action *furti* n'est point donnée contre la personne qui a commis un *furtum*. Par exemple, un fils de famille ou un esclave dérobe un objet au *paterfamilias* ? Il y a bien *furtum;* la chose est bien une *res furtiva* , de telle sorte qu'elle ne pourra plus être usucapée ; le complice du fils ou de l'esclave sera parfaitement poursuivi par l'action *furti;* mais le fils et l'esclave, auteurs directs du vol, ne peuvent être sous le coup de l'action *furti*, par la raison de droit qu'aucune action ne peut prendre naissance entre deux personnes dont l'une est soumise à la puissance de l'autre. (*Inst.*, § 12 de n. t. ; LL. 16 et 17. D. 47, 2.)

A un autre point de vue, l'action *furti* est refusée : 1° au mari contre sa femme, et réciproquement ; mais la réparation civile est poursuivie : par l'action *rerum amotarum*, si le vol a été commis *divortii causa*, par la *revendicatio* ou la *condictio*, dans les autres cas (L. L. 23 à 25 ; 30. D. 25, 2); — 2° au patron contre son client ou son affranchi, au maître contre son domestique à gages, si toutefois le voleur habite chez la personne volée (L.L. 89, D. 47, 2; 11, § 1, D. 48, 19). Il est assez difficile de comprendre les motifs de cette dernière faveur, les circonstances sur lesquelles elle repose constituant

précisément, à peu près dans toutes les législations (quant au domestique à gages), un élément d'aggravation.

Enfin aucune action *famosa*, c'est-à-dire capable d'entraîner l'infamie (et telle est l'action *furti*), ne peut être intentée par un fils émancipé contre son père émancipateur, ni par l'affranchi contre son patron. (L. 5, § 1. D. 37, 15.)

3074. II. **Montant de la condamnation.** — Nous avons vu plus haut que l'ancien droit reconnaissait dans le *furtum* six espèces différentes, frappées de pénalités difiérentes. Ainsi les actions *furti manifesti* [1], *furti prohibibiti* et *furti non exhibiti* étaient données au *quadruple ;* les actions *furti concepti* et *furti oblati* étaient données au *triple ;* l'action *furti non manifesti* était donnée au *double.*

Nous avons vu également que, sous Justinien, on ne distingue plus que le vol manifeste, lequel est puni d'une action donnée au quadruple, et le vol non manifeste,qui est puni d'une action donnée au double.

3075. Quoi qu'il en soit, que l'action soit donnée au triple dans l'ancien droit, au double ou au quadruple dans l'ancien droit comme dans le nouveau, quelle est l'unité qui doit être portée au *double*, au *triple* ou au *quadruple?* La réponse est bien simple : c'est la plus haute valeur atteinte par l'objet volé depuis le jour du vol jusqu'au moment où est intentée l'action *furti.* De plus, on comprend, dans cette valeur, les accessoires de la chose, par exemple, le montant d'une succession dont l'esclave volé n'a pu faire adition, par suite du vol, et qui a ainsi échappé au maître. (L. 67, § 1. D. 47, 2.)

Un texte d'Ulpien, qui pose les principes qu'on vient d'exposer, a donné lieu à une controverse, et c'est pourquoi nous le citons : « *In furti actione*, NON QUOD INTEREST *quadruplabitur vel duplabitur*, SED REI VERUM PRETIUM. *Sed, et si res rebus humanis esse desierit cui iudicatur, nihilhominus condemnatio facienda est. Idemque, et si nunc deterior sit, æstimatione relata in id tempus quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit, ejus duplum quanti tunc cum pretiosior facta sit fuerit, æstimabitur, quia et tunc furtum ejus factum esse verius est.* » (L. 50 pr. D. 47, 2.) Quelle est la pensée exprimée par Ulpien dans la première phrase de ce texte? Suivant M. de Savigny, cela signifie que, la chose volée eût-elle diminué de valeur par cas fortuit, depuis le vol, il faut toujours s'attacher à ce qu'elle valait le jour du vol. Mais je réponds que le reste du texte précise

1. On sait que dans l'ancien droit le voleur manifeste, s'il était homme libre, était *verberatus et addictus* (attribué) au volé (nº 325); et, s'il était esclave, était frappé de verges et précipité du haut d'un rocher, ce qui par parenthèse faisait retomber une partie de la punition sur le patrimoine du maître.

que c'est, non pas la valeur au jour du vol qu'il faut apprécier, mais la plus haute valeur que l'objet volé ait atteinte depuis le vol jusqu'à l'action *furti* intentée. — M. Demangeat croit qu'Ulpien a voulu dire qu'il n'y avait pas à tenir compte d'un préjudice qui ne résultait pas directement et certainement du *furtum*, ou qui n'est pas facilement appréciable en argent. (L. 80, § 1. D. 47, 2.) Quant à moi, je suis frappé de ce que cette première phrase d'Ulpien paraît, à mon sens, absolument démentie par la loi 67, § 1 (D. 47, 2), d'après laquelle, si vous m'avez volé une chose que j'avais promise *sub pœna*, ce qui m'a fait condamner à payer le montant de la clause pénale (nos 2199 et suiv.), cet élément entrera dans l'évaluation du *quantum* qui doit être doublé, triplé ou quadruplé. (Nous avons étudié une situation identique dans le n° 2224, et il convient de s'y reporter.) — Or, d'après cette décision, à quoi le voleur sera-t-il condamné, sinon à une peine calculée précisément sur le QUOD INTEREST et nullement sur le REI VERUM PRETIUM ? Car on ne peut vraiment dire que la *pœna* soit le *rei verum pretium*. — Autre exemple : on m'a volé un papier, un écrit qui constatait à mon profit une créance ou une libération : si je n'ai plus d'autres moyens de preuve, le montant de ma créance ou de ma dette s'ajoutera à la valeur insignifiante du papier volé. (L. 27 pr. et § 1. D. 47, 2.) Or, dans cette hypothèse, on voit encore que ce n'est pas le *rei verum pretium* qui sert de base à la condamnation, mais bien le *quod interest*. — Je n'insiste pas davantage.

3076. III. **Qui peut intenter l'action furti ?** — L'action *furti* appartient, d'après le § 13 de notre titre, à la personne intéressée, qui se confond le plus souvent avec le véritable propriétaire. Ceci nous conduit aux deux règles suivantes : 1° on ne prend en considération que l'intérêt du propriétaire ou du détenteur ; 2° on écarte tout intérêt dont la cause n'est pas honnête. C'est ainsi que l'action *furti* sera refusée au possesseur de mauvaise foi. (LL. 11, 12, § 1 ; 14, § 4 ; 71, § 1, D. 47, 2.)

Développons la première règle par des exemples : si un vol a été commis au préjudice de mon débiteur, l'action *furti* m'est refusée, alors même que le vol commis porte sur la chose qui m'est due ou rend mon débiteur insolvable, double hypothèse dans laquelle le vol me porte préjudice. (L. L. 13, 49, 85. D. 47, 2.) Il en sera de même toutes les fois que le volé n'était pas *propriétaire* ou *détenteur* de la chose.

3077. Quels sont donc les détenteurs auxquels l'action *furti* est accordée ?

Il y en a quatre :

3078. 1° *Le possesseur de bonne foi*, car le vol l'empêche d'achever l'usucapion commencée. (§ 15 de n. t.; L. 74. D. 47, 2.)

3079. 2° *L'usufruitier et l'usager*, car leur droit réel leur donne un intérêt parfaitement déterminé. (L. 46, § 1. D. 47, 2.) De plus, comme l'intérêt du propriétaire subsiste dans ces deux hypothèses, il pourra lui aussi exercer l'action *furti*. Mais naturellement l'action n'appartient pas en totalité et à l'usufruitier ou à l'usager et au *dominus* : « *Dividetur igitur actio inter dominum et fructuarium: fructuarius aget de fructibus, vel quanti interfuit ejus furtum factum non esse; proprietarius vero aget quod interfuit ejus proprietatem non esse subtractam.* » (L. 46, § 1. D. 47, 2.)

3080. 3° *Tous ceux* auxquels le propriétaire a remis une chose pour former ou exécuter un contrat d'une nature telle (soit par lui-même, soit par une clause spéciale) que la *custodia* est mise à leur charge; tous ces détenteurs, dis-je, auront l'action *furti*, puisqu'ils sont responsables du vol de la chose qui leur a été remise.

Tel est le cas du *conductor rei*, du *conductor operis faciendi*, du mandataire et du commodataire. Toutefois il faut observer que l'action *furti* n'appartiendra à ces détenteurs que s'ils sont solvables et capables d'indemniser le propriétaire.

De tout ceci résulte que l'action *furti* sera exercée, non plus par le détenteur, mais par le propriétaire lui-même, toutes les fois que le détenteur ne doit ou ne peut indemniser le propriétaire du préjudice causé par le vol. Or précisément le détenteur ne peut indemniser quand il est insolvable, et il ne le doit pas quand la loi ne le considère point comme responsable, sujet que nous avons examiné en étudiant le louage, le mandat, le commodat, ce qui nous dispense d'y revenir maintenant. (V. §§ 15, 16 et 17 de n. t.; L. 14, §§ 15, 16 et 17; L. 12, pr. D. 47, 2.) Remarquons seulement, quant au commodataire, que Justinien accorde au commodant la faculté, soit de poursuivre le voleur par l'action *furti*, soit d'exercer l'action *commodati* contre le commodataire. S'il choisit la première procédure, il renonce à son action civile contre le commodataire; si, au contraire, il agit ex *commodati actione*, l'action *furti* appartient au commodataire. Rien de plus raisonnable que cette décision.

3081. 4° *Le créancier gagiste.*—Si la chose volée était frappée d'un droit de gage, le créancier gagiste peut intenter l'action *furti*, alors même que le débiteur serait solvable; en effet, il a tout d'abord son droit réel, qui, à lui seul, justifierait suffisamment l'action *furti*, et, de plus, il avait un intérêt très-appréciable à pouvoir vendre la chose et se payer ainsi directement, au lieu de poursuivre personnellement le débiteur. Du reste, le débiteur peut aussi, en ce qui le concerne,

intenter l'action *furti;* mais dans quelle mesure? Si le créancier gagiste intente l'action *furti* pour la valeur même de la chose, sauf à rendre compte de l'excédant au débiteur, celui-ci ne saurait évidemment de son côté intenter l'action *furti*. Mais si le gagiste n'avait intenté l'action *furti* que pour l'intérêt qu'il avait à ce que la chose ne fût pas volée, le débiteur pourrait agir, à son tour, pour l'excédant de la valeur de la chose, sur le montant de la dette. Dans tous les cas, alors même que le gagiste aurait intenté l'action *furti* pour toute la valeur de la chose, il serait tenu de rendre compte, c'est-à-dire de restituer au débiteur tout ce qui dépasserait le montant de la créance. (L. 22 pr. D. 13, 7; L. 15 pr.; L. 87. D. 47, 2.) Toutefois, si le vol avait été commis, non par un tiers, mais par le constituant lui-même, le gagiste conserverait toute la condamnation, c'est-à-dire, suivant les cas, le double ou le quadruple de la somme due.

3082. *Remarque.* — Par suite des principes qui ont été plus haut exposés, le dépositaire et le précariste ne sauraient intenter l'action *furti*, par la raison que, ne répondant pas de leur faute légère, ils ne peuvent être poursuivis à raison du vol dont ils ne sont pas responsables.

D'un autre côté, il faut refuser l'action *furti* au simple créancier : « *Interdum accidit ut non habeat furti actionem is cujus interest rem salvam esse. Ut ecce, creditor, ob rem debitori subreptam, furti agere non potest, etsi aliunde creditum servare non possit.* » (L. 49 pr.; L. 14 pr. et §. 1; L. 80 pr. D. 47, 2.) — Il est vrai que certains textes prouvent que la doctrine contraire avait ses partisans; mais cette doctrine n'a point prévalu. (L. 38, § 1. D. 46, 3; Paul, *Sent.*, II, XXXI, § 17.)

CHAPITRE II

BONA VI RAPTA (RAPINA)

(*Inst.*, IV, II.)

Pr. « Celui qui enlève par violence la chose d'autrui est soumis à l'action de vol : peut-on en effet prendre une chose plus contre le gré du propriétaire qu'en la lui ravissant avec violence? aussi dit-on que le ravisseur n'est qu'un voleur plus audacieux qu'un autre. Cependant le préteur a introduit, pour cette espèce de vol, une action particulière qu'on appelle action *vi bonorum raptorum* (de biens enlevés par violence) : elle se donne au quadruple dans l'année qui suit le délit, et au simple quand elle n'est intentée qu'après l'année, Cette action peut être exercée utilement, quelque minime que soit la valeur de la chose enlevée. Le quadruple n'est pas purement pénal, comme dans l'action de vol manifeste; mais il contient la restitution de la chose : aussi la peine

n'est réellement que du triple, que le ravisseur soit ou non pris sur le fait. Il serait absurde en effet que celui qui vole avec violence fût mieux traité que celui qui vole sans violence.

§ 1. « Cette action n'a lieu contre le ravisseur qu'autant qu'il est de mauvaise foi : on devrait donc absoudre celui qui aurait enlevé une chose avec violence, dans la persuasion que cette chose lui appartenait, et croyant (par ignorance du droit) qu'il est permis au propriétaire de reprendre sa chose, même par violence, partout où il la trouve. Par la même raison, cet individu ne serait pas soumis à l'action de vol.

« Mais, de peur que de pareils prétextes ne fournissent aux ravisseurs des moyens d'exercer impunément leur rapacité, les constitutions impériales ont sagement défendu à tout individu, se crût-il propriétaire, d'enlever avec violence les meubles et les animaux. Le contrevenant sera puni par la perte de sa propriété, si la chose lui appartient véritablement; dans le cas contraire, il sera tenu de la restituer et d'en payer une fois la valeur. Ces constitutions sont applicables, non-seulement à l'enlèvement des choses mobilières, mais encore à l'invasion des immeubles, afin qu'en toutes choses les hommes s'abstiennent d'user de violence.

§ 2. « Pour pouvoir exercer l'action *vi bonorum raptorum*, il n'est pas nécessaire que la chose enlevée soit dans votre patrimoine (*in bonis*) ; il suffit qu'elle soit *ex bonis*, c'est-à-dire que vous ayez un intérêt quelconque à la conserver. En conséquence, si une chose a été louée ou prêtée à Titius; si elle lui a été donnée en gage; si elle lui a été remise en dépôt, et qu'il se soit engagé à répondre même de sa faute; s'il en a la possession ou l'usufruit; ou si enfin, par une cause quelconque, il a intérêt à la conserver, c'est à lui qu'appartient l'action *vi bonorum raptorum*. Cette action ne tend pas au reste à lui faire avoir la propriété, mais seulement à lui faire obtenir une indemnité, à raison du préjudice qu'il a souffert dans sa fortune, par suite de l'enlèvement violent. Enfin on peut dire en général que, dans tous les cas où le vol clandestin donnerait à une personne l'action de vol, cette même personne aura, en cas de rapine, l'action *vi bonorum raptorum*. »

3083. *Définition.* — La *rapina* est une variété de vol, lequel est aggravé par cette circonstance qu'il a été commis *avec violence*. — La personne lésée pourrait tout d'abord recourir à une action publique criminelle, découlant de la loi *Julia sur la violence* (LL. 5 et 8. D. 48, 7); mais nous n'avons à nous occuper ici que de l'action privée, ou *actio bonorum vi raptorum*, qui est donnée au quadruple.

L'action *vi bonorum raptorum* est mise par le préteur à la disposition du volé (qui avait déjà bien entendu l'action *furti*), mais seulement si les raisons qui la justifient existent, c'est-à-dire : 1° s'il y a eu enlèvement par violence; 2° si cet enlèvement a été fait à mauvaise intention.

3084. I. **Comme l'action furti : —** 1° Elle implique le dol de l'agent; 2° elle ne s'applique qu'à l'enlèvement de choses mobilières; 3° elle n'est pas donnée contre les héritiers du coupable ; toutefois, s'ils ont profité de la *rapina*, ils seront tenus, par une *condictio sine causa*, à restituer le profit; 4° elle est donnée aux personnes qui avaient intérêt à ce que le vol n'eût pas lieu, et par conséquent

même aux non-propriétaires tenus de leur faute. Mais, dira-t-on, comment peut-il y avoir faute, puisqu'il y a violence? La faute peut *précéder* la violence; tel est le cas d'un commodataire qui s'est aventuré imprudemment dans un pays dangereux, avec des objets précieux, qui lui avaient été remis à commodat.

3085. II. **A la différence de l'action furti** : — 1° Elle est introduite par le *préteur*, — et l'action *furti* par la loi des Douze-Tables; 2° elle est *tam rei quam pœnæ persecutoria*, — tandis que l'action *furti* est uniquement pénale; 3° elle se donne au quadruple, même en dehors du cas de vol manifeste, si toutefois elle est intentée dans l'année qui suit le fait, — tandis que l'action *furti nec manifesti* n'est donnée qu'au double; toutefois il faut remarquer que la peine ne sera en réalité que du *triple*, puisque dans le quadruple est comprise la restitution de la chose; l'action *bonorum vi raptorum* est donc *rei persecutoria* pour un quart et *pœnæ persecutoria* pour trois quarts; 4° comme on vient de le voir, le quadruple n'est pénal que pour trois quarts, tandis que l'action *furti manifesti* est pénale pour le quadruple entier; 5° elle n'est donnée au quadruple que pendant l'année qui suit le délit, et au simple après ce délai, — tandis que l'action *furti*, qu'elle soit au double ou au quadruple, est perpétuelle; 6° le *simplum* se détermine sur la valeur réelle de l'objet enlevé, — tandis que, dans l'action *furti*, il se détermine d'une façon plus dure pour le coupable. (N° 2075.)

3086. III. **Avantages de l'action furti.** — De ce qui précède, il résulte que l'action *furti* est plus avantageuse : 1° dans le cas de vol manifeste, car, outre la condamnation au quadruple, le demandeur peut revendiquer la chose ou sa valeur; 2° en ce qu'elle est *pœnæ persecutoria*, même après une année expirée. — La victime de la *rapina* peut d'abord intenter l'action *furti*, puis compléter l'effet de celle-ci par l'action *vi bonorum raptorum*; mais la réciproque n'est pas admise, et si elle a commencé par intenter l'action *vi bonorum raptorum*, on lui refusera l'action *furti*.

3087. IV. **Cas où la violence n'entraîne pas l'action vi bonorum raptorum.** — Cette action n'est accordée que s'il y a intention frauduleuse. Elle n'est donc pas délivrée contre celui qui reprend, par violence, une chose dont il est ou se croit propriétaire. Mais, pour punir la violence, frauduleuse ou non, des constitutions de Théodose, Valentinien et Arcadius punissent celui qui l'emploie, même sans intention frauduleuse, de la façon suivante : la chose lui appartenait-elle? il en perdra la propriété; la chose ne lui appartenait-elle pas? il devra la restituer, et, de plus, en payer la valeur à titre de peine. (§ 1 de n. t.)

CHAPITRE III

LOI AQUILIA

(*Inst.*, IV, III.)

Pr. « C'est la loi Aquilia qui a établi l'action relative au dommage causé injustement (*damnum injuriæ*). Le premier chef de la loi porte que celui qui aura tué injustement l'esclave d'autrui ou un quadrupède appartenant à autrui, et de la nature de ceux qui sont considérés comme bétail (*pecudum numero*), sera condamné à payer au maître une somme équivalente à la plus haute valeur que la chose aura eue dans l'année qui précède l'événement.

§ 1. « La loi ne parle pas d'un quadrupède en général, mais seulement de celui qui est considéré comme bétail. La disposition ne s'applique donc ni aux bêtes fauves ni aux chiens, mais seulement aux animaux que l'on appelle par excellence animaux paissants ; tels sont les chevaux, les mulets, les ânes, les brebis, les bœufs, les chèvres. On doit ranger dans la même classe les porcs ils sont en effet compris dans le bétail, puisqu'ils paissent en troupeau, ainsi que le dit Homère dans un passage de l'Odyssée cité par Martianus dans ses *Institutes :*

« Il gardait ses porcs qui paissaient auprès du rocher Korax, et de la fon-
« taine Aréthuse. »

§ 2. « Tuer injustement, c'est tuer sans en avoir le droit. Celui qui tue un voleur n'est point soumis à la peine de la loi Aquilia, si, toutefois, il n'avait pas d'autre moyen d'échapper au danger dont il était menacé.

§ 3. « Celui qui tue par accident n'est pas non plus soumis à la peine de la loi Aquilia, pourvu qu'il soit exempt de toute faute : car, d'après cette loi, on n'est pas moins obligé par sa faute que par son dol.

§ 4. « Ainsi, quand un homme, en s'amusant, ou en s'exerçant à lancer des traits, a percé votre esclave qui passait près de là, il faut distinguer : si l'auteur de l'accident est un militaire qui s'exerçait dans un lieu consacré aux exercices, il n'y a aucune faute de sa part ; il y aurait au contraire faute de la part de tout autre, et même de la part du militaire, si ce dernier avait atteint l'esclave dans un lieu qui n'était pas destiné aux exercices militaires.

§ 5. « Pareillement, si un bûcheron, en laissant tomber une branche, a tué votre esclave qui passait près de l'arbre, il faut distinguer : si cela est arrivé près d'un chemin public ou vicinal, et que le bûcheron n'ait pas crié pour avertir, il est en faute ; s'il a crié et que l'esclave n'ait point voulu se détourner, le bûcheron est exempt de toute faute. Il n'est pas non plus en faute, lors même qu'il n'aurait donné aucun avertissement, quand l'accident est arrivé loin du chemin ; par exemple, au milieu d'un champ ; car personne n'avait le droit de passer par là.

§ 6. « Un médecin est en faute si, après avoir opéré votre esclave, il abandonne le traitement, et que l'esclave meure par suite de cet abandon.

§ 7. « L'impéritie est considéré comme faute : en conséquence, il y a faute de la part du médecin qui a tué votre esclave, soit par une opération mal faite, soit par un remède donné mal à propos.

§ 8. « Si des mules s'emportent et écrasent votre esclave, le muletier est en faute, si c'est par défaut d'expérience qu'il n'a pu les retenir. Il est pareillement en faute quand c'est par suite de sa faiblesse qu'il n'a pu retenir les mules qu'un muletier plus robuste eût pu contenir. Il en faut dire autant du cavalier qui, par impéritie ou faiblesse, n'a pu maîtriser son cheval.

§ 9. « Par ces mots, *la plus haute valeur que la chose a eue dans l'année*, la loi veut dire que si, au moment de l'accident, l'esclave tué était boiteux, manchot ou borgne, tandis que dans l'année il avait été sans infirmité et d'un grand prix, celui qui l'a tué n'est pas seulement tenu de payer la valeur de l'esclave au moment de l'accident, mais la plus haute valeur qu'il a eue dans l'année. Cette disposition a fait penser que l'action de la loi Aquilia devait être considérée comme pénale, puisqu'elle oblige, non-seulement à la valeur du dommage causé, mais quelquefois bien au delà. Aussi est-il constant qu'elle n'est pas donnée contre les héritiers de celui qui a causé le dommage; tandis qu'elle serait certainement donnée contre eux, si la condamnation n'excédait jamais la valeur du dommage.

§ 10. « On a décidé, non d'après le texte, mais par interprétation de la loi, qu'il faut estimer non-seulement, comme nous venons de le dire, le corps qui a péri, mais encore tout le préjudice que sa perte a pu occasionner. Par exemple, si on a tué votre esclave institué héritier par quelqu'un, avant qu'il eût fait adition par votre ordre, on devra vous tenir compte de la valeur de l'hérédité. Pareillement, si, en tuant une mule ou un cheval, on a dépareillé votre attelage ou votre quadrige; si la mort de votre esclave laisse incomplète votre troupe de comédiens, on n'estimera pas seulement l'animal ou l'esclave tué, mais on tiendra compte de la dépréciation qui en résulte pour les autres.

§ 11. « Le maître de l'esclave tué a le choix d'agir par l'action privée de la loi Aquilia, ou d'intenter contre le meurtrier une action capitale.

§ 12. « Le second chef de la loi Aquilia n'est plus en usage aujourd'hui.

§ 13. « Le troisième chef est relatif à tout autre genre de dommage. Si donc on a blessé un esclave ou un animal faisant partie du bétail; si on a tué ou blessé un animal non compris dans le bétail, par exemple, un chien ou une bête fauve, c'est l'action du troisième chef qu'il faudra intenter : c'est en vertu de ce chef qu'on obtient réparation du dommage causé à toute sorte d'animaux n'ayant pas nature de bétail, ainsi qu'aux choses inanimées. L'action établie par ce troisième chef se donne encore à raison des objets quelconques qui auraient été brûlés, brisés ou rompus; à la rigueur, ces différents genres de dégâts auraient pu être exprimés par le seul mot rompu (*ruptum*); car ce mot se dit de tout ce qui a été corrompu (*corruptum*), c'est-à-dire détérioré d'une manière quelconque : ainsi il s'applique non-seulement aux choses fracturées on rompues, mais aux choses déchirées, écrasées, répandues, détruites ou détériorées de quelque manière que ce soit. Aussi a-t-on décidé que celui qui, en mêlant quelque chose au vin ou à l'huile d'autrui, en avait détérioré la qualité, était obligé en vertu de cette partie de la loi.

§ 14. « Au reste, il est évident que, de même qu'on n'est tenu en vertu du premier chef qu'autant qu'on a tué l'esclave ou l'animal par dol ou par faute, de même on n'est obligé, à raison des dégâts prévus par le troisième chef, qu'autant qu'il y a eu dol ou faute. — Ce dernier chef n'oblige pas comme le premier à payer la plus haute valeur que la chose a eue dans l'année, mais seulement la valeur dans les trente derniers jours.

§ 15. « Ces mots : la plus haute valeur (*plurimi*), ne se rencontrent pas dans le troisième chef; mais Sabinus a décidé, avec raison, qu'il fallait faire l'estimation comme si ces mots étaient exprimés, parce que, en votant cette loi sur la proposition du tribun Aquilius, le peuple romain avait regardé comme suffisant que ces mots fussent exprimés dans le premier chef.

§ 16. « Au reste, on a décidé que l'action directe de la loi Aquilia ne serait donnée, contre l'auteur du dégât, qu'autant qu'il l'aurait causé avec son corps. — Aussi ne donne-t-on que des actions utiles quand le dommage a été causé autrement : par exemple, si on a enfermé un esclave ou un animal de manière à le faire mourir de faim; si on a crevé un cheval en le menant trop violem

ment ; si on a effarouché un animal et qu'il se soit jeté dans un précipice ; si on a conseillé à un esclave de monter sur un arbre ou de descendre dans un puits et qu'il y ait trouvé la mort, ou éprouvé quelque lésion : dans tous ces cas, on donne l'action utile. Est au contraire regardé comme ayant causé le dommage avec son corps, et, par conséquent, comme tenu de l'action directe de la loi, celui qui a poussé un esclave du pont ou de la rive dans le fleuve, si cet esclave s'est noyé. — Dans le cas où le dommage n'a pas été causé avec le corps, et où aucun objet corporel n'a été lésé, mais où cependant une personne souffre une perte quelconque, l'action directe ni l'action utile de la loi Aquilia n'étant plus applicables, on a décidé que l'auteur du dommage serait tenu par une action *in factum* : c'est donc cette dernière action qu'on devrait exercer contre celui qui, poussé par la compassion, aurait déchaîné votre esclave et aurait ainsi favorisé sa fuite. »

ARTICLE PREMIER. — NOTIONS GÉNÉRALES.

3088. La loi Aquilia est un plébiscite, voté sur la proposition du tribun Aquilius, en l'an 468 de Rome. (L. 1, § 1, 9, 2.) Elle suppose toujours un dommage causé sans droit : *damnum injuria datum*, *damnum injuriæ*, ou simplement *damnum*. Elle implique donc nécessairement un fait *actif*, et ne s'appliquerait pas au dommage résultant d'une négligence ; d'ailleurs il n'y a point besoin que le fait actif soit important pour donner naissance à l'action *legis Aquiliæ* : la plus petite faute, *in committendo*, entraîne la responsabilité du délinquant.

3089. Développons ces différentes idées sur le *damnum injuria datum*.

1° Il faut, avant tout, qu'il y ait dommage causé à autrui. C'est pourquoi, si je détruis le testament d'une personne encore vivante, j'échappe à l'action *Aquilia*, tout en restant tenu d'autres actions. (L. 41 pr. D. 9, 2.)

2° Il faut que le dommage ait été causé *injuria*, c'est-à-dire contrairement au droit. Par conséquent, si, attaqué par votre esclave, je le tue en état de légitime défense ; si, pour circonscrire un incendie, je suis obligé d'abattre votre mur ; si, dans une tempête, mon navire coule le vôtre, il n'y aura pas lieu d'appliquer la loi Aquilia, car la légitime défense, l'intérêt général, les cas de force majeure enlèvent précisément au dommage son caractère essentiel, celui d'être *injuria factum*. (§ 2 de n. t. ; L. 29, § 4 ; L. 49, § 1. D. 9, 2.) En d'autres termes, la loi Aquilia n'atteint que le dol, et aussi la faute, si légère qu'elle soit. (L. 44 pr. D. 9, 2.)

3° Il faut que le dommage résulte d'un fait proprement dit, et non d'une simple négligence. (L. 27, § 9. D. 9, 2.) En effet, il ne s'agit plus là de rechercher la responsabilité d'un débiteur

lié en vertu d'une obligation qu'il ne peut executer, tout au moins dans sa totalité, mais des rapports d'indemnité dus entre deux personnes qui n'avaient pas contracté entre elles, et dont l'une a nui à l'autre. D'un autre côté, si la loi peut nous punir d'avoir activement porté préjudice à notre prochain, elle doit laisser à la morale le soin de nous engager à agir dans l'intérêt de ce prochain; la morale pourra donc critiquer notre négligence, qui se résume en un préjudice causé à autrui, mais la loi ne saurait la punir. Toutefois il va sans dire que, si le préjudice est produit par un fait licite, devenu nuisible par la négligence de son auteur, ce fait licite prendra le caractère d'une faute, et donnera ouverture à l'action *legis Aquiliæ*. Tel serait le cas où, en brûlant sans précaution les mauvaises herbes de mon terrain, je communique le feu à mes voisins; tel serait aussi le cas d'un médecin qui, ayant commencé à opérer un esclave, ne surveille pas les suites de l'opération, et le laisse mourir. (L. 30, § 3. D. 9, 2; § 6 de n. t.)

4° Le dommage doit être *corpore corpori datum*. (§ 16 de n. t.) En d'autres termes, il doit être causé *corpori*, c'est-à-dire détruire ou dégrader une *chose corporelle*; — il doit résulter immédiatement de mon fait matériel, d'un acte physique, et non pas d'une cause étrangère que ce fait a mise en mouvement. Nous n'insisterons pas davantage, quant à présent, sur cette condition spéciale. Nous y reviendrons indirectement, en étudiant (n^os^ 3106 et suiv.) les recours qui existent, toutes les fois qu'il y a eu *damnum injuriæ datum*, mais dans des conditions telles qu'il ne lèse pas un *corpus*, ou qu'il n'est pas *corpore datum*.

3090. Quoi qu'il en soit, il va sans dire que *le fou*, n'étant coupable ni de dol ni de faute, ne peut être tenu en vertu de la loi *Aquilia*. Quant à l'impubère, tout dépend d'une appréciation de fait. Il sera tenu si l'on reconnaît qu'il est déjà *injuriæ capax*. (L. 5, § 2. D. 9, 2.)

3091. La loi Aquilia diffère, en plusieurs points, du *vol* que nous venons d'étudier, et de l'injure dont l'étude va suivre celle-ci. En effet : 1° l'action qui en dérive a pour but principal de faire payer une indemnité, quoiqu'elle puisse accidentellement se trouver mélangée d'un certain élément pénal; 2° l'intention frauduleuse ou dolosive du délinquant n'est pas un élément essentiel à la naissance de l'action *legis Aquiliæ;* 3° enfin, au moins d'une façon générale, les délits, prévus par la loi Aquilia, restent dans le domaine des intérêts civils, et ne sont point exposés à une répression criminelle.

3092. La loi Aquilia se divise en trois chapitres, dont le deuxième était resté inconnu jusqu'à la découverte des *Institutes* de Gaïus. Le premier chapitre vise le meurtre de l'esclave et des animaux ap-

partenant à autrui ; le second, l'*acceptilatio* faite par l'*adstipulator*, en fraude des droits du créancier ; le troisième, tous les dommages non prévus au premier chapitre, et qui peuvent être commis au préjudice de la chose d'autrui.

Reprenons en détail ces trois chapitres.

ARTICLE II. — ÉTUDE DES DIVERSES DISPOSITIONS DE LA LOI AQUILIA.

§ Ier. — PREMIER CHAPITRE

3093. Le premier chapitre prévoit le cas où une personne tue *injuria* l'esclave ou l'animal d'autrui. Ceci ne s'applique pas d'ailleurs à tous les animaux. Le texte dit : *Quadrupedem vel pecudem.* Or le dernier mot paraît bien restreindre le sens plus large du premier. D'un autre côté, comme cette expression *pecus* désigne les animaux qui paissent sous la conduite de l'homme, c'est-à-dire les herbivores, on décide que le premier chapitre de la loi Aquilia ne vise ni les quadrupèdes sauvages ni les carnivores domestiques, mais seulement les quadrupèdes qui font partie des choses *mancipi* (*quæ dorso collove domantur*), mulets, chevaux, ânes, bœufs, et aussi les brebis, les chèvres et les porcs. Gaïus ajoute à cette nomenclature les chameaux et les éléphants, car, si ces animaux vivent à l'état sauvage, ils peuvent parfaitement aussi être domestiqués et rendre des services comme bêtes de somme ou de trait. (L. 2, § 2. D. 9, 2.)

Le délit, prévu par notre chapitre premier, ne suppose pas nécessairement que l'esclave ou l'animal aient été tués sur le coup ; il suffit qu'ils aient été blessés mortellement, pourvu qu'ils meurent, dans un délai assez bref, des suites naturelles de leurs blessures. Toutefois nous verrons plus bas (n° 3103 et suiv.) que cette situation peut donner lieu à certaines complications et à des espèces intéressantes. Quoi qu'il en soit, dans notre hypothèse, il faut de suite remarquer que le délit date du jour de la blessure, et non du jour de la mort, principe très-important quand il s'agit de déterminer les bases de la condamnation. (L. 21, § 1. D. 9, 2.)

3094. Nous savons que la loi Aquilia ne s'applique que si l'esclave ou l'animal a été tué *injuria*, c'est-à-dire sans dol ni faute, même très-légère, imputable à celui qui a tué. Les *Institutes*, dans les §§ 4, 5, 6, 7, 8, donnent une série d'exemples qu'il suffira de lire pour comprendre, autant qu'il est nécessaire, la distinction qu'il convient d'établir entre une faute, si légère qu'elle soit, et un cas de

force majeure. Je ne rappelle que l'espèce fort simple du § 8 : mon esclave est tué par une branche que laisse tomber un bûcheron qui travaillait dans un arbre : ce bûcheron sera soumis à la loi Aquilia, s'il travaillait sur le bord d'un chemin, et s'il n'a pas crié pour avertir du danger; il échappera au contraire à la loi Aquilia, s'il travaillait loin d'un chemin ou si, travaillant près d'un chemin, il a crié pour avertir; en effet, c'est l'esclave tué qui a eu tort, dans le premier cas de sortir de la route qu'il devait suivre, dans le second de ne point faire attention aux avertissements qui lui étaient donnés.

Il va sans dire que, si le délit peut être imputé simultanément à plusieurs personnes, toutes tombent sous le coup de la loi Aquilia; mais nous verrons (n° 3104) que, dans ces circonstances, quelques-uns des auteurs du délit peuvent être tenus en vertu du premier chapitre, et quelques autres en vertu du deuxième chapitre. (L. 11 pr. D. 9, 2.)

3095. Reste à examiner quel est le montant de la condamnation prononcée par application du chapitre premier de la loi Aquilia? Le *proemium* de notre titre répond que le délinquant sera tenu de payer au propriétaire la plus haute valeur (*quanti plurimi*) que l'esclave ou l'animal aura atteinte dans l'année qui précède le délit. Si donc l'esclave ou l'animal a eu une grande valeur à un moment quelconque de cette période, mais l'a perdue avant la perpétration du délit, la condamnation n'en sera pas moins égale à cette valeur *maxima*. D'où je conclus que l'action de la loi Aquilia est tout à la fois *rei et pœnæ persecutoria* : *rei persecutoria* jusqu'à concurrence de la valeur vraie de l'animal ou de l'esclave au jour du délit; *pœnæ persecutoria* pour l'écart qui existe entre cette valeur vraie et le *quanti plurimi*, montant de la condamnation. Nous dirons donc que l'*actio legis Aquiliæ* n'est que *rei persecutoria*, dans la seule hypothèse où l'esclave ou l'animal aurait précisément conquis sa plus haute valeur le jour même où le délit a été accompli. Et il faut remarquer que, si, en ce qui concerne cet écart, elle est pénale aussi bien au regard du demandeur qu'au regard du défendeur, elle est toujours et pour le tout pénale au regard du défendeur. En effet, quant à la valeur vraie de la chose, elle est bien pour le demandeur *rei persecutoria*, mais elle est *pœnæ persecutoria* pour le défendeur, qui n'a aucunement profité de la chose détruite.

3096. C'est ce caractère d'action *pénale* qui a fait décider que cette action ne serait point donnée contre les héritiers du délinquant. Il est vrai, disent certains commentateurs, qu'on aurait dû décider que, dans le cas où, en fait, cette action est seulement

rei persecutoria, elle devrait pouvoir être intentée contre les héritiers du délinquant. Mais nous venons de remarquer que, même jusqu'à concurrence de la valeur vraie de la chose, l'action *legis Aquiliæ* était pénale envers le délinquant, et c'est ce caractère qui a frappé évidemment les jurisconsultes romains. Je trouve donc que la jurisprudence peut parfaitement se justifier en droit; mais il n'en est pas de même en équité ; en effet, il y a un préjudice causé, et il serait infiniment plus équitable qu'il fût réparé au profit du propriétaire lésé, sauf à retomber sur les héritiers du délinquant; sans doute ils ne sont point coupables du délit, mais, continuant la personnalité juridique du *de cujus*, profitant de ses biens, il est bien plus naturel qu'ils souffrent de la faute de leur auteur que le propriétaire injustement lésé. N'aurait-on pas pu dire que la nécessité de réparer le préjudice constituait une véritable dette à la charge du délinquant, dette que ses héritiers étaient tenus d'acquitter?

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence romaine décidait que les héritiers du délinquant ne seraient tenus que jusqu'à concurrence de l'enrichissement qu'ils ont retiré du délit de leur auteur : « *In heredem vel cæteros hæc actio non dabitur, cum sit pœnalis; nisi forte ex damno locupletior heres factus sit.* » (L. 23, § 8. D. 9, 2.) Mais nous devons remarquer qu'à mon sens il serait assez difficile de trouver un exemple dans lequel la mort de l'esclave ou de l'animal procurerait un enrichissement aux héritiers du *de cujus*.

3097. Du reste, comme dans l'action *furti*, quand on parle de la valeur de la chose, on n'entend pas ce mot dans le sens restreint de la *valeur matérielle*, de l'*æstimatio perempti corporis;* on tient compte de tout le dommage qui résulte de la perte de la chose périe. Ainsi on comprendra, dans la valeur de la chose, l'évaluation de la succession laissée à l'esclave, succession qui échappe au maître, parce que l'esclave institué a été tué avant d'avoir fait adition. A plus forte raison, si j'ai tué une des deux mules appareillées pour faire la paire, un des esclaves composant une troupe de comédiens, on ajoutera, à la plus haute valeur vénale de l'esclave ou de la mule, la dépréciation que leur disparition fait subir à l'autre mule, qui ne peut plus constituer un attelage complet, à la troupe de comédiens, qui se trouve désorganisée : « *Id quoque computatur quanti depretiati sunt qui supersunt.* » (§ 10 den. t.; Gaïus, III, 212.)

3098. Remarquons, en terminant ce premier chapitre, que celui, dont l'*esclave* a été tué, n'a pas seulement le *judicium privatum legis Aquiliæ*, mais qu'il peut encore soulever une accusation capitale, s'il y a eu homicide volontaire, et non pas seulement homicide par

imprudence : « *Si dolo servus occisus sit, ex lege Cornelia agere dominum posse constat; et, si lege Aquilia egerit, præjudicium fieri Corneliæ non debet.* » (L. 23, § 9. D. 9, 2.)

§ II. — DEUXIÈME CHAPITRE

3099. Justinien se contente, dans le § 12 de notre titre, de dire que le chapitre II de la loi Aquilia n'est plus en usage de son temps. C'est après la découverte des *Institutes* de Gaïus qu'on a su quelle disposition contenait ce chapitre; la voici : « ..... *In adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur. Qua et ipsa parte legis, damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret, nisi quod ea lege adversus inficiantem in duplum agitur.* » (Gaïus, III, 215, 216.) Ainsi l'*adstipulator*, qui, au lieu d'exiger le bénéfice de la stipulation, a détruit la créance en faisant frauduleusement *acceptilatio*, en faveur du débiteur, peut être poursuivi, en vertu de la loi Aquilia, par le stipulant principal ou ses héritiers. Du reste, comme la condamnation était précisément égale à la somme dont l'*adstipulator* avait fait remise, l'action *legis Aquiliæ* ne produisait pas d'autre résultat que l'action *mandati*, qui appartenait également au stipulant; si donc on préférait l'action *legis Aquiliæ*, c'est que cette dernière croissait au double *adversus inficiantem*. (V. *Inst.*, IV, XVI, § 1 ; Gaïus, III, 216.) Nous savons que l'*adstipulatio* avait disparu sous Justinien, laissant par conséquent sans objet le second chapitre de la loi Aquilia.

§ III. — TROISIÈME CHAPITRE

3100. Le troisième chapitre prévoit tous les dommages matériels qu'une personne me cause, par sa faute ou son dol, et qui ne rentrent pas dans le premier chapitre. Il punit donc : 1° le dommage qui, sans aller jusqu'à la mort, atteint un esclave ou un animal (*quadrupedem vel pecudem*) ; 2° celui qui atteint un animal quelconque, qu'il y ait mort ou simplement blessure ; 3° la destruction ou la détérioration d'une chose inanimée, mobilière ou immobilière. (Gaïus, III, 217.)

3101. Quel est maintenant le montant de la condamnation? « ... *Non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis ea res fuerit.* » (Gaïus, III, 218.) Que faut-il entendre par ce texte? Le juge sera-t-il libre de baser la condamnation sur la valeur de la chose, à un moment quelconque des trente jours qui ont précédé le

délit? Cette opinion avait trouvé des partisans. Mais la majorité des jurisconsultes, suivant en cela l'opinion de Sabinus, décidaient qu'on devait appliquer les principes du chapitre premier, et prendre la plus haute valeur de la chose, mais bien entendu seulement dans les trente jours qui ont précédé le délit.

3102. Dans la décision précédente, on ne distingue pas si la destruction de l'esclave, de l'animal, de la chose, a été complète ou partielle. En présence de ce silence, certains commentateurs opinent pour le procédé suivant : le juge devait prendre la plus haute valeur de la chose, dans les trente jours qui avaient précédé le délit; puis il retranchait, de cette valeur, la valeur actuelle de la chose détériorée, et la différence était précisément le taux de la condamnation. — Cette opinion me paraît équitable ; mais, reconnaissant que la loi *Aquilia* avait pour principe de sévir rigoureusement contre ceux qui détérioraient frauduleusement la chose d'autrui, je pense que la condamnation était toujours la même, c'est-à-dire égale à la plus haute valeur de la chose dans les trente jours précédents, alors même que la chose n'était pas entièrement détruite. Il me semble qu'il est bien périlleux de présumer une distinction que nul texte ne révèle. De plus, pourquoi les mêmes commentateurs n'ont-ils pas présumé un tempérament de même nature, dans le premier chapitre? Pourquoi, par exemple, n'aurait-on pas diminué la condamnation à prononcer à la suite de la mort d'un bœuf, de la valeur actuelle de ce bœuf, qui, quoique mort, appartient au *dominus* et a parfaitement une valeur vénale importante? Nous revenons à notre conclusion : c'est que la loi *Aquilia* employait des termes larges, sans doute parce qu'elle ne voulait point admettre de distinction.

ARTICLE III. — OBSERVATIONS SUR LES TROIS CHEFS DE LA LOI AQUILIA — CAS EXCEPTIONNELS

3103. On est parfois embarrassé de savoir quel est le chapitre de la loi *Aquilia* qui devra s'appliquer (nous ne parlons que du premier et du deuxième); bien plus, on se demande, dans certaines espèces, s'il convient d'accorder les actions *legis Aquiliæ*, tout au moins directement.

Examinons plusieurs hypothèses :

3104. 1° Primus a blessé mortellement mon esclave, mais Secundus l'achève? Primus et Secundus tomberont-ils tous deux sous le coup du *premier chapitre*? ou bien, l'un sous le coup du premier chapitre, et l'autre sous le coup du *troisième*.

Julien penchait pour la première opinion, faisant rentrer *Primus*, comme *Secundus*, dans les termes du premier chapitre. Il n'établissait entre eux qu'une légère différence, très-facile à justifier, c'était dans l'époque dont partait le délai d'un an pendant lequel on recherchait la plus haute valeur de la chose. Le délit ayant des dates différentes, il était impossible de ne point donner à cette année un point de départ différent.

Celsus, Marcellus et Ulpien, au contraire, appliquaient le premier chapitre à Secundus, qui a effectivement donné la mort, et le troisième seulement à Primus, puisqu'on ne peut point dire que l'esclave ou l'animal soit mort de la blessure que ledit Primus lui a faite.

Nous avons bien l'air de nous trouver en présence d'une antinomie complète. Mais M. de Vanjerow a imaginé une conciliation :

Les deux écoles auraient envisagé des espèces différentes : Julien suppose que Secundus n'a fait que hâter la mort, qui se serait en tout cas produite ; Celsus, Marcellus et Ulpien supposent que Primus a fait à l'esclave une blessure mortelle, qui aurait amené certainement la mort ; mais que Secundus, de son côté, tue de telle façon que son fait, même sans la blessure préalable faite par Primus, aurait entraîné immédiatement la mort de l'esclave ou de l'animal. Il est donc équitable d'appliquer à Secundus le premier chapitre, et par un raisonnement subtil, le troisième chapitre à Primus qui, s'il a blessé mortellement l'esclave, ne peut être considéré comme l'auteur direct de sa mort. Autrement dit, la mort étant un tout indivisible, si elle doit être uniquement imputée à l'un, elle ne saurait être imputée à l'autre. (L. 51 ; L. 11, § 3. D. 4, 3 ; — *Lehrbuch der Pandekten*, t. III, § 681.)

3105. 2° La chose qui m'appartient est détruite par celui-là même auquel je la dois? Aurai-je contre lui l'action de la loi Aquilia? Papinien distingue : il penche pour l'affirmative, dans l'hypothèse où je n'étais pas en demeure de payer ma dette ; si au contraire j'étais en demeure, je n'aurai pas d'action, mais je serai libéré de ma dette : « *Nam creditor ipse sibi potius quam alii injuriam fecisse videtur.* » (L. 54. D. 4, 3.)

Paul présente une espèce plus compliquée : j'ai promis à Titius une alternative, Stichus qui vaut 10, ou Pamphile qui vaut 20. Avant que je ne sois en demeure, le créancier tue Stichus. — On décide très-finement que je pourrai intenter contre Titius l'action *legis Aquiliæ*, mais pour 20 ; en effet, c'est cette somme qui représente pour moi la plus haute valeur de Stichus, attendu qu'avec Stichus, qui valait 10, j'aurais pu me libérer, tandis que, par suite

de sa disparition, je serai obligé de donner 20, somme qui est précisément la valeur de Pamphile, lequel reste seul *in obligatione*, par suite de la disparition de Stichus. Il en sera de même si Pamphile est mort naturellement, moins d'un an avant le meurtre de Stichus, mais avant ma mise en demeure. En effet, quoique je ne sois tenu à livrer ni *Stichus* ni *Pamphile*, le juge n'a qu'une chose à considérer pour déterminer la condamnation, c'est la plus haute valeur de la chose dans l'année qui a précédé le délai ; or, précisement en nous plaçant rétrospectivement, immédiatement avant la mort de Pamphile, la plus haute valeur de Stichus est celle de Pamphile, que j'aurais pu me dispenser de livrer, en livrant ledit Stichus.

3106. 3° L'action de la loi Aquilia, avons-nous déjà dit (n° 3090), suppose essentiellement un *damnum corpore corpori datum*, c'est-à-dire un dommage résultant immédiatement de mon fait corporel, de mon acte physique, et préjudiciant matériellement à votre chose. — Le § 16 de notre titre nous apprend que, en dehors de cette hypothèse, si le dommage a été *non corpore datum* ou *non corpori datum*, il n'y aura pas lieu à l'action directe de la loi Aquilia, mais à des actions utiles. Telles sont les hypothèses suivantes : j'ai enfermé votre troupeau de telle façon qu'il est mort de faim ; j'ai crevé votre cheval en le menant trop violemment ; j'ai engagé votre esclave à tenter une aventure dans laquelle il a perdu la vie ou l'intégrité de ses membres, etc., etc. ; dans toutes ces hypothèses, on ne peut dire qu'il y ait eu *damnum corpore corpori datum*. Aussi le *dominus*, qui supporte le préjudice, s'en fera-t-il indemniser, non par l'action directe de la loi Aquilia, mais par une action utile de la loi Aquilia. A côté de ces actions utiles, les *Institutes* nous parlent d'une action *in factum*, s'appliquant à un cas tout spécial, celui où j'ai commis un préjudice envers un tiers, sans qu'il y ait aucune lésion faite à une chose lui appartenant, au contraire ; par exemple si, par compassion, j'ai permis de s'enfuir, en le détachant, à votre esclave que vous aviez attaché. (§ 16 de n. t., *in fine*.)

Cette distinction entre l'action *utile* et l'action *in factum* n'est pas sans intérêt pratique ; en effet, l'action utile a pour effet de faire appliquer, *utilitatis causa*, les peines de l'action directe de la loi Aquilia, laquelle *crescit in duplum adversus inficiantem*, tandis que l'action *in factum* ne fait condamner qu'à la réparation du préjudice causé par le délit, et ne croît jamais *in duplum adversus inficiantem*. — M. Demangeat est d'un avis différent : « ... Je suis arrivé à croire que Gaïus lui-même était disposé à étendre le système de la loi Aquilia au cas dont il s'agit. En effet, Gaïus suppose (*Comment.*, III, § 202) que, *per lasciviam et non data opera ut furtum com-*

mitteretur, vous avez dispersé un troupeau en l'effrayant, et que des voleurs en ont profité pour s'en emparer. Évidemment, ce cas présente la plus grande analogie avec le cas où, un esclave ayant été enchaîné par son maître, un tiers touché de compassion l'a débarrassé de ses chaînes ; car ni dans l'un ni dans l'autre il n'y a de *corpus læsum*. Cependant, que dit Gaïus pour le cas du troupeau effarouché ? « *Videbimus an utilis Aquiliæ actio dari debeat, cum per legem Aquiliam, quæ de damno lata est, etiam culpa puniatur* [1]. » Du reste, ce qui est assez remarquable, pour le même cas du troupeau effarouché *per lasciviam*, et ensuite volé par un tiers, les *Institutes* de Justinien se bornent à dire : « *In factum actio dari debet* [2]. »

« En somme, ce que je crois le plus sûr, c'est de dire que l'action appelée *in factum*, comme l'action appelée *utilis* par les rédacteurs du § 16 *de lege Aquilia*, est véritablement une *actio utilis legis Aquiliæ*, et que, par conséquent, elle aussi présente les caractères particuliers de l'action directe. » (T. II, p. 474.)

Je ne trouve pas utile de discuter l'opinion qu'on vient de lire ; mais il me semble qu'à la simple lecture la preuve de la doctrine enseignée par l'éminent professeur ne frappe point d'une façon topique.

3107. 4° Si la personne qui subit le préjudice n'est point propriétaire de la chose détruite ou lésée, doit-on lui accorder l'action *legis Aquiliæ?* Non, d'une manière générale : ainsi on la refuse à un simple créancier, mais on l'accorde, comme *action utile*, à l'usufruitier et à l'usager, alors même que le nu-propriétaire serait le délinquant, parce que l'usufruitier et l'usager, détenteurs de droits considérés comme des démembrements des droits de propriété, peuvent presque être considérés eux-mêmes comme propriétaires. (L. 7, § 4. D. 3, 3; L. 17, § 3. D. 7, 1 ; L. 11, § 10 et L. 12. D. 9, 2.)

3108. 5° Nous avons déjà dit incidemment que l'*actio legis Aquiliæ* croissait AU DOUBLE *adversus inficiantem*. En d'autres termes, la condamnation était au simple, lorsqu'il y avait, de la part du défendeur, aveu complet du fait préjudiciable qui lui était imputé, sauf, bien entendu, à discuter sur l'importance vraie du dommage causé. Au contraire, la condamnation était *au double*, si le défendeur niait les faits qui lui étaient justement imputés : c'était une punition de sa mauvaise foi. (*Inst. de Just.*, IV, VI, § 19, et IV, XVI, § 1.)

---

1. Il est vrai que les deux mots *Aquiliæ actio* ne sont pas lisibles dans le manuscrit de Vérone ; mais ils sont presque nécessairement appelés par ce qui suit.

2. § 11 (1er alinéa, *in fine*). D. IV, I.

CHAPITRE IV

INJURES

(*Inst.*, IV, IV.)

Pr. « Injure (*injuria*) se dit en général de tout acte contraire au droit. Dans un sens moins étendu, il désigne tantôt la *contumelia* (l'insulte), mot qui vient du verbe *contemnere* (mépriser), et que les Grecs appellent ὕβριν ; tantôt la faute (*culpa*), en grec ἀδίκημα : c'est dans ce sens que l'entend la loi Aquilia quand elle parle du *damnum injuriæ;* tantôt enfin l'iniquité ou l'injustice que les Grecs appellent ἀδίξιαν : c'est dans ce dernier sens qu'en parlant de celui contre qui le préteur ou le juge rend une décision contraire au droit, on dit qu'il a reçu une injure.

§ 1. « Il y a injure, non-seulement quand on frappe quelqu'un avec le poing, un bâton ou des verges, mais encore quand on lui fait un affront, quand, sachant qu'on n'est pas son créancier, on se fait envoyer en possession de ses biens ; quand on compose et qu'on publie, ou quand on fait composer et publier des libelles ou des pièces de vers diffamatoires ; lorsqu'on affecte de suivre une mère de famille, un jeune garçon ou une jeune fille ; quand on attente à la pudeur de quelqu'un. On peut encore faire injure de mille autres manières.

§ 2. « Nous pouvons recevoir une injure, non-seulement par nous-mêmes, mais encore par les enfants soumis à notre puissance, et même par notre épouse, car telle est l'opinion qui a prévalu. Si donc vous injuriez une fille de famille mariée à Titius, l'action d'injure pourra être intentée contre vous, non-seulement du chef de la fille elle-même, mais encore du chef de son père et de son mari. Au contraire, la femme ne peut agir à raison des injures faites à son mari ; car c'est aux maris à défendre leurs femmes et non aux femmes à défendre leurs maris. Le beau-père peut aussi poursuivre l'injure faite à sa bru, dont le mari est en sa puissance.

§ 3. « On n'admet pas que les esclaves puissent personnellement recevoir une injure. Toutefois l'injure faite à un esclave peut être considérée comme reçue par le maître ; non pas, cependant, dans tous les cas où l'injure faite à la femme ou aux enfants est réputée faite au mari ou au père, mais seulement quand l'injure est très-grave et évidemment faite dans le but d'insulter le maître. Si, par exemple, vous frappez mon esclave avec des verges, j'aurai action contre vous ; mais je n'en aurai pas si vous l'avez seulement frappé avec le poing, ou si vous lui avez adressé des paroles injurieuses.

§ 4. « Quand une injure est faite à un esclave qui appartient à plusieurs maîtres, on ne s'attache pas, dans la réparation de l'injure, à la part pour laquelle chacun était propriétaire ; mais on recherche quel est celui des maîtres qu'on a voulu injurier.

§ 5. « Si l'usufruit de l'esclave appartient à Titius, et la nue-propriété à Mævius, l'injure faite à l'esclave semble plutôt tomber sur Mævius.

§ 6. « Si on a fait une injure à un homme libre, que vous possédez de bonne foi comme esclave, vous n'avez d'action qu'autant que l'injure était dirigée contre vous ; sinon, l'action d'injure appartient à l'homme libre lui-même. On doit appliquer la même décision à l'esclave d'autrui, que vous possédez de bonne foi : vous n'aurez l'action d'injure qu'autant que l'injure faite à cet esclave vous était adressée.

§ 7. « La loi des Douze-Tables avait établi des peines diverses suivant la nature des injures : pour la lésion d'un membre, le talion ; pour la fracture d'un os,

des peines pécuniaires, en harmonie avec la grande pauvreté des anciens. Plus tard, les préteurs permirent à la personne injuriée d'évaluer elle-même l'injure; et le juge pouvait condamner le défendeur soit au montant de cette évaluation, soit à une somme moindre. Les peines établies par la loi des Douze-Tables sont tombées en désuétude; celles introduites par le préteur (qu'on appelle pour cela *honoraires*) sont encore en usage. En effet, l'évaluation d'une injure doit varier suivant le rang de la personne injuriée et la considération dont elle jouit : on doit observer les mêmes gradations relativement aux injures faites à des esclaves, suivant qu'il s'agit d'un intendant, d'un esclave de la classe moyenne, de celui qui est employé aux ouvrages les plus vils, ou de celui que l'on tient aux fers.

§ 8. « La loi Cornélia s'occupe aussi des injures : elle accorde une action à celui qui prétend avoir été poussé ou battu, ou qui se plaint de ce qu'on est entré de force dans sa maison. Le mot maison doit s'entendre ici de l'appartement qu'on habite, soit comme propriétaire, soit comme locataire, soit même gratuitement ou à titre d'hospitalité.

§ 9. « La gravité de l'injure s'estime, soit à raison du fait même, si quelqu'un par exemple, a été blessé ou frappé à coups de bâton; soit à raison du lieu, si, par exemple, l'injure a été faite au théâtre, au forum, ou en présence du magistrat; soit à raison des personnes, si par exemple, l'injure a été faite à un magistrat, si un homme de la basse classe a insulté un sénateur, un enfant son ascendant, un affranchi son patron : l'injure faite à un sénateur, à un ascendant, à un patron, doit en effet être évaluée bien plus haut que celle adressée à un étranger ou à un homme de la basse classe. La partie du corps qui a été lésée est aussi quelquefois une circonstance aggravante : par exemple, si quelqu'un a été frappé dans les yeux. Au reste, peu importe, dans ce cas, que l'injurié soit père ou fils de famille; l'injure est grave, qu'elle ait été faite à l'un ou à l'autre.

§ 10. « En résumé, celui qui souffre une injure quelconque peut agir ou criminellement ou civilement. S'il agit civilement, le défendeur est condamné à une peine évaluée comme il a été dit ci-dessus; s'il agit criminellement, le juge doit infliger une peine extraordinaire.

« Il est bon d'observer qu'une constitution de Zénon permet aux personnes illustres, et à celles qui occupent un rang encore plus élevé, d'intenter l'action criminelle d'injure, et d'y défendre par le ministère de procureurs, ainsi qu'on peut le voir, avec plus de détails, en lisant la constitution elle-même.

§ 11. « Ce n'est pas seulement celui qui a frappé qui est tenu de l'action d'injure, mais aussi celui qui méchamment en fait frapper un autre à la joue.

§ 12. « Cette action s'éteint par le silence. Si donc on a méprisé l'injure, c'est-à-dire si on n'en a conçu aucun ressentiment au moment où elle a été reçue, ou ne peut plus ensuite, changeant d'idée, poursuivre une injure que l'on avait pardonnée. »

3109. Notre texte est si complet qu'il n'y a point besoin de le commenter. Nous nous bornerons donc à présenter, avec quelques réflexions, la classification des principes qu'il contient.

Le mot *injuria* a quatre sens différents : 1° toute action contraire au droit; 2° une faute : *damnum injuria datum;* 3° l'injustice du magistrat ou du juge qui rend une sentence contraire au droit; 4° enfin un outrage, une offense, synonyme de *contumelia*. C'est dans ce dernier sens que l'*injuria* va être étudiée.

3110. Il y a *injuria :* quand on frappe un homme du poing ou d'un bâton ; quand on lui fait une scène en public, *convicium* (L. 15, §§ 11 et 12. D. 47, 10) ; quand on se fait, pendant son absence, envoyer en possession de ses biens ; quand on fait courir contre lui des chansons ou libelles en prose ou en vers, alors même que ces écrits ne seraient point calomniateurs (L. 5, § 9. D. 47, 10, L. 1, C. 24, 9, 34) ; quand on affecte de suivre une *materfamilias*, un jeune garçon ou une jeune fille, ou qu'on lui adresse des paroles provocantes ; quand on viole la propriété d'autrui, soit en entrant malgré vous dans votre domicile (v. plus bas, *loi Cornelia*), soit en vous empêchant de jouir d'un droit qui appartient à tout le monde (le droit de pêche par exemple), soit en vous empêchant de vendre ou d'enlever votre chose (LL. 23, 24, 13, § 7. D. 47, 10 ; L. 25. D. 19, 1) ; quand on trouble la raison de quelqu'un par des substances préparées à cet effet ; quand on revendique comme esclave un homme que l'on sait être libre. (Gaïus, III, § 220 ; LL. 11, § 9, 15, pr., §§ 15, 20 et 22. D. 47, 10.) — En résumé, l'injure résulte de toute atteinte portée à la dignité d'autrui, par un fait que les bonnes mœurs réprouvent. (L. 15, §§ 2 et 38. D. 47, 10.) De ceci résulte que les personnes libres sont, dans la stricte rigueur du droit, les seules qui puissent être atteintes par une injure, attendu que les esclaves n'ont pas de personnalité juridique, pas d'*existimatio*. — Nous verrons plus loin qu'on distinguait deux espèces d'injures : l'injure *simple* et l'injure *atroce*.

3111. Remarquons d'ailleurs : 1° que « *injuriam potest facere nemo, nisi qui scit se injuriam facere* » (L. 3, §§ 1 à 4 ; L. 4. D. 47, 10) ; en d'autres termes, que l'*actio injuriarum* suppose une intention coupable, la volonté d'injurier la victime ; 2° il faut, de plus, et c'est très-remarquable, pour constituer le délit d'injures, que la personne injuriée *ressente l'offense ;* si elle la dédaigne, la pardonne, ou ne se sent pas blessée, il n'y a plus d'action : « *Dissimulatione aboletur actio.* » C'est pourquoi l'*actio injuriarum* est éteinte *ipso jure* par simple pacte, ne peut être intentée que dans l'année, et s'évanouit par la mort de celui qui pourrait l'intenter.

3112. **Quelles personnes sont considérées comme atteintes par l'insulte ?** — Une personne peut être injuriée, sans que l'injure lui soit personnellement adressée, si elle a été faite à une personne *en sa puissance*. Ainsi : l'insulte faite à un fils de famille donne au pere, non-seulement l'action à exercer au nom de son fils outragé, mais encore une action qui lui est personnelle, puisqu'il est indirectement offensé par l'offense faite à son fils. Même décision pour l'offense faite à une femme mariée, et qui peut donner cumulative-

ment l'*actio injuriarum* : 1° à la femme elle-même ; 2° à son mari ; 3° au père, sous la puissance duquel est le mari ; 4° au père de famille, investi de la puissance paternelle sur la femme.

Ce dernier exemple nous montre qu'on admettait que le beau-père pouvait être injurié en la personne de sa bru, à la condition, implicitement posée par notre espèce, qu'il eût conservé la puissance paternelle sur son fils : dans ce cas, la bru est *loco filiæ*. — On allait plus loin encore, et l'on décidait que le fiancé pouvait être injurié dans la personne de sa fiancée. (§ 2 de n. t. ; L. 15, § 24. D. 47, 10.) — Dans le cas d'injure faite à une femme mariée, Gaïus énonce que le mari n'est considéré comme atteint par cette injure que si la femme est *in manu;* mais il paraît hors de doute qu'on finit par admettre que cette condition ne serait pas nécessaire ; c'est bien cette opinion que rappelle le § 2 des *Institutes*, en disant : « *Id enim magis prævaluit.* » D'ailleurs dans une autre partie de ses commentaires (§ 221, *in fine*) Gaïus lui-même paraît bien se déjuger. En effet, supposant qu'une injure est adressée à ma fille, mariée à Titius, il décide que l'*actio injuriarum* appartiendra à ce dernier comme à moi-même. Or, si je puis exercer cette action en cas d'injure adressée à ma fille, c'est seulement en la supposant sous ma puissance ; et si elle est sous ma puissance paternelle, elle ne peut être sous la *manus* de mon gendre ; si donc ce dernier peut intenter de son côté l'*actio injuriarum*, c'est que la *manus* n'était point nécessaire pour faire réagir contre le mari l'injure faite à sa femme.

L'esclave, en principe, n'ayant ni honneur ni réputation à conserver, ne peut être considéré comme personnellement offensé. Si donc on l'a outragé, le maître aura bien une action, puisqu'il est réputé offensé dans la personne de son esclave, mais il n'aura que celle-là ; et même elle ne lui sera accordée que si son esclave a été outragé *atrociter*. (V. la distinction plus bas.) — Plus tard le préteur étendit, pour certains cas, sa protection à la personne même de l'esclave. Dès lors le maître put (comme le père de famille dont le fils a été insulté) exercer, *nomine suo*, son ancienne action, et de plus exercer une nouvelle action, *nomine servi*. (L. 15, §§ 34, 35, 43, 44. D. 47, 10.)

Si l'esclave insulté est *indivis?* L'action que ses maîtres peuvent exercer *nomine suo* est donnée à chacun d'eux, en raison de la *considération personnelle* de chacun ; au contraire, l'action qu'ils peuvent intenter *nomine servi* leur est donnée *proportionnellement à leurs droits respectifs* dans la propriété de l'esclave.

L'esclave, *grevé d'usufruit*, étant insulté, l'action sera, en principe, donnée au nu-propriétaire ; elle sera néanmoins donnée à

l'usufruitier, si les circonstances montrent que c'est lui qu'on voulait indirectement insulter.

Si l'injure est adressée à un homme *libre* ou à l'esclave d'autrui possédé de bonne foi? C'est l'homme libre ou le véritable propriétaire de l'esclave qui aura l'action. Toutefois, si les circonstances montraient qu'on a voulu offenser le possesseur de bonne foi, celui-ci aurait, de son côté, une action personnelle, et il y aurait ainsi lieu à deux condamnations.

L'injure faite à la mémoire d'un mort est réputée atteindre ses héritiers. (L. 1, § 4. D. 47, 10.) Mais il est probable que cette décision ne concernait que la calomnie et les hypothèses inspirées par la malveillance, sans preuves suffisantes, et qu'elle respectait ainsi les droits de l'historien qui pouvait raconter, pourvu qu'ils fussent vrais, même les faits déshonorants pour le défunt.

3113. **Contre qui est donnée l'actio injuriarum?** — Contre l'auteur de l'injure et même contre l'instigateur ou complice. (§ 11 de n. t.; L. 5, § 10; L. 11, pr. 2, § 6. D. 47, 10.)

3114. **Quelle est la peine?** — Le délit d'injures n'atteint l'offensé que dans sa personne et nullement dans son patrimoine, au moins directement[1]. Il ne produit donc que des conséquences pénales et nullement une action en indemnité. — I. *La loi des Douze-Tables* établissait un système très-simple; elle édictait: 1° tantôt une *peine corporelle*, la peine du talion, pour un membre brisé; 2° tantôt une *peine pécuniaire*, par exemple, 300 as pour un os brisé à un homme libre, 150 as pour un os brisé à un esclave, 25 as pour les autres injures. Mais la répression par le talion était barbare; l'uniformité de la peine pécuniaire, pour tous les cas non prévus, pouvait produire un châtiment excessif ou insuffisant: de là un nouveau système introduit par le préteur. — II. *Le préteur* commence par supprimer la peine barbare du *talion*, et décide que l'injure n'entraîne jamais qu'une peine pécuniaire, et il la rend plus efficace en permettant à la personne injuriée de fixer elle-même, sous ser-

---

1. Il est bien certain que l'*actio injuriarum* ne donne lieu à aucune indemnité, et que la condamnation pécuniaire n'est considérée que comme une pénalité pure et simple. Mais il est bien entendu que si le fait, considéré comme injure, me faisait subir un préjudice matériel, je pourrais en poursuivre la réparation par les voies ordinaires. — Par exemple, vous avez blessé grièvement mon esclave, avec l'intention de m'offenser par ce fait? Sans doute je pourrai intenter contre vous l'*actio injuriarum*, mais aussi je pourrai, par l'action *legis Aquiliæ*, poursuivre la réparation du dommage éprouvé. (Voir L. 5, § 1. D. 9, 2.) Il faut observer que l'injure est si peu considérée comme devant comprendre, pour exister, un dommage causé à mon patrimoine, qu'elle peut parfois concourir avec un enrichissement de l'injurié. (L. 27, § 28. D. 9, 2.)

ment, l'estimation de la peine ; le juge pouvait d'ailleurs prendre en considération la gravité de l'injure et la qualité de la personne offensée, pour déterminer la peine, et avait un pouvoir discrétionnaire pour condamner le coupable à payer l'estimation faite par le demandeur, ou pour réduire la prétention de ce dernier. Il faut remarquer que, s'il s'agissait d'une injure *simple*, c'était directement devant le juge que le demandeur formulait ses prétentions, c'est-à-dire établissait l'estimation de l'injure ; si l'injure était *atroce*, c'était le magistrat qui estimait l'injure dans la *formule* même. Dans l'un comme dans l'autre cas, le juge était lié, en ce sens qu'il ne pouvait dépasser l'estimation, mais il pouvait la réduire ; toutefois il n'usait jamais de ce pouvoir quand l'estimation était faite par le magistrat. Remarquons enfin que l'estimation de l'injure, qu'il s'agisse d'une personne libre ou d'un esclave, variait avec le rang social, la considération de la personne offensée. D'où résultait que si, comme nous l'avons dit plus haut, l'*actio injuriarum* compétait à plusieurs personnes, chacune des condamnations à intervenir pouvait être évaluée à un taux différent. — III. *La lo Cornélia*, sans détrôner le système prétorien, mais cumulativement avec lui, introduisit une nouvelle action en faveur de celui qui aurait été *poussé*, *frappé*, ou dont le *domicile aurait été violé de vive force* (L. 5, pr. D. 47, 10) ; cette action, limitée à ces trois cas, laissait le juge libre d'évaluer la peine. (L. 37, § 1. D. 47, 10.) Elle admettait aussi une poursuite *extra ordinem*, tendant à l'application d'une peine criminelle. (Paul, 5, 4, § 8.) Mais cette dernière, comme l'action *legis Corneliæ*, n'appartenait qu'à l'injurié SEUL, encore qu'il fût fils de famille. (L. 5, §§ 6 et 7. D. 47, 10.) — Plus tard on décida que l'injurié pourrait bien choisir l'une ou l'autre de ces deux actions à son gré, mais qu'il ne pourrait les cumuler. (LL. 6, et 45. D. 47, 10.)

3115. *Remarque.* — I. Tout délit d'injures peut être poursuivi *civiliter* ou *criminaliter*. Dans ce dernier cas, l'action peut aboutir, non-seulement à une réparation pécuniaire, mais encore à une peine spéciale. C'est à l'offensé de choisir entre les deux procédures, mais il ne peut cumuler l'action publique et l'action privée. — II. Dans toute action criminelle, et spécialement en matière d'injures, les parties doivent comparaître en personne. Toutefois, à partir d'une constitution de Zénon, les *viri illustres* et, *à fortiori*, ceux qui leur étaient supérieurs, peuvent, même *par procureur*, poursuivre l'action criminelle d'injures et y défendre.

3116. **Diverses espèces d'injures.** — I. On distingue l'injure *simple* et l'injure *atroce*. L'injure est atroce : 1° *ex facto*, si quel-

qu'un a été blessé, frappé de verges, etc. ; 2° *ex loco*, si l'injure a été faite au théâtre, au forum, au prétoire ; 3° *ex persona*, si l'injure a été faite à un magistrat, à un sénateur par un homme de basse condition, ou bien à un ascendant ou à un patron par ses enfants ou par ses affranchis ; 4° *ex loco vulneris*, d'après Justinien, si c'est l'œil, par exemple, qui a été blessé. (L. 7, §§ 7 et 8 ; L. 8 ; L. 9, pr., § 1 et 2. D. 47, 10 ; L. 4. C. 9, 35.) — L'intérêt de cette distinction consiste en ceci : 1° l'injure faite à l'esclave n'atteint le maître que si elle est atroce ; 2° l'injure atroce peut seule donner action au fils hors de puissance contre son père, à l'affranchi contre son patron (L. 7, § 3 ; L. 11, § 7. D. 47, 10) ; 3° la condamnation est plus forte dans l'injure atroce ; 4° du temps de Gaïus, c'est habituellement le préteur qui estime l'injure atroce. — II. Nous avons vu plus haut (n° 3112) qu'on peut distinguer encore l'injure *directe* et l'injure *indirecte*.

3117. **Extinction de l'action d'injure.** — Elle s'éteint, nous l'avons déjà dit : 1° par le *pardon*, qui s'induit par exemple d'un simple pacte ; 2° par l'*oubli*, qui s'induit notamment de ce qu'un an s'est écoulé sans poursuite ; 3° par la mort de l'auteur ou de la victime de l'injure. Toutefois, s'il y avait eu *litis contestatio* avant la mort, l'action continuerait en la personne des héritiers.

SECTION IV. — OBLIGATIONS QUI NAISSENT QUASI EX DELICTO

(*Inst.*, IV, v.)

Pr. « Un juge, qui fait le procès sien, n'est pas à proprement parler obligé par un délit; mais, comme il n'est obligé ni par délit ni par contrat, et que cependant il a commis une faute, ne fût-ce qu'une simple imprudence, il est obligé comme il le serait par un délit, et devra subir la peine que fixera, dans sa religion, celui qui sera chargé de juger.

§ 1. « Pareillement, quand d'un appartement on a jeté ou répandu quelque chose qui a causé préjudice à quelqu'un, celui à qui cet appartement appartient ou qui l'habite soit gratuitement, soit comme locataire, est obligé comme il le serait par un délit : nous ne disons pas qu'il est obligé par délit, parce que le plus souvent il est tenu pour la faute d'un autre, d'un enfant, par exemple, ou d'un esclave. Il en faut dire autant de celui qui a, au-dessus de la voie publique, des objets posés ou suspendus, dont la chute pourrait nuire aux passants : il y a, pour ce cas, une peine de dix écus d'or. Quant aux choses jetées ou répandues, la peine est du double du dommage éprouvé. S'il en est résulté mort d'homme libre, la peine est de cinquante écus d'or; si la personne n'est pas morte, mais simplement blessée, la fixation de la peine est abandonnée à l'équité du juge. Le juge doit faire entrer en ligne de compte les honoraires payés au médecin et les autres dépenses nécessitées par le traitement, et de plus la perte qui résulte, pour la personne blessée, de son temps perdu et de l'incapacité où elle se trouvera peut-être de travailler comme auparavant.

§ 2. « Quand, de l'appartement d'un fils de famille qui n'habite pas avec son père, on a jeté ou répandu quelque chose; quand on y a posé ou suspendu des objets dont la chute offre des dangers, Julien a décidé qu'on n'avait pas d'action contre le père, mais seulement contre le fils. Il en faut dire autant du fils de famille qui, étant juge, aurait fait le procès sien.

§ 3. « Le maître d'un navire, d'une auberge ou d'une écurie à loger les chevaux n'est tenu que comme par un délit des vols et des dommages qui seraient commis dans le navire, dans l'auberge ou dans l'écurie; pourvu, bien entendu, qu'il soit lui-même innocent et que le délit ait été commis par ceux qu'il emploie au service du navire, de l'auberge ou de l'écurie. En effet, comme on ne peut pas l'attaquer par une action naissant d'un contrat, et que, d'un autre côté, il est en faute pour avoir employé des serviteurs infidèles, on dit qu'il est tenu comme il le serait par un délit. Dans tous ces cas, il y a lieu à une action *in factum* qui passe aux héritiers de la personne lésée, mais qui ne se donne pas contre les héritiers de l'obligé.

Notre texte prévoit quatre hypothèses dans lesquelles une personne peut se trouver obligée, non pas en vertu d'un contrat ou en vertu d'un quasi-contrat, mais bien en vertu d'un fait illicite, intentionnel ou non; toutefois, comme ces faits illicites ne constituaient pas autrefois des *délits*, on dit que cette personne est tenue *quasi ex delicto*.

3118. 1re *Hypothèse.* — La loi rend le juge responsable du dommage causé par sa mauvaise sentence : on dit, dans ce cas, qu'il fait le procès *sien.* Par exemple, la formule délivrée par le préteur contenait une *condemnatio certæ pecuniæ* ou une *taxatio*, et le juge, dans le premier cas a condamné le défendeur à une somme plus forte ou plus faible que celle indiquée dans la formule, et dans le second cas condamné le défendeur à une somme plus forte que celle déterminée comme *maximum* par la *taxatio.* Dans ces deux cas, comme dans toutes les autres hypothèses qui peuvent être prévues, le plaideur, demandeur ou défendeur, qui souffre ainsi de la faute du juge, peut le poursuivre. On verra plus loin, aux *Actions*, que les deux causes de prise à partie que nous venons de citer ne peuvent plus se présenter après la disparition du système formulaire, c'est-à-dire quand les rôles du *magistrat* et du *juge* cessèrent d'être distincts.

3119. Mais, sous Justinien, comme dans l'état antérieur de la législation, le juge resta responsable, dans le cas où la sentence a été rendue contrairement à la loi, par vénalité, faveur ou inimitié, en un mot *par dol* (L. 15, § 1. D. 5, 1 ; L. 5, § 4. D. 44, 7), et même dans le cas où, en l'absence de tout dol, le juge a violé la loi par ignorance.

Dans ces diverses situations, la fixation de la condamnation est abandonnée à la conscience du nouveau juge, devant lequel on porte l'action *in factum* qui sanctionne les règles sur la responsabilité du juge : « *Judex non proprio ex maleficio obligatus videtur; sed, quia neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri* IN FACTUM ACTIONE, *et in quantum de ea re æquum religioni judicantis visum fuerit, pœnam sustinebit.* » (L. 6. D. 50, 13.)

3120. Il faut maintenant faire une remarque importante : les sentences rendues pour de l'argent (*venales*), ou qui violent formellement la loi, sont nulles de plein droit; d'un autre côté, les sentences dans lesquelles le juge a excédé ses pouvoirs sont soumises à la voie de l'appel. (L. 19. D. 49, 1 ; L. 7. C. 7, 64.) Dès lors, pourquoi le plaideur lésé recourra-t-il à la prise à partie, puisqu'il a d'autres moyens de se faire rendre justice? Tout d'abord, il est possible que les moyens de droit commun fassent défaut, par exemple, si l'action sur laquelle est intervenue une sentence absolument nulle était temporaire, ce qui ne permet plus de l'intenter de nouveau, les délais étant expirés, ou si, la sentence étant valable, la partie lésée n'a pas formé appel dans le temps déterminé. Outre cela, l'action *in factum* peut encore offrir des avantages marqués :

ainsi, le gagnant n'étant point solvable, le défendeur n'aurait aucun profit à poursuivre contre lui la réparation du préjudice déjà causé par l'exécution de la mauvaise sentence ; il est probable, au contraire, que le juge sera solvable, et qu'en l'attaquant le préjudice pourra être réparé. D'un autre côté, si le gagnant était exempt de dol, le demandeur à nouveau ne saurait lui réclamer des dommages-intérêts basés sur ce que le procès doit être recommencé ou porté en appel ; tandis que ces dommages-intérêts peuvent très-bien être réclamés au juge. Enfin, si le défendeur perdant est insolvable, à quoi servirait au gagnant de faire modifier la sentence entachée de dol ou d'erreur, ou bien de la faire annuler et d'obtenir une nouvelle condamnation que l'insolvabilité du défendeur rendrait sans utilité pratique ? Il sera bien plus avantageux de poursuivre le juge.

Observation. — Si le juge est un fils de famille, c'est contre lui et non contre son père que l'action est accordée.

3121. 2° *Hypothèse.* — Si d'un appartement habité, quelque chose a été jeté ou répandu sur la voie publique, il n'y a aucune pénalité si aucun dommage n'en est résulté. Mais si quelqu'un a souffert de cet accident, cette personne lésée poursuivra la réparation du préjudice éprouvé, par une action *in factum* intentée contre celui qui habite l'appartement, sans distinguer s'il l'habite comme propriétaire, comme locataire ou même à titre gratuit, sans distinguer non plus s'il est ou non l'auteur du fait : il est toujours, en effet, réputé personnellement en faute. (L. 1, §§ 1, 2, 4, 7 et 9 ; L. 6, § 2. D. 9, 3.) C'est par la même considération que si l'appartement était occupé par un fils de famille seul, habitant ainsi ailleurs que son père, « *qui seorsum a patre habitat,* » c'est le fils seul qui serait poursuivi, et aucune action ne serait donnée contre le père. En droit strict, il est évident qu'on ne pourrait poursuivre le père de famille *de peculio*, attendu que l'action *de peculio* est donnée seulement quand le fils s'est obligé *ex contractu* ou *quasi ex contractu ;* mais on devrait donner l'*action noxale*. Cette procédure a paru trop sévère pour les cas dont nous nous occupons, et on a décidé que le fils seul serait poursuivi.

Quant au montant de la condamnation, on distingue : si c'est une chose qui a été lésée, et parmi les choses on comprend les esclaves, la condamnation s'élève au double du dommage causé. Si, au contraire, c'est un homme libre qui est lésé, deux hypothèses : s'il est tué, il y a lieu à une peine fixe de 50 sous d'or ; s'il n'est que blessé, le juge règle librement la condamnation d'après l'équité.

3122. *Remarque.* — 1° L'action relative à une chose endomma-

gée n'appartient qu'à la personne appauvrie ou à ses héritiers; elle est perpétuelle et transmissible activement. — 2° L'action relative à un homme libre blessé n'appartient qu'à ce dernier seulement, et ce, pendant toute sa vie ; mais après sa mort, au lieu de passer à ses héritiers, elle devient *populaire*, en ce sens qu'elle appartient à tout citoyen qui veut l'exercer. Toutefois ce résultat ne se produit que si la mort survient moins d'un an après le quasi-délit, et, dans tous les cas, l'action *popularis* n'est qu'*annale*. L'action primitive s'éteint complétement si la personne lésée meurt plus d'un an après le quasi-délit, sans avoir intenté l'action qui lui appartenait. — 3° L'action relative à un homme libre tué est immédiatement populaire, mais seulement *annale*. (L. 5, § 5. D. 9, 3.)

3123. 3° *Hypothèse*. — Si un objet est placé ou suspendu de telle façon qu'il puisse tomber sur les passants, et leur nuire par conséquent, le préteur punit cette situation dangereuse pour la sécurité publique, et par cela seul, avant qu'aucun préjudice n'ait été subi. Il a donc établi une action *populaire* qui aboutit à une peine uniforme de dix sous d'or. C'est une véritable amende pour infraction à la police de la voirie, et on comprend qu'elle soit populaire, c'est-à-dire qu'elle appartienne au premier qui veut l'intenter, puisqu'aucun préjudice n'ayant été causé, il ne saurait y avoir quelqu'un spécialement compétent pour l'exercer. Comme dans l'hypothèse précédente, elle est intentée contre celui qui habite l'appartement, sans distinguer à quel titre il l'habite, s'il est *sui* ou *alieni juris*, si c'est par lui-même ou par une autre personne que l'objet a été placé ou suspendu. (L. 5, § 13. D. 9, 3.)

3124. 4° *Hypothèse*. — Le maître d'un navire, d'une auberge ou d'une écurie est responsable du *damnum injuriæ* et même du *furtum* commis dans le navire, l'auberge ou l'écurie, au préjudice d'un passager ou d'un voyageur. Il va sans dire que le délit n'a pas été commis par ce maître lui-même ; car, dans cette hypothèse, il n'y aurait point à parler de quasi-délit, mais bien à poursuivre le maître par les actions ordinaires données contre l'auteur direct du *damnum injustum* ou du *furtum*. Nous supposons donc que le délit a été commis par une personne connue ou inconnue. Si elle est connue, cette personne pourra être poursuivie par les actions *legis Aquiliæ* et *furti;* mais si l'auteur direct du dommage demeure inconnu ou s'il est insolvable, le maître du navire, de l'auberge ou de l'écurie sera tenu *quasi ex delicto*, parce qu'il est en faute de n'avoir pas exercé la surveillance qu'il devait exercer en faveur des intérêts de ses clients. Ceux-ci ne peuvent d'ailleurs cumuler les deux actions, mais choisissent l'une ou l'autre. (L. 1, §§ 2, 3 à 6. D. 47, 15.) L'action accor-

dée par le préteur est une action *in factum*, entraînant condamnation au *double*. Elle a donc un caractère pénal, et c'est pourquoi elle n'est point donnée contre l'héritier du délinquant.

Il faut bien se garder de confondre l'action *in factum* donnée au double contre le maître du navire, de l'auberge, de l'écurie, avec l'action *in factum* donnée contre les *nautones*, *caupones*, *stabularii*, pour les forcer à restituer les objets qui leur ont été confiés. (L. 1, pr. ; L. 3, § 1. D. 4, 9.)

APPENDICE AUX OBLIGATIONS QUI NAISSENT EX DELICTO ET QUASI EX DELICTO

3125. Dans cet appendice, nous étudierons, en deux chapitres distincts, deux ordres de faits juridiques qui exercent une influence considérable sur les effets des obligations. La *faute* comme la *mora* constituent des faits tout spéciaux, qu'on ne saurait, à mon sens, ranger dans les contrats ni dans les quasi-contrats, par la raison très-simple que l'accord des volontés n'y intervient jamais, au contraire. On ne saurait davantage les étudier comme dernier chapitre des *Obligations*, place qui me semble absolument revendiquée par l'étude de la théorie générale de l'*extinction des obligations*. Repoussant ainsi les deux classifications ordinairement adoptées, je crois ne pouvoir être critiqué en plaçant ces deux sujets à la suite des délits et des quasi-délits, car la *faute* comme la *mora*, étant précisément des dérogations aux devoirs dont les contractants doivent s'acquitter, constituent bien un manquement au droit, et, par suite, un véritable délit *sui generis ;* et la preuve, c'est que ce délit *sui generis* est puni souvent d'une façon très-sévère. A un autre point de vue, cette double matière se place comme une transition naturelle entre les faits générateurs d'obligations et l'extinction des obligations, puisqu'elle touche aux uns comme à l'autre. En effet, ainsi que nous allons le voir, d'un côté la *faute* et la *mora* modifient les conséquences ordinaires des obligations, constituent même parfois (la faute seulement) l'élément essentiel de l'obligation (*furtum*, *loi Aquilia*), et, par conséquent, interviennent de la façon la plus indiscutable dans la formation ou les résultats des obligations ; d'un autre côté, la faute comme la *mora* produisent des effets parfaitement déterminés et souvent considérables en ce qui concerne certains faits extinctifs des obligations, notamment la *perte de la chose due*.

CHAPITRE PREMIER

THÉORIE DES FAUTES

3126. Il arrive parfois qu'un débiteur n'exécute pas du tout son obligation ou l'exécute imparfaitement, d'une façon incomplète. Dans ce cas, il faut rechercher si le créancier pourra poursuivre la réparation du préjudice causé, en d'autres termes, si l'inexécution totale ou partielle laisse le débiteur tenu envers le créancier? L'ensemble des principes qui règlementent ces questions fort importantes et délicates forme ce que les interprètes appellent la *théorie des fautes*, en d'autres termes, la théorie de la responsabilité ou de la non-responsabilité du débiteur, dans le cas d'inexécution plus ou moins complète de son obligation.

L'inexécution d'une obligation a pour cause soit *le dol* du débiteur, soit *sa faute*, soit un *cas fortuit*. Remarquons, du reste, que le mot *faute*, dans son sens général, embrasse également le dol.

3127. 1° Il y a **dol** de ma part lorsque c'est avec mauvaise intention que je nuis à autrui, quand je contreviens sciemment aux devoirs qui m'incombent, soit par une action, soit par une omission.

3128. 2° Il y a **faute** lorsque, sans mauvaise intention, j'ai causé à autrui un dommage qui eût été évité si j'eusse été soigneux et attentif. Quant à la faute, on peut établir plusieurs distinctions : 1° tout d'abord on peut distinguer la faute *in committendo* et la faute *in omittendo* : *A*. La faute *in committendo*, comme le nom l'indique, suppose un certain élément *actif* de la part de celui qui la commet. C'est pourquoi je réponds généralement de cette faute envers tout le monde. Du reste, pour m'en rendre responsable, tantôt on exige qu'il y ait eu *dol* de ma part, comme dans le cas de *furtum*, tantôt on se contente d'une simple imprudence, comme dans la loi *Aquilia*. — *B*. Quant à la faute *in omittendo*, je n'en réponds qu'envers certaines personnes : je ne réponds jamais de cette faute envers celui qui n'est point mon créancier; par exemple, le feu prend à votre maison; je pourrais l'éteindre, mais je n'en fais rien; je n'appelle même pas au secours; je suis donc moralement responsable du préjudice que vous éprouvez, mais, légalement, vous ne pouvez assurément critiquer ma conduite, ni me demander des dommages-intérêts. Il en est autrement si l'on suppose la *culpa in omittendo* commise à l'encontre d'un créancier par son débiteur. C'est

ce que nous verrons plus loin en distinguant suivant qu'il s'agit d'un contrat de bonne foi ou d'un contrat de droit strict.

2° Laissant de côté la faute *in committendo*, on divise la faute *in omittendo* en plusieurs degrés.

3129. M. Demangeat professe que la faute *in omittendo* peut présenter trois degrés : le dol, la faute considérée *in abstracto*, la faute considérée *in concreto*. Sans revenir sur le dol, disons que la faute *in abstracto* est l'omission des soins qu'apporte ordinairement à ses affaires un *bonus paterfamilias;* aussi dira-t-on qu'un débiteur répond de sa faute *in abstracto*, quand il doit réparer la négligence que n'eût pas commise un homme soigneux. Quant à la faute *in concreto*, c'est l'omission des soins que le débiteur lui-même apporte à ses propres affaires. On comprend donc qu'elle peut produire une responsabilité plus ou moins étendue que la faute *in abstracto*, selon que le débiteur est plus ou moins soigneux, dans ses propres affaires, qu'un *bonus paterfamilias* ordinaire.

3130. M. Accarias n'adopte pas cette classification de la faute (t. II, p. 595) : « ..... Les interprètes distinguent la faute *in abstracto* et la faute *in concreto*, selon qu'on prend pour type de comparaison le plus diligent des pères de famille, c'est-à-dire un type abstrait, ou le débiteur lui-même, personne évidemment concrète. Quant aux Romains, lorsqu'ils veulent signifier que la faute s'apprécie *in abstracto*, ou ils l'expriment tout au long, ou ils disent que le débiteur doit *præstare culpam et diligentiam*, et si l'obligation porte sur un corps certain, volontiers ils remplacent *diligentia* par *custodia* ou mettent les deux mots ensemble. (L. 5, §§ 2 et 15. *Comm.*, XIII, 6. — L. 23, *De Reg. jur.*, L. 17. — *Inst.*, 1, § 17. *De obl. ex del.*, IV, 1.) Mais ils n'ont aucune expression particulière qui se réfère à la faute *in concreto*. » — Le savant professeur suit donc à peu près la classification autrefois professée, et reproduite par Pothier [1], d'après laquelle on distinguait la *culpa lata*, la *culpa*

1. Voici ce que dit Pothier lui-même : « Dans les différents traités que j'ai donnés des différents contrats et quasi-contrats, j'ai suivi la doctrine commune de tous les interprètes sur la prestation de la faute qui a lieu dans chaque contrat, par rapport à la chose qui en fait l'objet... C'est la doctrine des Accurse, des Alciat, des Cujas, des Duaren, des d'Avezan, des Vinnius, des Heiueccius ; et ceux mêmes qui se sont le plus appliqués à combattre les opinions communément reçues et à proposer des nouveautés, tels qu'Antoine Faber, ne s'en sont jamais écartés. Néanmoins il a paru, en 1764, une dissertation *sur la prestation des fautes*, dans laquel M. Lebrun, avocat au parlement de Paris, combat cette doctrine... Cet auteur soutient que la doctrine que nous avons exposée est une pure invention des interprètes qui n'ont pas pris le véritable sens des lois... Quelque spécieux que soient les arguments par lesquels il prétend établir son système, je n'ai pas été convaincu... » (V. Demangeat, t. II, p. 528.)

levis, la *culpa levissima*. La *culpa lata* est la négligence très-grossière, la seule dont réponde un débiteur qui rend un service purement gratuit (dépositaire). — La *culpa levis* est l'omission des soins que prennent en général les bons pères de famille ; sont tenus de cette faute, et, *à fortiori*, de la faute lourde, tous ceux qui sont obligés en vertu d'un contrat intéressé de part et d'autre (vente, louage). — Enfin la *culpa levissima* est celle que commettent même des hommes soigneux ; il en résulte qu'on ne rend responsables de cette faute, si excusable, que les débiteurs qui reçoivent un service purement gratuit (commodataire).

3131. Nous avons dit que M. Accarias suivait à peu près cette classification ; en effet, il distingue : 1° la faute lourde (*culpa lata*), qui s'apprécie soit à un point de vue absolu, parce qu'elle heurte le sens commun, soit à un point de vue relatif, parce que le débiteur ne la commet pas dans la gestion de ses propres affaires. (L. 213, § 2 ; L. 223, pr. D. 50, 16 ; L. 32. D. 16, 3.) Cette faute lourde est en général assimilée au dol (L. 5, § 15, D. 36, 4; L. 1, § 5. D. 44, 7 ; L. 226. D. 50, 16) ; 2° la faute légère (*culpa levis*), qui s'apprécie, tantôt en comparant le débiteur à un administrateur irréprochable, tantôt en le comparant à la façon dont il administre ses propres affaires. On voit que cette subdivision de la faute légère correspond précisément à la distinction faite par Pothier entre la *culpa levis* et la *culpa levissima*.

3132. Ce système des trois fautes est énergiquement combattu par M. Demangeat dont nous allons reproduire la discussion, jugeant utile de parfaitement initier le lecteur aux deux doctrines professées : « .... En faveur de ce système des trois fautes, on invoquait surtout les textes suivants : la L. 5, § 2, *in fine*, D., *Commod.*, où il est dit que, le contrat étant uniquement dans l'intérêt du commodataire, *verior est Quinti Mucii sententia, existimantis et culpam præstandam et diligentiam ;* la L. 18 pr. du même titre, où Gaïus décide que le commodataire doit apporter la même diligence *qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non præstet, quibus resisti non possit* [1] ; enfin la L. 1, § 4, D., *De obligat. et act.*, où nous voyons que le commodataire *exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compellitur.*

« Ces textes ne sont point probants. En effet, dans la L. 5, § 2, *in fine*, *Commod.*, quand le jurisconsulte, après avoir dit *et culpam*

1. Il est à remarquer que Gaïus, comme Ulpien, compte expressémen parmi les cas fortuits qu'on ne peut jamais imputer à faute les *fugæ servorum qui custodiri non solent.*

præstandam, ajoute *et diligentiam*, c'est simplement pour exprimer que la faute du commodataire doit être appréciée *in abstracto*. Et, dans les deux autres textes, si on emploie le superlatif, il ne faut y attacher aucune importance ; car nous avons la preuve qu'en cette matière on se sert indifféremment du positif ou du superlatif. Ainsi, d'après le système des trois fautes, le locataire répondrait de la *culpa levis*, non de la *culpa levissima;* or, d'après les *Institutes*, *ab eo custodia talis desideratur*, *qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet*[1]. Réciproquement, d'après le système des trois fautes, la diligence du commodataire devrait être *exactissima;* or, d'après les *Institutes*, *exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur*[2]. — D'ailleurs nous avons des textes formels qui mettent sur la même ligne le vendeur et le commodataire, le cas où le contrat est dans l'intérêt des deux parties et le cas où il est seulement dans l'intérêt de la partie dont il s'agit de déterminer la responsabilité. Voici d'abord ce que dit Paul : *Custodiam venditor talem præstare debet quam præstant hi quibus res commodata est, ut diligentiam præstet exactiorem quam in suis rebus adhiberet*[3]. Et voici maintenant comment s'exprime Ulpien : *Si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi præstandam esse dico, propter utilitatem, periculum non. Si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit*[4]. » (M. Demangeat, t. II, p. 528, 529.)

3133. Entre les deux systèmes qui viennent d'être exposés, et entre lesquels l'étudiant doit nécessairement opter à l'examen, je crois devoir adopter le système de M. Accarias, car je ne voudrais pas compliquer ce point déjà si difficile et si sujet à controverses, en exposant un système nouveau. Ainsi, quoique la théorie des deux fautes, *culpa lata* et *culpa levis*, me paraisse comporter certaines critiques, elle a le grand mérite de rendre relativement simples les applications qu'on doit en faire aux diverses responsabilités qui peuvent être encourues.

3134. 3° Enfin les **cas fortuits** sont des événements que le débiteur n'a point provoqués et qu'il n'a pu empêcher, soit qu'ils proviennent du jeu des lois de la nature physique, soit qu'ils proviennent d'actes de violence accomplis par des hommes. Dans cette dernière hypothèse, les cas fortuits sont désignés plus spécialement par l'expression : *force majeure*.

---

1. § 5. *De local. conduct* (III, 24).
2. § 2. *Quib. mod. re contral. oblig.* (III, 13).
3. L. 3, D. *De peric. et comm. rei. vend.* (18, 6).
4. L. 17, § 2, D. *De præscr. verb.* (19, 5).

3135. Maintenant, pour déterminer la responsabilité du débiteur, nous distinguerons entre les contrats de bonne foi et les contrats de droit strict.

3136. I. **Contrats de bonne foi.** — A l'égard de ces contrats, on doit poser cinq principes généraux :

3137. 1° Le débiteur n'est jamais tenu des cas fortuits, à moins qu'il ne les ait lui-même occasionnés par une faute dont il soit responsable. (L. 6. C. 4, 24.)

3138. 2° Quelle que soit la nature du contrat, que le débiteur soit intéressé ou désintéressé, il répond toujours de son dol et de sa faute lourde.

3139. 3° Le débiteur qui est personnellement désintéressé dans le contrat ne répond de rien autre que de son dol et de sa faute lourde. Telle est certainement la situation du commodant et du dépositaire. — Quant au tuteur, au curateur, au mandataire et au *negotiorum gestor*, ils furent, sinon dès l'origine, au moins après des controverses plus ou moins longues, considérés comme responsables de leur faute légère. Cela constitue donc une exception au droit commun, car ces personnes rendent des services désintéressés. (*Inst. Just.* § 1, III, XXVII ; L. 23. D. 50, 17.)

3140. 4° Lorsqu'il s'agit d'un débiteur qui ne rend pas un service purement gratuit, mais qui est intéressé dans l'opération, qu'il en profite seul ou que l'autre partie soit également intéressée, ce débiteur répond même de la *culpa levis*. Telle est la situation du commodataire, du déposant, du vendeur et de l'acheteur, du gagiste et de celui qui a constitué le gage, du *locator* et du *conductor*, etc., etc. — Par exception, le précariste n'est tenu que de son dol et de sa faute lourde.

3141. 5° En général la faute légère s'apprécie *in abstracto*, et c'est d'après ce mode d'appréciation qu'elle est considérée, quand il s'agit de déterminer la responsabilité de toutes les personnes que nous venons d'énumérer (2° *in fine*, 3°). — Par exception, la faute s'apprécie *in concreto*, dans l'hypothèse où, l'opération étant bien intéressée de la part du débiteur, ce dernier se trouve être copropriétaire de la chose due. Cela s'applique : *A*. A l'associé (*Inst.*, § 9, III, XXV) ; *B*. Au copropriétaire par indivis (L. 25, § 16. D. 10, 2) ; *C*. A la personne qui, dans l'ancien droit, acquérait une chose *contracta fiducia*, en s'engageant, *par fiducie*, à la rendre dans telle hypothèse déterminée au contrat (*Collec. leg. mos.*, tit. X, cap. II, § 2) ; *D*. Au mari, qui est bien propriétaire des choses dotales, mais qui, cependant, peut être jusqu'à un certain point considéré comme copropriétaire avec sa femme (L. 17, pr. D. 23, 3) ; *E*. A la personne

grevée de legs ou de fidéicommis, quand il doit lui rester quelque chose de la succession (L. 22, § 3, D. 36, 1). — On comprend assez bien les motifs de cette indulgence en faveur de ces cinq catégories de personnes; car, souffrant elles-mêmes de leur faute, elles en sont les premières punies, et l'autre contractant n'a pu raisonnablement attendre d'elles une diligence supérieure à celle qu'elles apportent à leurs propres affaires.

3142. Ceci dit, remarquons de suite combien les classifications méthodiques sont ardues en cette matière, et combien il est difficile, selon moi, de trouver autre chose qu'une série de décisions isolées, ne se rattachant aucunement à une théorie dogmatique. En effet : A. Nous avons dit plus haut que, par exception au principe général posé dans notre 2°, le tuteur était tenu de sa faute légère, et que cette faute devait s'apprécier *in abstracto*. Or Ulpien paraît bien décider que, dans ce cas, la faute doit s'apprécier *in concreto* : « *In omnibus quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio* (*actio tutelæ directa*), *præstando dolum*, CULPAM ET QUANTAM IN REBUS SUIS DILIGENTIAM. » (L. 1, pr. D 27, 3.) — B. Quant à l'acquéreur fiduciaire, le texte cité n'est point formel; mais comme il met sur le même plan les actions *fiduciæ* et *rei uxoriæ*, on en conclut que la responsabilité de l'acquéreur fiduciaire n'est pas plus étendue que celle du mari. Ceci admis, quand Gaïus énonce (L. 18, pr., *in fine*. D. 13, 6) que la faute se mesure de la même façon *et in rebus pignoridatis et in dotalibus*, on peut, disent les commentateurs, soupçonner qu'il avait écrit *fiduciæ* au lieu de *pignori;* car, entendu tel que Justinien nous l'a transmis, ce texte contredirait la doctrine universellement reçue quant au gagiste. — A l'égard du mari, nouvel embarras, et je citerai encore, pour l'expliquer, un extrait de M. Accarias (t. II, p. 597, not. 4) : « Quant au mari, une difficulté résulte de la loi 23, *De regulis juris*. Ulpien divise les contrats en deux classes : dans les uns, dit-il, le débiteur ne répond que de son dol; tels sont le commodat et le précaire. Dans les autres, il répond de son dol et de sa faute; tels sont le mandat, le commodat, la vente, le gage, le louage, la *dotis datio*, la tutelle, la gestion d'affaires. Ici le jurisconsulte suspend son énumération pour insérer ces mots : « *in his quidem et diligentiam*, » puis il la complète en y ajoutant la société et l'indivision. Cette incise, *in his quidem*, etc., semble bien s'appliquer aux huit contrats dont l'énumération précède, et signifier que, par opposition aux deux qui viennent ensuite, ils emportent responsabilité de la faute *in abstracto*. Mais alors, dit-on, puisque dans ces huit contrats figure la *dotis datio*, Ulpien voudrait donc que le mari fût comptable de

toutes ses fautes, même de celles qui lui échappent tous les jours dans l'administration de ses propres affaires! De là une explication qui tend à mettre ce jurisconsulte d'accord avec les autres. On a prétendu qu'il veut simplement opposer le quasi-contrat de gestion d'affaires à ceux de tutelle et d'indivision; car, dans l'opinion de tous, le communiste n'est tenu que de sa faute *in concreto*, et peut-être dans l'opinion d'Ulpien il en serait de même du tuteur. Si telle est la pensée d'Ulpien, il faut convenir que sa phrase est singulièrement embarrassée et louche, et cela quand il lui eût été si facile d'obtenir une parfaite clarté en transportant la mention de la *dotis datio* et de la tutelle après le mot *diligentiam*. Aussi une autre explication consiste-t-elle précisément à opérer cette transposition. Quant à moi, je proposerais volontiers une interprétation nouvelle : Ulpien parle d'une *dotis datio*, non d'une *dotis restitutio ;* il se réfère donc peut-être à l'obligation du constituant plutôt qu'à celle du mari; pour préciser, le texte s'appliquerait au cas d'une dot constituée par voie de dation et avec estimation. Or, dans ce cas, on le sait, le constituant est assimilé à un vendeur. Nous aurions donc une doctrine très correcte en lui imposant la responsabilité de la faute *in abstracto*. »

3143. Quoi qu'il en soit et quelque opinion qu'on puisse raisonnablement concevoir des classifications qui donnent lieu à tant d'exceptions et de points obscurs, considérons maintenant s'il est possible de préciser la différence qui existe entre la condition de ceux qui répondent seulement de leur dol et de leur faute lourde, et la condition de ceux qui répondent de leur faute légère considérée *in concreto*, laquelle se confond réellement avec le *culpa lata ;* cherchons, par exemple, quelle différence existe entre la situation du dépositaire et celle de l'associé ? C'est quant à *la preuve* que la différence existe. Ainsi, le dol ne se présumant pas, et la faute lourde étant assimilée au dol, si la chose déposée a péri, le déposant ne peut faire condamner à des dommages-intérêts le dépositaire, qu'en prouvant que ce dernier a commis un dol ou une faute qu'il ne commettait pas habituellement dans ses propres affaires. Au contraire l'associé, entre les mains duquel une chose sociale a péri, et qui ne peut par conséquent restituer cette chose, doit des dommages-intérêts, à moins qu'il ne prouve que la chose a péri par cas fortuit, ou tout au moins par une faute qu'il commettait habituellement dans ses propres affaires. En effet l'inexécution de l'obligation fait présumer la faute, et, à un autre point de vue, la dette ne pouvant être niée, c'est au débiteur, qui se prétend libéré, à justifier de la cause qui a produit sa libération.

3144. Remarquons que les cinq principes qui viennent d'être étudiés (nos 3137 à 3141) n'ont pas tous une égale étendue. Ainsi le second intéresse la morale et l'ordre public, et, par conséquent, aucune convention contraire ne pourrait soustraire le débiteur à la responsabilité qu'il édicte. (L. 17, pr. D. 13, 6; L. 1, § 7. D. 16, 3.) Quant aux quatre autres, dérivant d'une simple interprétation de la volonté des contractants, ils peuvent parfaitement être modifiés par la convention des parties.

3145. II. **Contrats de droit strict.** — Tout d'abord il faut remarquer que la prestation de la faute ne peut faire question dans le *mutuum* ou le contrat *litteris*, puisque, dans ces deux contrats, l'obligation consiste à donner une quantité déterminée dans son genre; or nous savons qu'un genre ne périt pas. D'un autre côté, dans la *condictio indebiti* : ou l'*accipiens* est de *bonne foi*, et, dans ce cas, étant seulement comptable de son enrichissement, il se dérobe à la responsabilité de toute faute; ou l'*accipiens* est de *mauvaise foi*, et alors il est obligé de rembourser intégralement ce qu'il a reçu, sauf le cas unique où la chose aurait péri par cas fortuit.

3146. La question se pose donc seulement dans les obligations nées d'une stipulation ou d'un testament, en supposant, bien entendu, que ces obligations n'aient pas pour objet la dation d'une quantité.

3147. 1° *Stipulation.* — *A.* S'il s'agit de la stipulation d'un fait, le débiteur ne peut se dérober, en tout ou en partie, à l'exécution de son obligation, qu'en prouvant que cette inexécution dérive d'un cas fortuit. Il répond donc, non-seulement de son dol et de sa faute lourde, mais encore de celle que ne ferait pas un bon père de famille. (L. 137, §§ 2 et 3. D. 45, 1.) — *B.* S'il s'agit de donner un corps certain, les textes énoncent trois règles que nous avons déjà plusieurs fois rencontrées dans leurs applications diverses : *a.* Le débiteur n'est jamais tenu *ad faciendum*, c'est-à-dire à prendre activement certains soins; il ne répond donc jamais de ses omissions, qu'elles résultent de son dol ou de sa faute (L. 91, pr. D. 45, 1); *b.* Les faits actifs eux-mêmes ne sont pas pris en considération dans l'action *ex stipulatu*. Ainsi, si j'ai promis tel esclave ou telle maison, et que je livre l'esclave empoisonné, ou la maison détériorée par des dégradations matérielles, la tradition n'en transfère pas moins la propriété au stipulant. Le promettant se trouve donc libéré. (L. 7, § 3. D. 4, 3.) Mais l'équité a fait introduire, pour ce cas et pour le précédent, un tempérament à la rigueur des principes, sous la forme d'une action *de dolo*, ou subsidiairement d'une action *in factum*, pour faire indemniser la partie lésée; *c.* Enfin,

à l'inverse, l'action du contrat permet de rendre le débiteur responsable des actes, résultant de son dol ou de sa faute, qui l'empêchent absolument de donner, ou qui empêchent le créancier d'acquérir sur la chose un droit aussi entier que celui qu'il attendait. Cette règle s'applique notamment à toute aliénation partielle de la propriété ou de ses démembrements, hypothèque ou usufruit. (LL. 20 et 27. D. 46, 3.) Les servitudes sont exceptées sans doute parce qu'elles sont considérées comme une simple détérioration du fonds, dont la réparation doit être poursuivie par l'action *de dolo*. (L. 7, § 3. D. 4, 3.)

3148. 2° *Testament.* — La question sera différemment résolue selon que l'exécution du fidéicommis, ou le payement du legs, doit ou non laisser quelque chose à l'héritier grevé. *Si oui*, ce dernier est assimilé à un copropriétaire; il répond par conséquent de sa faute considérée *in abstracto*, et n'est libéré que par les cas fortuits. — *Si non*, il n'est tenu que de son dol et de sa faute lourdes. (L. 47, §§ 4 à 6; L. 108, § 12. D. 1°, 30.) Sa responsabilité peut du reste être modifiée en plus ou en moins par une disposition spéciale du testament; mais il demeure toujours tenu de son dol. (L. 72, § 3. D. 35, 1.)

3149. En résumé, on comprendra, en lisant ce chapitre, qu'aucune des théories exposées ne présente un ensemble satisfaisant. Dans les unes comme dans les autres, dès que l'on veut poser des règles, on est immédiatement obligé d'introduire des exceptions si importantes qu'on se demande vraiment, dans certains cas, si l'exception n'est pas plus importante que la règle, et si les rôles ne devraient pas être intervertis. Nos idées personnelles auraient sans doute bouleversé toutes ces théories, sans avoir toutefois la prétention d'arriver à l'idéal cherché; mais nous nous sommes rappelé que cet ouvrage était *une œuvre classique*, et que son premier devoir était d'initier le lecteur aux doctrines des écoles. La tâche est remplie aussi complètement que possible.

CHAPITRE II

MISE EN DEMEURE

3150. On a pu voir déjà, dans plusieurs matières, et nous verrons un peu plus loin, en étudiant les divers événements extinctifs des obligations, que le débiteur était en général libéré par la perte du corps certain qu'il devait livrer. — Il y a un cas dans lequel la

perte du corps certain, même survenant par cas fortuit, ne libère pas le débiteur : c'est le cas où ce débiteur aurait été *mis en demeure*, serait *in mora*.

La perte fortuite, survenant après la mise en demeure du débiteur, est assimilée au fait personnel de ce débiteur, et, à ce titre, perpétue son obligation; en effet, non seulement l'obligation subsiste, mais elle est réputée conserver son objet originaire, bien que désormais, par la force des choses, le débiteur ne puisse le fournir.

En d'autres termes, la *mora* déplace *les risques*, bien entendu quand l'objet de l'obligation est un corps certain; en conséquence, non seulement la perte totale ne libère pas le débiteur, mais celui-ci devient responsable de toute perte matérielle, de toute détérioration subie par la chose due. (L. 108, § 11. D. 1°, 30; L. 8, § 1. D. 13, 1.)

Ce premier effet, si considérable qu'il soit, de la mise en demeure, n'est pas le seul qu'elle produise : la *mora* fait immédiatement courir les intérêts; elle emporte également obligation de restituer les fruits, toutes les fois que le débiteur est tenu en vertu d'un contrat de bonne foi ou d'un fidéicommis. (L. 32, § 2; L. 31. D. 22, 1.)

Il faut maintenant préciser dans quelles circonstances il y a *mora?* — La *mora* suppose une *interpellatio* régulière de la part du créancier, et une résistance frauduleuse du la part du débiteur. I. L'*interpellatio* est régulière, quand cette signification, destinée à obtenir l'exécution de l'obligation, est faite, après l'échéance de la dette, à une personne capable (et tenue de payer), par une personne capable de recevoir un payement valable. (L. 24, § 2 et 32, pr. D. 22, 1; LL. 24, 49, § 3, 127. D. 45, 1.) II. La résistance doit être frauduleuse; le débiteur ne sera donc pas considéré comme étant *en demeure*, s'il a des motifs sérieux pour ne se point croire obligé, ou s'il se trouve, sans dol, privé de la détention de la chose qu'il devait livrer. (L. 5. D. 12, 1; LL. 21 et 22. D. 22, 1.)

Par exception : I. Si le débiteur est absent et n'a chargé personne de payer à sa place, la constatation de ce fait, en présence de témoins, constitue ce débiteur en demeure (L. 2. D. 22, 2); — II. La demeure se produit *ipso jure*, lorsque l'obligation de restituer est née *ex delicto*. (L. 1, §§ 34 et 35; L, 19. D. 43, 16; L. 14, § 11. D. 4, 2.)

La demeure est purgée et cesse de produire les effets que nous avons mentionnés, si le débiteur offre matériellement, en temps et lieu opportuns, la chose due au créancier ou à son représentant. (L. 72, pr. et § 3; L. 39. D. 46, 3; L. 1. C. 19, 70; L. 8, pr. D. 13, 1.)

SECTION V. — EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

(*Inst.*, III, XXIX.)

3151. Une créance ne produit son effet utile qu'au moment où le créancier en perçoit directement ou indirectement le bénéfice. Or à ce moment-là précisément le créancier cesse d'être créancier, le débiteur cesse d'être débiteur, et l'obligation s'éteint. Le lien temporaire, le *vinculum juris*, qui mettait le débiteur dans un certain rapport de dépendance d'intérêts envers le créancier, disparaît: le premier cesse de pouvoir rien exiger du second qui reprend toute sa liberté; en d'autres termes, on peut dire que c'est par leur *extinction* seulement que les obligations réalisent tous leurs avantages en faveur du créancier.

3152. Les modes d'extinction des obligations peuvent se ranger en deux classes très distinctes : 1° les modes d'extinction *ipso jure*, les seuls dont s'occupent les *Institutes*; 2° les modes d'extinction *exceptionis ope*. Dans les premiers, c'est le droit civil lui-même qui prononce l'extinction de l'obligation, laquelle disparaît immédiatement, sans pouvoir désormais servir de base à une action. Dans les seconds, au contraire, l'obligation subsiste d'après le droit civil, et pourrait, par conséquent, servir de base à une action; mais cette action serait paralysée par une exception.

3153. Cette division des modes extinctifs des obligations se constate, en pratique, par des différences importantes : 1° l'extinction, qui opère *ipso jure*, profite en général à toute personne intéressée à la dissolution de l'obligation. Au contraire, l'extinction, qui opère seulement *exceptionis ope*, peut ne profiter qu'à quelques-uns des obligés. Nous avons vu un exemple de cette situation dans le pacte *de non petendo*, intervenant dans une obligation corréale. (N° 2379.) — 2° L'obligation éteinte *ipso jure* disparaît définitivement et ne peut plus revivre. Au contraire, quand on dit qu'une obligation est éteinte *exceptionis ope*, il faudrait plutôt dire qu'elle est momentanément paralysée. Aussi, la cause de paralysie venant à disparaître, l'obligation se retrouvera avec toute sa force. Tel est notamment le cas du pacte *de non petendo* à moi consenti par mon créancier. Évidemment ce créancier pourrait bien me poursuivre, mais son action serait paralysée par l'exception *pacti conventi*. Mais si un nouveau pacte intervient pour décider que, malgré le premier pacte *de non petendo*, la dette pourra désormais être exigée, l'obligation reprendra toute sa vigueur. En effet, sur la demande du créancier,

je pourrais invoquer l'exception *pacti conventi de non petendo*, mais cette exception serait paralysée à son tour par une *réplique* tirée du second pacte intervenu. Dans cette situation, la réplique supprime l'exception et disparaît avec elle, de telle sorte que l'obligation primitive se retrouve dans toute sa force originaire, comme si aucun pacte n'était postérieurement intervenu. — 3° Sous le système formulaire (V. *aux actions*), le débiteur actionné ne peut, en général, invoquer devant le *judex* un moyen d'extinction *exceptionis ope* que s'il a eu soin de faire insérer dans la formule l'exception appropriée; au contraire, le mode d'extinction *ipso jure* peut évidemment être invoqué devant le juge. Celui-ci, en effet, ayant pour mission de constater si la dette existe en droit civil, « *si paret Titium debere...* » est bien obligé de tenir compte d'un événement qui précisément avait éteint *ipso jure*, en droit civil, la dette dont on a poursuivi à tort l'exécution. — 4° Sous la procédure extraordinaire, on établissait une différence analogue : tandis que le mode d'extinction *exceptionis ope* devait, paraît-il, être invoqué dès le début de l'instance, le mode d'extinction *ipso jure* pouvait être invoqué pendant toute la durée du procès, jusqu'à la sentence.

3154. Notre titre XXIX aux *Institutes* (liv. III) ne mentionne que quatre modes extinctifs des obligations : le *payement*, la *novation*, l'*acceptilatio*, le *contrarius consensus* appelé, par certains commentateurs, le mutuel dissentiment. Avant d'entrer dans l'explication détaillée de ces quatre événements extinctifs d'une obligation, remarquons que les deux premiers s'appliquent à toute espèce d'obligations, tandis que l'*acceptilatio* ne s'applique qu'aux obligations littérales, et le *contrarius consensus* aux obligations consensuelles. — Sauf cette distinction, tous ces événements présentent également les cinq caractères suivants : 1° ils ont été créés et consacrés par le droit civil; 2° ils dérivent de la volonté, de l'accord des parties; 3° ils ont pour but nécessaire et constant l'extinction d'une obligation; 4° ils l'éteignent *ipso jure;* 5° ils profitent, en général, à toute personne intéressée à la dissolution de l'obligation.

Nous commencerons par étudier ces quatre modes d'extinction des obligations, mettant à la suite les autres modes, qui opèrent *exceptionis ope.*

CHAPITRE PREMIER

DU PAYEMENT

« Pr. L'obligation s'éteint d'abord par le payement de ce qui est dû, et aussi quand, du consentement du créancier, à la place de la chose due, on paye

une chose différente. Il est du reste indifférent que le payement soit fait par le débiteur lui-même ou par un autre pour lui : car le payement fait par un tiers opère la libération du débiteur, même à son insu, et même malgré lui. Quand le débiteur principal paye, les fidéjusssurs sont libérés, et, réciproquement, le payement fait par le fidéjusseur libère le débiteur principal. »

3155. Le payement, *solutio*, dans un sens très large, indique l'extinction d'une obligation, quelle que soit la cause qui produise l'extinction de cette obligation. A ce point de vue général, on comprend très-bien l'origine du mot *solutio* : en effet, de même qu'une personne, en devenant débitrice, se trouve *liée* — OBLIGATA — par le *vinculum juris* qui vient de se former, elle sera *déliée*, il y aura *solutio*, dès que la dette sera éteinte, dès que le *vinculum juris* sera distendu et dénoué par une cause extinctive de l'obligation.

Dans son sens usuel et technique, le mot *solutio*, qui, par sa racine, devrait embrasser d'une façon générale tous les événements qui ont pour résultat d'éteindre une dette, est restreint au cas spécial où la cause extinctive de l'obligation consiste à faire ou à fournir ce qui était dû. (L. 176, D. 50, 16.) Par conséquent, selon que l'obligation aura pour objet une *dation*, une *livraison* ou un *fait*, la *solutio* consistera à *dare*, *tradere* ou *facere*.

Ceci bien entendu, nous poserons, quant au payement proprement dit, les trois questions suivantes : *Qui peut effectuer un payement? — A qui le payement doit-il être fait? — Que doit-on payer?*

ARTICLE PREMIER. — QUI PEUT EFFECTUER UN PAYEMENT.

3156. D'après le *proemium* de notre texte, aux *Institutes*, le payement peut être fait par toute personne, même étrangère à la dette, même à l'insu ou contre le gré du débiteur. Cette décision ordinairement juste comporte certaines restrictions.

1° Tout d'abord le payement, fait par un tiers non obligé, n'est valable que si ledit tiers l'a effectué en parfaite connaissance de cause, sachant bien qu'il payait la dette d'autrui. — Si le tiers a payé *suo nomine*, s'il a cru payer sa propre dette, il y a là une erreur manifeste, une « *per errorem solutio* » ; le tiers a payé, *indebitum*, une chose qu'il ne devait pas. Nous trouvons donc réunis les éléments essentiels de la *solutio indebiti*, et conséquemment nous accorderons à ce tiers la *condictio indebiti* contre celui qui a reçu le payement et qui se trouve ainsi obligé *quasi ex contractu* (nos 2972 et suiv.). Ainsi le payement, fait dans de telles conditions, loin d'éteindre une obligation préexistante, en fait naître une nouvelle. (L. 31 pr. D. 5, 1 ; L. 38, § 2. D. 46, 3 ; L. 19, § 1, L, 55. D. 12, 6.)

2° En second lieu, le payement fait par un tiers, en connaissance de cause, éteint bien l'obligation, mais seulememt *ex parte creditoris*. En d'autres termes, le créancier a perdu toute action, et ne saurait plus désormais rien réclamer ; mais il en est tout autrement du débiteur primitif, qui se trouve seulement avoir changé de créancier. En effet le tiers qui a payé pourra le poursuivre, soit par les actions primitives, si elles lui ont été cédées d'une façon expresse ou tacite, soit par l'action *mandati*, soit tout au moins par l'action *negotiorum gestorum*. Toutefois, si le tiers intervenant avait payé *donandi animo*, dans l'intention de procurer au débiteur un avantage gratuit, ce tiers serait mal venu à réclamer quelque chose. Il en serait de même si ce tiers était intervenu *contre la volonté* du débiteur. On ne pouvait, en effet, admettre que le premier venu pourrait, par le fait seul du payement, devenir mon créancier, et cela contre mon gré. — Il me semble qu'il était déjà bien dur d'admettre cette novation de fait en faveur de celui qui avait payé à mon insu. En effet, la personnalité du créancier peut avoir une grande influence sur la situation du débiteur, et celui-ci ne devrait, en bonne justice, être privé de son créancier primitif ni contre son gré ni à son insu. — Nous remarquerons toutefois que les Romains avaient, dans une autre matière, établi cette même dîstinction entre une intervention opérée *à l'insu*, et une intervention opérée *contre la volonté* de l'intéressé. (V. nos 2947, 2948.)

3° Dans le même ordre d'idées, nous remarquerons, en troisième lieu, que notre texte, aux *Institutes*, contient encore une erreur, ou plutôt pose un principe trop absolu. En effet, après avoir dit que le payement fait par le débiteur principal libère aussi ceux qui sont intervenus pour lui, il ajoute : « Et de même, si c'est le fidéjusseur qui a payé, non-seulement il est libéré, mais le débiteur principal lui-même est libéré. » Or nous avons vu que, si plusieurs personnes sont tenues à la fois envers le créancier (que ce soient des *correi promittendi* ou bien un débiteur principal et des débiteurs accessoires), celui des *correi promittendi* ou des débiteurs accessoires, qui aura payé la dette au créancier, pourra obtenir de ce dernier la cession des actions qui garantissaient la dette. Cette dette subsiste donc, puisqu'en réalité c'est non point à cette dette, mais à la dette du cessionnaire, que s'est appliqué le payement. (Nos 2503 à 2509, 2393 et suiv.)

4° A l'inverse, il faut observer que, dans certaines circonstances, non seulement le payement éteint la dette du débiteur, mais, bien plus, qu'elle peut lui faire acquérir certains droits. Tel est le cas où un tiers a payé une dette que le débiteur avait garantie par

une constitution de gage ; tel est encore le cas où un tiers paye le legs, après que les légataires avaient pris possession des biens héréditaires : « *Si pro me quis solverit creditori meo, licet ignorante me, adquiritur mihi actio pigneratitia. Item si quis solverit legata, debent discedere legatarii de possessione ; alioquin nascitur heredi interdictum ut eos dejicere possit.* » (L. 40, D. 46, 3.)

5° Lorsque l'obligation consiste *à faire*, à exécuter un certain travail, la personne de l'obligé peut avoir une importance capitale, importance si grande, que l'obligation ne saurait être accomplie par une autre personne. — Ainsi un peintre célèbre m'a promis de me faire un certain tableau ? Il est évident que c'est le talent même, le talent personnel de ce peintre que j'ai eu en vue, et, par conséquent, un tiers ne pourrait prétendre libérer ce peintre en exécutant lui-même le tableau stipulé. — Il dépendra donc des circonstances de savoir si, dans l'intention des parties, on a entendu stipuler, ou non, le fait personnel du débiteur : « .. .. *Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturæ et doctrinæ et institutionis : ideo, si navem a se fabricandam quis promiserit, vel insulam ædificandam fossamve faciendam, et hoc specialiter actum est ut suis operis idperficiat, fidejussor ipse ædificans vel fossam fodiens, non consentiente stipulatore, non liberabit reum.....* » (L. 31, D. 46, 3.)

6° S'il s'agit d'une obligation de donner, elle n'est valablement acquittée que si la personne qui paye est propriétaire de la chose et capable d'aliéner, c'est-à-dire de faire sa condition pire. Que décider si, en fait, un payement a été opéré par une personne incapable d'aliéner ou par un *non dominus*? Ce payement se trouvera validé, dès que la revendication contre le créancier sera devenue impossible, par exemple, s'il a consommé de bonne foi la chose payée, s'il l'a usucapée, ou s'il est intervenu une ratification, soit de la part du *solvens* devenu capable, soit de la part du véritable *dominus*. (*Inst.*, § 2, II, VIII ; L. 60 et 78. D. 46, 3.)

Remarquons que, si la chose donnée était grevée d'hypothèque, au profit d'un tiers, le payement serait nul, alors même que le *solvens* serait propriétaire et capable d'aliéner. (L. 20. D. 46, 3.)

ARTICLE II. — QUELLES PERSONNES PEUVENT RECEVOIR UN PAYEMENT

3157. En principe, le payement peut être fait, soit au créancier lui-même, soit à l'*adjectus solutionis gratia*, au tuteur ou au curateur du créancier, au mandataire chargé de recevoir, soit spécialement au *filiusfamilias* et à l'esclave pour les créances qui concernent leur

pécule. — Si le payement est fait au créancier lui-même, il ne sera libératoire que si ce créancier est capable de rendre sa condition pire. Tel est notamment le cas d'un pupille non autorisé. Cette capacité faisant défaut, il est évident que l'action du créancier ne s'éteint pas ; mais pourra-t-il absolument en user avec succès pour poursuivre le débiteur qui a cru régulièrement payer? Tout dépendra des circonstances : si le créancier n'a aucunement profité du payement, il pourra poursuivre de nouveau l'exécution d'une obligation qui ne s'est pas trouvée régulièrement éteinte; si, au contraire, le créancier a profité en tout ou en partie du payement, il ne pourra désormais agir que pour la portion dont il n'a point profité. (L. 4, § 4. D. 44, 4.)

Si nous supposons maintenant que le payement a été fait à un tiers, il faut, bien entendu, pour que le payement soit libératoire, que le tiers, compétent pour recevoir, ait encore possédé cette compétence au moment du payement; toutefois, si c'est à l'insu du *solvens* que la capacité de l'*accipiens* a été perdue, le payement n'en est pas moins valable : c'est, en effet, le créancier proprement dit qui est en faute de n'avoir point avisé le débiteur de la modification apportée à la situation première des parties.

3158. Il va sans dire que le payement, fait à un individu sans pouvoir, n'emporterait pas libération. (L. 34, § 4, D. 46, 3.) Cependant il convient de distinguer : si le payement a été déterminé par une erreur, le *solvens* pourra immédiatement exercer la *condictio indebiti;* si, au contraire, il a été fait en connaissance de cause, il pourra produire effet libératoire si le créancier en profite ou le ratifie. (L. 12, § 4; L. 28, D. 46, 3 ; L. 12. C. 8, 43.) Cette ratification pourrait également valider *ex postfacto* le payement fait à un créancier qui ne serait devenu capable que depuis le payement. (L. 49, D. 46, 3.)

ARTICLE III. — QUEL DOIT ÊTRE L'OBJET DU PAYEMENT.

3159. En principe, il est évident que c'est la chose due elle-même qui doit être payée. Le créancier n'est donc point tenu d'accepter autre chose, dût-il même gagner à cette substitution. (L. 2, § 1. D. 12, 1; L. 16. C. 8, 43.) Si le créancier a reçu, en fait, autre chose que ce qui était dû, l'action n'est point éteinte, mais, pour l'intenter avec utilité, il devra, au préalable, restituer ce qu'il a reçu. (L. 50. D. 46, 3.)

3160. Il ne suffit pas de payer la chose due elle-même; il faut la payer en totalité, alors même qu'elle serait parfaitement divisible. Il faut d'ailleurs remarquer qu'on envisage chaque dette isolé-

ment; en d'autres termes, on ne s'occupe que de la dette qui résulte d'une seule et même cause. Ainsi, dans l'hypothèse où je dois, en vertu de causes distinctes, plusieurs choses au même débiteur, je pourrai parfaitement lui payer une seule de ces dettes, sans lui payer toutes les autres ; au contraire, si je dois 20 à Titius, il peut parfaitement refuser de recevoir un à-compte de 10. (L. 41, § 1. D. 22, 1.) Il va sans dire que ce payement partiel serait parfaitement valable, et la dette éteinte jusqu'à due concurrence, si le créancier acceptait cette combinaison [1].

3161. Il y a certaines hypothèses dans lesquelles le créancier ne peut exiger du débiteur, auquel il s'adresse, qu'une partie de la créance. Ainsi, le débiteur mourant et laissant plusieurs héritiers, le créancier ne pourra poursuivre chacun de ces derniers que pour la partie qui lui incombe dans la dette successorale. Pareillement, si une dette a été cautionnée par plusieurs fidéjusseurs, celui auquel s'adresse le créancier peut invoquer le bénéfice de division et forcer ainsi le créancier à recevoir seulement une portion déterminée de la dette totale.

M. Demangeat présente une troisième hypothèse dans laquelle le débiteur peut se libérer partiellement : c'est le cas où une portion de la créance est litigieuse. Tel paraît bien être au moins le sens de la loi 21 au *Digeste* (12, 1) : « *Quidam existimaverunt neque eum qui decem peteret cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum qui fundum suum diceret partem dumtaxat judicio persequi. Sed, in utraque causa, humanius facturus videtur prætor si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium ejus pertineat lites deminuere.* »

DE LA *DATIO IN SOLUTUM*

3162. Nous venons de voir qu'en principe c'est la chose due elle-même qui doit être payée. Parfois, cependant, le débiteur peut se libérer en fournissant autre chose que ce qui était dû : c'est lorsque le créancier consent à cette substitution. *En fait*, nous dirons

---

1. M. Accarias (t. II, p. 677) présente deux hypothèses où cette libération partielle ne s'opère que sous condition : « 1° Je dois un esclave *in genere*. Si je donne à mon créancier la moitié indivise de Stichus, je ne me libère pour partie que sous la condition de donner ultérieurement l'autre moitié indivise de ce même Stichus. Donc le créancier reste admissible à me demander d'une manière générale un esclave, et moi-même je puis, en lui en donnant un autre, répéter le droit indivis que je lui ai transféré sur Stichus. (L. 9, § 1. *De sol.*) La même décision s'applique à toutes les obligations de genre, excepté à celles dont on dit qu'elles se divisent *numero*. (N° 517.) 2° Soit une obligation alter-

donc que le débiteur, qui donne au créancier, qui l'accepte à titre de payement, une chose autre que celle qui était due, est parfaitement libéré. Mais, *en droit*, on discute sur le point de savoir si ce débiteur est libéré *ipso jure*, ou si seulement, à une action intentée contre lui par le créancier, il pourra riposter par une exception *doli mali*? Les Sabiniens, assimilant au payement la *datio in solutum*, professaient que la dette était éteinte *ipso jure*. Les Proculiens, au contraire, considéraient que la *datio in solutum* n'était point un payement, et que, par conséquent, la dette ne pouvait, par ce procédé, être éteinte *ipso jure;* d'où résultait que la dette continuait à subsister *en droit*. Toutefois la raison d'équité intervenait d'une façon toute-puissante, et, tout en restant ferme sur les principes, on décidait qu'une exception *doli mali* ferait succomber le créancier, qui, quoique désintéressé, voudrait exiger l'exécution directe de l'obligation.

Sans discuter le mérite respectif des deux doctrines, nous dirons que c'est celle des Sabiniens qui finit par l'emporter, ainsi qu'en témoigne la première phrase de notre texte : « *Tollitur omnis obligatio solutione ejus quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit.* »

3163. Quoi qu'il en soit, il faut remarquer que les deux décisions qui viennent d'être rapportées offraient autre chose qu'un intérêt purement doctrinal :

3164. I. **Premier intérêt pratique**. — Tout d'abord, ainsi qu'on l'a dit, dans l'opinion des Sabiniens, le débiteur, poursuivi à nouveau, n'avait point besoin de faire insérer une exception; tandis que, dans la doctrine des Proculiens, il aurait perdu son procès, s'il n'eût pris soin de faire insérer dans la formule son moyen de défense.

3165. II. **Deuxième intérêt pratique.** — En second lieu, dans l'opinion sabinienne, la dette étant éteinte, *ipso jure*, par la *datio in solutum* complètement assimilée au payement, les parties n'auraient pu employer aucun moyen pour faire revivre cette dette, absolument éteinte. Dans l'opinion proculienne, au contraire, la *datio in solutum* se scindait en deux faits distincts : la translation d'une propriété qui n'était pas due, puis un pacte de remise tacite quant à la dette elle-même. D'où résultait que ce pacte de remise, paralysant

---

native, par exemple je dois dix sous d'or à Stichus. En donnant cinq sous d'or, je ne me libère partiellement que sous la condition de donner encore cinq sous d'or. La position faite au débiteur et au créancier par ce payement partiel est donc tout à fait la même que dans la précédente hypothèse... »

seulement l'action du créancier, pouvait être supprimé par un pacte contraire ; en d'autres termes, on pouvait, à l'aide d'un pacte, rendre toute son énergie à la dette primitive. Il est vrai que cette analyse subtile de la *datio in solutum*, en deux opérations distinctes, offrait ce résultat bizarre : c'est que la première opération, translation d'une propriété non due, aurait pu par cela même donner lieu aux actions résultant du payement de l'indû, et que la seconde, ou pacte de remise, n'aurait pas eu grande valeur en droit, puisqu'en principe les pactes n'éteignaient pas les obligations *ipso jure*.

3166. III. **Troisième intérêt pratique.** — En troisième lieu, si le créancier, qui a accepté une chose *in solutionem*, vient à être dépouillé, évincé de cette chose, on l'autorise unanimement à recourir contre le débiteur. Mais on discutait sur les actions au moyen desquelles ce recours pouvait être exercé. De là de nouvelles divergences dans les textes : d'après Marcien, on peut agir par les actions mêmes du contrat primitif, actions qui sont rétroactivement considérées comme n'ayant point été éteintes par une *datio in solutum*, dont le bénéfice est enlevé à l'*accipiens* : « *Si quis aliam rem pro alia volenti solverit, et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. Et, si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat : nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido ejus fieret.* » (L. 46, pr. D. 46, 3.) Ulpien au contraire enseigne que le recours doit être exercé par une action *utilis ex empto*, comme si le créancier avait acheté la chose pour un prix égal au montant même de sa créance. (L. 24, pr. D. 13, 7.) — Encore ici, cette distinction n'a point seulement un intérêt doctrinal, mais des effets pratiques considérables : en effet, dans la première théorie, le créancier conserve sa situation primitive, en bien comme en mal ; le chiffre de sa créance est toujours le même, et les sûretés accessoires qui corroboraient la dette se trouvent avoir subsisté ; l'action *utilis ex empto*, au contraire, donne au créancier la situation d'un acheteur ordinaire, sans avoir à tenir compte du contrat primitif ; ce créancier ne pourra donc plus invoquer les sûretés accessoires qui garantissaient sa créance primitive, et qui se trouvent avoir été définitivement éteintes ; d'un autre côté, il pourra réclamer comme indemnité, non pas le montant de la créance primitive, mais la valeur même de la chose au jour de l'éviction, sans qu'il y ait lieu de considérer si cette valeur est supérieure ou inférieure à la valeur originaire. On comprend donc que, suivant les hypothèses, l'une des deux doctrines sera plus avantageuse que l'autre aux intérêts du créancier. — Quoi qu'il en soit, on ne sait laquelle des deux doctrines a prévalu. Il est même évident qu'elles devaient être l'une ou l'autre en

vigueur, suivant l'école à laquelle appartenait le magistrat chargé de juger de telles questions.

3167. C'est pourquoi je considère comme une tâche inutile celle qui consiste à vouloir concilier ces deux doctrines absolument distinctes, et vraisemblablement aussi respectées l'une que l'autre — Toutefois, il faut bien indiquer les diverses conciliations qui ont été proposées.

3168. *Première opinion.* — Tout d'abord on a prétendu que le créancier pouvait librement, et à son gré, choisir celle des deux décisions qu'il jugeait préférable à ses intérêts? Je ne vois aucune raison pour repousser ni pour accepter cette théorie : d'une part, en effet, on voit souvent le choix laissé au demandeur entre deux actions ou deux situations également mises à sa portée ; mais, d'autre part, rien n'indique formellement que ce choix favorable appartînt au créancier.

Certains interprètes se montrent beaucoup plus sévères à l'égard de cette opinion : ils prétendent qu'elle est contraire à la logique et à l'équité. *A la logique*, car de deux choses l'une : ou les parties ont voulu que le débiteur fût définitivement libéré, et par conséquent on ne devrait point donner au créancier évincé l'action *utilis ex empto ;* ou, au contraire, les parties ont considéré la libération comme conditionnelle, et alors, la condition venant à défaillir, le créancier devrait retrouver purement et simplement son action primitive. *A l'équité*, car on ne comprend pas que, dans cet arrangement librement consenti, le débiteur soit à la merci du créancier, coure les mauvaises chances, sans pouvoir profiter des bonnes. — A ce dernier argument, on répond que l'action *utilis ex empto* ne concède pas au créancier le droit de bénéficier de la plus-value fortuite que la chose a pu acquérir depuis qu'elle a été livrée. Mais comment admettre que l'action *utilis ex empto* n'aura pas les effets de l'action *empti* proprement dite, laquelle, précisément, donne à l'acheteur évincé le droit de se faire indemniser complètement du tort que lui cause l'éviction, et, par conséquent, précisément de la plus-value de la chose, si elle en a acquis entre le contrat et l'éviction? Quant à moi, je dirai : Sans doute l'opinion ainsi combattue donne certains avantages au créancier, et peut placer le débiteur dans une situation plus défavorable ; mais c'est parfaitement raisonnable et équitable, puisque, somme toute, le débiteur, pour échapper à tout péril, n'avait qu'à payer purement et simplement ce qu'il devait. Si donc il a recouru à la *datio in solutum*, c'est qu'il avait intérêt à le faire, et c'est lui qui, naturellement, est désigné pour souffrir les inconvénients que pourront produire les conséquences de la *da-*

tio in solutum. Bien plus, n'est-il pas en faute d'avoir donné, *in solutionem*, une chose dont il n'avait pas suffisamment constaté la situation juridique?

3169. *Deuxième opinion*. — Suivant Cujas, Ulpien et Marcien envisagent deux hypothèses différentes : Ulpien, celle dans laquelle la *datio in solutum* s'appliquait à une *dette d'argent;* Marcien, celle dans laquelle la *datio in solutum* s'appliquait à une autre dette. Au premier cas, il n'est point audacieux de considérer le créancier, qui a reçu *rem pro pecunia*, comme un véritable acheteur, et de lui donner, par conséquent, l'action *utilis ex empto*. Le second cas, au contraire, dans lequel le créancier reçoit *rem pro re*, peut être assimilé à un échange, ou plutôt à un contrat innommé : *Do ut liberer*. Avec cette distinction, on dira : Si je suis considéré comme acheteur, le prix est facile à déterminer, puisque, quoique tacite, il est précisément égal à la somme qui était due. La situation est la même que si vous m'aviez effectivement payé votre dette, et si je vous avais acheté votre chose, vous restituant comme prix de cette chose précisément ce que je venais de recevoir de vous; au lieu de ce double transport d'espèces, il est plus simple de compenser ma créance primitive avec la dette que je venais de contracter. Dès lors, aucune difficulté (si je suis plus tard évincé de la chose que je suis censé avoir achetée purement et simplement) à me traiter exactement comme un véritable acheteur; en me donnant l'*action ex empto*, UTILIS à cause de l'espèce toute particulière qu'elle est chargée de régler, et qui est seulement assimilée à une *emptio-venditio*. Si, maintenant, le débiteur est considéré comme ayant conclu le contrat innommé *do ut liberer?* Il a bien été libéré de sa dette, s'il a transféré la propriété de la chose acceptée par le créancier, de telle façon que ce dernier ne puisse en être évincé ; d'où résulte logiquement que, l'éviction survenant, l'un des éléments du pacte fait défaut, et aucun résultat ne se trouve avoir été produit ; en d'autres termes, la dette n'a pas été éteinte, et pourra être poursuivie comme si aucune convention n'était intervenue. — Cette explication, très intelligente et fort raisonnable, concorde bien avec la plupart des textes. (L. 46, pr. D. 46, 3 ; L. 17. C. 8, 43 ; L. 26, § 4. D. 12, 6.) Malheureusement un texte de Paul la contredit clairement. (L. 98, pr. D. 46, 3.)

3170. *Troisième opinion*. — Cette troisième opinion, qui s'est produite depuis la découverte des *Commentaires* de Gaïus, loin de nier la divergence d'Ulpien et de Marcien, a essayé de la rattacher à la controverse des Sabiniens et des Proculiens sur l'effet extinctif de la *datio in solutum*. Voici en quels termes M. Demangeat l'expose, et nous croyons devoir citer textuellement pour ne point affaiblir

le raisonnement, d'autant plus qu'à cette doctrine j'opposerai celle de M. Accarias. Le lecteur aura ainsi sous les yeux les deux opinions entre lesquelles il est difficile de ne point opter devant l'École de droit de Paris : « En définitive, je crois qu'il faut renoncer à concilier les différents textes sur lesquels porte la difficulté. A mon sens, les uns sont conçus dans la doctrine des Sabiniens, pour qui la dation en payement se confond avec le payement ; les autres sont conçus dans la doctrine des Proculiens, pour qui la dation en payement est tout autre chose. Pour les Sabiniens, que le créancier soit évince de l'objet même qui lui était dû, ou qu'il soit évincé de la chose qu'il a consenti à recevoir en payement, dans les deux cas, le résultat doit être le même, dans les deux cas, il n'y a réellement rien de fait, et le créancier a toujours son action primitive, laquelle n'a été éteinte qu'en apparence. Ainsi s'expliquent les décisions de Marcien et de Paul. Pour les Proculiens, au contraire, le débiteur qui offre au créancier de lui donner en payement une certaine chose aux lieu et place de ce qu'il doit offre véritablement de lui faire une vente, laquelle donnera lieu à une compensation. Cela est vrai, lors même que la créance originaire n'aurait pas pour objet une somme d'argent : car, ici, nous n'aurons pas de peine à discerner laquelle des parties joue le rôle de vendeur; laquelle, le rôle d'acheteur : le débiteur, offrant la chose au créancier, doit naturellement être considéré comme le vendeur. Alors, si le créancier est évincé, il a l'action *utilis ex empto*; s'il s'avisait d'intenter son action primitive, on pourrait lui dire : « Comme acheteur, vous devez une somme précisément égale à ce que vous demandez; puisqu'il y a compensation, votre action peut être paralysée par l'exception *doli mali*. » Je crois que c'est à cette doctrine des Proculiens que Justinien aurait dû s'arrêter. Alors les textes de Marcien et de Paul n'auraient pas été insérés au *Digeste*, et les *Institutes* n'auraient point mis la *datio in solutum* absolument sur la même ligne que le payement. » (T. II, p. 497, 498.)

Voici maintenant l'opinion de M. Accarias. Après avoir résumé brièvement la théorie qui vient d'être exposée, il continue : « S'il faut exprimer mon avis, je goûte peu cette explication, car elle revient à dire que les Proculiens donneraient moins de force que les Sabiniens à la *datio in solutum* lorsqu'elle est translative de propriété, et lui en donneraient davantage quand elle ne l'est pas. Voilà une première bizarrerie; en voici une seconde : les Proculiens, comme on l'a vu (n° 603), n'admettaient pas qu'un prix de vente consistât jamais en autre chose que de l'argent; or tel est pourtant le résultat où conduit la doctrine d'Ulpien, et on voudrait

que ce fût là une doctrine spécialement proculienne ! Quant à moi, j'aime mieux croire à l'indépendance respective des deux controverses. La doctrine de Marcien me paraît plus conforme à l'exactitude des principes ; et celle d'Ulpien me paraît avoir été déterminée par l'intérêt des tiers, qui, voyant une *datio in solutum* acceptée par le créancier, doivent naturellement penser qu'il n'a pas agi à la légère et que toute sécurité leur est désormais acquise. » (T. II, p. 681.)

ARTICLE IV. — OBSERVATIONS.

§ Ier. — OFFRES ET CONSIGNATIONS.

3171. Si le créancier refuse de se laisser payer, en prétendant, à tort ou à raison, que les offres qui lui sont faites sont irrégulières, de deux choses l'une : ou cette irrégularité est réelle, et le créancier use de son droit en refusant d'accepter le payement ; ou cette irrégularité n'est point fondée, et la loi permet au débiteur de forcer le créancier à accepter le payement. Pour cela, le débiteur doit, en présence de témoins, offrir au créancier tout ce qui lui est dû, et dans des conditions telles que rien ne manque pour rendre le payement valable. Si ces offres, parfaitement régulières, sont néanmoins repoussées, le débiteur déposera l'objet de sa dette, chose ou somme d'argent, dans un endroit désigné à cet effet, ordinairement un temple. Ceci fait, la libération est produite, comme si le payement avait été effectué, si bien : 1° que le fidéjusseur qui aura ainsi consigné pourra immédiatement exercer son recours (L. 56, § 1. D. 17, 1) ; 2° que le cours des intérêts s'arrêtera ; 3° que les garanties accessoires de la dette disparaîtront ; 4° que le débiteur sera déchargé de le garde et des risques de la chose. — Remarquons qu'en l'absence du créancier le débiteur s'adressera au magistrat pour se faire autoriser à opérer directement le dépôt, sans faire les offres préalables, qui, dans l'espèce, seraient impossibles. (L. 6. C. 4, 32.)

§ II. — IMPUTATION DES PAYEMENTS.

3172. Lorsqu'une même personne est tenue, envers le même créancier, de plusieurs dettes absolument semblables par leur objet, si le débiteur fait un payement inférieur au total de toutes ces dettes, il peut spécifier quelle est celle qu'il veut éteindre ; s'il ne le précise pas, le créancier pourra faire cette désignation. Mais, en présence du silence des deux parties, les textes posent quelques règles fort simples : 1° si une dette se décompose en capital et

intérêts, ceux-ci sont toujours réputés payés de préférence au capital; 2° entre plusieurs dettes, celle-là est de préférence réputée éteinte, qui est échue; 3° entre dettes également exigibles, on fait l'imputation sur la plus onéreuse, par exemple sur celle qui aboutirait à une condamnation infamante ou prononcée au double *adversus inficiantem;* 4° enfin, si l'on suppose toutes les dettes également onéreuses, on fait l'imputation sur la plus ancienne, et sur toutes proportionnellement, si elles sont nées à la même date. (LL. 1 à 8, 103. D. 46, 3; L. 1. C. 8,43.)

§ III. — LIEU ET DATE DU PAYEMENT.

3173. Les conventions des parties sont absolument souveraines. En dehors de toute convention, le payement doit être fait à l'échéance. Nous savons que, s'il est fait avant le terme fixé, il n'est pas toujours valable, et que, fait *pendente conditione*, il sera nul si la condition ne se réalise pas.— On décide d'un autre côté, toujours en dehors de toute convention, que les corps certains doivent être livrés au lieu où ils se trouvaient au jour de la formation de l'obligation, et que les choses *in genere* doivent être payées au domicile du débiteur.

CHAPITRE II

DE LA NOVATION

«§ 3. L'obligation s'éteint encore par novation. Il y a novation quand, par exemple, ce que vous devez à Séius, il le stipule de Titius. Car, dans ce cas, l'intervention d'une nouvelle personne donne naissance à une obligation nouvelle, et la première obligation, remplacée par la seconde, s'éteint. Quelquefois même, quoique la seconde stipulation soit inutile, la première est cependant éteinte par novation : par exemple, si Titius se fait promettre ce que vous lui devez, par un pupille non autorisé de son tuteur ; Dans ce cas, il perd sa créance, car, d'une part, vous êtes libéré, et, d'autre part, la seconde obligation est nulle. Il en serait autrement si le créancier se faisait promettre par un esclave ce que lui doit un tiers : alors, en effet, le premier débiteur demeure obligé comme si la seconde stipulation n'eût pas été faite. Quand c'est de votre débiteur lui-même que vous stipulez, la novation ne s'opère qu'autant que la dernière obligation contient quelque chose de nouveau ; qu'autant, par exemple qu'elle a, de plus ou de moins que l'obligation primitive, un terme, une condition, un fidéjusseur. Nous venons de dire qu'il y a novation quand on ajoute une condition à l'obligation primitive ; ceci doit s'entendre en ce sens que la première obligation n'est novée qu'autant que la condition, ajoutée à la seconde, se réalise. Si elle ne se réalise pas, la première obligation subsiste. C'était un point constant, chez les anciens, qu'il y a novation toutes les fois que la seconde obligation est contractée dans l'intention de nover la première

mais on n'était pas d'accord sur les signes auxquels on devait reconnaître cette intention ; et on avait établi, à cet égard, différentes présomptions.

« Pour faire disparaître toutes ces difficultés, nous avons publié une constitution qui décide qu'il n'y aura novation qu'autant que les parties auront expressément déclaré que telle est leur intention. A défaut de déclaration formelle, la première obligation subsistera conjointement avec la dernière, et le débiteur sera obligé en vertu de l'une et de l'autre, conformément à notre constitution que devront lire ceux qui désirent connaître plus amplement ce sujet. »

ARTICLE PREMIER. — GÉNÉRALITÉS.

3174. La novation est, d'après Ulpien, « *prioris debiti* IN ALIAM OBLIGATIONEM, *vel civilem vel naturalem*, TRANSFUSIO ATQUE TRANSLATIO : *hoc est cum ex præcedente causa* ITA NOVA CONSTITUATUR UT PRIOR PERIMATUR. *Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione.* » (L. 1, pr. D. 46, 2.)

A la lecture attentive de cette définition, on voit que la novation consiste précisément à substituer une nouvelle obligation à une obligation antérieure qui s'éteint. Mais cette idée est beaucoup trop générale. En effet, nous avons déjà étudié bien des combinaisons dans lesquelles une nouvelle obligation se substitue à une obligation antérieure : ainsi nous avons vu des obligations antérieures se convertir en obligations littérales (nos 2611 et suivants); un mandataire se transformer en emprunteur (n° 2061), etc., etc.; et, cependant, on ne dira pas que ces opérations constituent une véritable *novation*. C'est parce que ce terme s'applique exclusivement, dans la terminologie romaine, au cas où cette substitution d'une obligation à une autre s'opère par un procédé spécial, par une stipulation. En d'autres termes, s'il est vrai de dire que la novation s'applique à toute espèce d'obligations, il faut restreindre cette vérité à l'extinction d'une obligation antérieure; en effet, considérée comme cause nouvelle d'obligation, la novation n'est qu'une application spéciale de la stipulation. (V. néanmoins n° 3186).

On comprendra facilement les avantages pratiques que peut procurer la novation, en étudiant les différents changements qu'elle peut apporter dans les rapports de débiteur à créancier (nos 3187 et suiv.). Présentons quant à présent un seul exemple : Je vous dois une certaine somme comme mandataire, et, au lieu de poursuivre cette obligation en justice, nous faisons la liquidation à l'amiable, et vous *stipulez* de moi précisément la somme qui vient d'être déterminée d'accord commun. Cette stipulation, contractée à titre de novation, éteindra l'obligation dont, mandataire, j'étais tenu envers vous, et je vous devrai désormais, comme promettant, la

somme liquidée. Voici les avantages de cette situation nouvelle : si vous aviez poursuivi contre moi l'exécution du contrat primitif, — un mandat, dans notre espèce, — vous auriez été obligé de faire la preuve, d'établir ma situation de mandataire, les actes qui m'avaient rendu votre débiteur, enfin le montant de ce qui était dû ; d'un autre côté, votre action étant évidemment basée sur un droit incertain, vous ne savez pas quelle somme vous obtiendrez en justice. Tous ces éléments aléatoires disparaissent devant la novation; et par la *condictio certi* vous obtiendrez immédiatement condamnation pour le montant de la somme stipulée, sans que le résultat du procès puisse dépendre de l'arbitraire du juge.

ARTICLE II. — CONDITIONS NÉCESSAIRES POUR OPÉRER UNE NOVATION.

§ Ier. — CONSENTEMENT.

3175. La novation, comme tout contrat, exige impérieusement le consentement des parties contractantes. Ce principe a naturellement toujours existé : « *Hoc quidam inter veteres constabat tunc fieri novationem cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat.* » Toutefois, quand la novation s'accomplit par le changement du débiteur, il n'est pas nécessaire que le débiteur primitif y consente. Nous avons vu dans le même ordre d'idées qu'un tiers pouvait payer la dette d'un débiteur, sans le consentement de ce dernier.

Il faut de plus que l'intention des parties d'opérer novation soit certaine. Mais c'était le plus souvent d'après des circonstances de fait qu'on recherchait, dans la pratique, si cet *animus novandi* avait ou non existé ; de là des difficultés inextricables qui devaient donner lieu à de fréquents procès : « *Dubium erat quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis causis introducebant.* » Pour couper court à toutes ces difficultés, Justinien employa un procédé parfait, mais extrêmement arbitraire, en décidant qu'on ne pourrait voir une novation que là où les parties auraient *expressément* manifesté l'*animus novandi.* Si donc les parties ont stipulé, dans l'intention de remplacer par cette obligation *verbis* une obligation préexistante, cette dernière continuera d'exister conjointement avec l'ancienne, si l'intention de nover celle-ci n'a point été formellement exprimée. (§ 3 de n. t. ; L. 8. C. 8, 42.)

3176. Faut-il dire, en prenant la constitution de Justinien dans son sens absolu, que si les parties ont omis d'exprimer leur *animus novandi*, les deux obligations, l'ancienne et la nouvelle, devront

être simultanément exécutées? Évidemment oui, car, sans cette décision rigoureuse, on rentrerait dans des questions d'interprétation, et, par suite, dans les difficultés que Justinien a entendu tarir d'une façon absolue. — Notons cependant que la loi 8, § 5, au *Digeste* (*De nov.*), indique un cas dans lequel un certain tempérament était apporté à l'interprétation rigoureuse de la constitution.

§ II. — IDENTITÉ D'OBJET.

3177. Il faut que la stipulation ait exactement le même objet que l'obligation à éteindre. — Cette règle résulte de tous les exemples présentés par Gaïus (III, § 176 à 179), ainsi que de la définition insérée au *Digeste* (L. 1, pr., 46, 2) et d'après laquelle la novation consiste à transférer, à *transfuser* (*translatio*, *transfusio*) dans une obligation nouvelle le contenu d'une obligation antérieure (*prioris debiti*). Bien plus, Julien décide que l'objet d'une stipulation faite pour nover doit être identique à l'objet d'un payement qui voudrait complètement éteindre la dette. (L. 56, § 7, D. 45, 1.) On pourrait ajouter que les termes mêmes qui paraissent avoir été employés pour opérer une novation semblent bien confirmer ce qui précède : « *Quidquid de illa causa tu mihi debes, id spondesne ?* » (V. M. Accarias, t. II, p. 684, 685.)

§ III. — FORMULE CONSACRÉE.

3178. La stipulation devait probablement être conçue dans des termes déterminés par la loi elle-mème. Il est vrai que cette idée n'est exprimée dans aucun texte ; mais comme, dans les différentes combinaisons de liens juridiques qui résultaient d'un contrat verbal, — corréalité, *adpromissio*, *adstipulatio*, — des formules spéciales avaient été établies, on peut en conclure sans témérité qu'une formule spéciale avait également été affectée à la novation. Du reste, Justinien nous apprend (L. 8. C. 8, 41) que la novation s'opérait autrefois *lege*. Or, comme jamais la novation n'est résultée d'autre chose que de l'accord des parties, le mot *lege*, ainsi employé, signifie tout simplement qu'il existait une certaine formule qui toujours, mais qui seule, était censée exprimer la volonté de nover. De telle sorte, ajoute M. Accarias, qu'employée imprudemment, sans aucune intention de nover, cette formule novait néanmoins, et qu'en dehors d'elle la volonté de nover la mieux manifestée n'aboutissait pas.

3179. Je ne me permettrai pas de critiquer cette opinion ; tou-

tefois je ne la reproduis que par respect pour l'autorité qui la professe, et par le but que poursuit cet ouvrage. En effet, en l'absence de tout texte, il me semble bien hardi d'inventer une théorie qui aboutit aux résultats qui viennent d'être signalés à la fin de l'alinéa précédent. Si une formule avait existé qui seule, par la matérialité même de son emploi, eût entraîné la novation, même contre le gré des parties, ou qui, à l'inverse, légèrement altérée, eût proscrit la novation malgré la volonté formelle des parties, je demande en verité comment il faudrait interpréter le texte cité plus haut: « *Hoc quidem inter veteres constabat tunc fieri novationem cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat....* DUBIUM ERAT QUANDO NOVANDI ANIMO VIDERETUR HOC FIERI, *et* QUASDAM *de hoc* PRÆSUMPTIONES *alli in aliis causis introducebant.* »

§ IV. — OBLIGATION PRÉEXISTANTE ET VALABLE.

3180. Pour qu'il y ait novation, il faut évidemment qu'il existe une première obligation, une obligation préexistante. Il faut aussi, bien entendu, que cette obligation préexistante soit valable : car une obligation nulle n'est point une obligation. Tout ceci est si évident qu'il était peu nécessaire de le formuler.

Il est plus délicat de déterminer les effets de la stipulation, intervenue en fait dans l'intention de nover une obligation préexistante nulle, mais que les parties croyaient sans doute valable. Pour trancher cette question, on s'appuie sur deux principes : le premier, c'est qu'une obligation doit essentiellement avoir un objet déterminé; le second, c'est que la cause de l'obligation verbale doit résulter de la formule même dans laquelle elle a été conçue. Si donc on a stipulé simplement *id quod debetur*, cette stipulation est nulle, faute d'objet, puisqu'il n'y avait point de dette. Si au contraire la formule désigne l'objet que l'on croit dû, par exemple *fundum Tusculanum qui debetur*, *centum quæ debentur*, une obligation se forme. Doit-on s'étonner de cette décision? Aucunement, à mon avis. Je suis surpris, en effet, qu'aucun interprète n'ait songé à rapprocher cette situation de celle que nous avons étudiée dans les legs(n^os^ 1491, 1493): lorsque je lègue à ma femme la dot qu'elle m'a apportée, sans rien dire davantage, ce legs est nul, si, en fait, ma femme ne m'a apporté aucune dot ; car le legs est sans objet ; il est impossible de déterminer l'objet légué et le montant du legs. Mais si j'ai dit : « Je lègue à ma femme les 100 sous d'or qu'elle m'a apportés en dot, » le legs est valable, quand même ma femme ne m'aurait rien apporté, car la *falsa causa* ne vicie pas la disposition testamentaire. —

De même, j'ai légué à Titius *les* 100 *sous d'or que je lui dois;* or il se trouve que je ne lui devais rien ; le legs sera néanmoins valable, parce que d'un côté le légataire a intérêt à l'invoquer, et que de l'autre la *falsa demonstratio* ne vicie pas la disposition. (V. aussi nos 1509, 1510.)

Revenant maintenant à notre espèce, nous dirons sans hésitation, en nous appuyant sur les décisions qui viennent d'être rappelées : Si la stipulation, qui a l'apparence de vouloir opérer une novation, ne précise pas la prétendue dette antérieure, elle sera nulle faute d'objet ; mais si elle la précise, elle sera parfaitement valable, car la *falsa causa*, la *falsa demonstratio* ne vicient pas la disposition testamentaire ou conventionnelle.

Toutefois un principe général, qui domine toutes les matières du droit romain, est celui qui place le consentement, l'intention des parties, comme base fondamentale des obligations contractuelles : si donc, en fait, les contractants ont cru que la somme, ou la chose, indiquée comme due dans la stipulation novatrice, était réellement due, tandis qu'elle ne l'était pas, nous nous trouvons dans une situation analogue à celle du payement de l'indû, puisque la novation poursuit pratiquement le même but que le payement, à savoir l'extinction d'une obligation préexistante. C'est pourquoi, si l'auteur de la nouvelle promesse a été déterminé par une erreur, il obtiendra une *condictio indebiti promissa* pour répéter ce qu'il a promis indûment ; et le stipulant devra lui faire remise de sa promesse. (L. 31. D. 12, 6; L. 13. D. 46, 2.)

3181. On comprend sans difficulté qu'une novation ne puisse s'appliquer qu'à une dette préexistante, c'est-à-dire à une dette valable. Mais on considère comme dette valable, non pas seulement une dette dont l'exécution peut être poursuivie *jure civili*, mais tout aussi bien une *dette naturelle*. C'est dans le même ordre d'idées que nous avons vu une dette naturelle servir de base à une *adpromissio*. (N° 2467.)

3182. Faut-il maintenant que la dette valable, qu'il s'agit de nover, soit dès à présent exigible? Aucun doute pour la dette *à terme;* elle servira très légalement de cause à la stipulation novatrice, que cette dernière soit pure et simple, ou qu'elle soit elle-même à terme. — Quant à la dette *conditionnelle*, la question est plus délicate. Nous avons vu, en effet, qu'entre la dette à terme et la dette conditionnelle il y a cette différence considérable, c'est que la première existe *hic et nunc*, fait partie du patrimoine actif ou passif du créancier où du débiteur, que son existence ne saurait point être compromise, et que l'exigibilité seule est reportée à une

certaine époque, tandis que la seconde est un germe qui peut être fécondé par l'événement de la condition, mais qui peut tout aussi bien disparaître sans laisser place à une obligation quelle qu'elle soit. On peut donc dire que l'obligation conditionnelle constitue une dette, puisque, fatalement, sans l'intervention des parties, l'événement de la condition donnera à cette dette toute sa valeur juridique, mais on peut dire tout aussi bien qu'il n'y a point de dette, qu'il y a seulement l'*espérance* de la formation d'une dette : *spes est tantum debitum iri*.

Ces principes vont influer sur la question qui nous occupe spécialement en ce moment, et le jurisconsulte Ulpien décide nettement que la stipulation, tendant à nover une obligation conditionnelle, *pendente conditione*, avant l'arrivée de la condition, n'emporte pas novation au moins immédiatement : « SI QUOD SUB CONDITIONE DEBETUR (dette conditionnelle), *pure quis novandi causa stipuletur*, NEC NUNC QUIDEM STATIM NOVAT, *licet pura stipulatio aliquid egisse videatur: sed tunc novavit cum exstiterit conditio. Etenim* EXISTENS CONDITIO PRIMAM STIPULATIONEM COMMITTIT, COMMISSAMQUE IN SECUNDAM TRANSFERT. *Et ideo, si forte persona promissoris pendente conditione fuerit deportata, Marcellus scribit, ne quidem existente conditione ullam contingere novationem : quoniam nunc, cum exstitit conditio, non est persona quæ obligetur.* » (L. 14, § 1. D. 46, 2.) Ainsi Titius me devait conditionnellement, et je stipule purement et simplement de lui ce qu'il me devait sous condition ? On pourrait croire tout d'abord que cette stipulation pure et simple doit produire un certain effet juridique ? Ce serait une erreur. En effet, la dette qu'on a voulu nover n'existe pas réellement, puisqu'elle peut très bien ne jamais exister ; de telle sorte que, si l'on attribuait à la stipulation un effet novateur immédiat, on se trouverait dans une situation bien extraordinaire au cas où la condition, apposée à la première obligation, viendrait à défaillir, entraînant ainsi la ruine du germe primitif. C'est pourquoi la stipulation, bien que pure et simple dans ses termes, sera, en fait, soumise à l'élément aléatoire qui affecte la première obligation. Dès lors, si la condition vient à défaillir, il n'y a jamais eu de dette, il n'y a jamais eu par conséquent de *cause* à la stipulation novatrice, et celle-ci se trouvera, comme la première obligation, être une lettre morte. Mais si la condition vient à se réaliser, le germe primitif s'épanouit, la dette primitive est réputée avoir toujours existé ; par conséquent la stipulation novatrice se trouve avoir eu une cause, et produira tous ses effets. — On remarquera cette situation bizarre, c'est que la dette conditionnelle prendra naissance pour disparaître aus-

sitôt, en un instant de raison, et *ipso jure*, remplacée par l'obligation novatrice [1].

Rien de plus logique et de plus juridique que cette doctrine.

3183. La fin du texte d'Ulpien me paraît moins satisfaisante ; supposant que le promettant — dans la stipulation novatrice — a subi une *capitis deminutio*, entre la formation de cette stipulation et l'arrivée de la condition, Ulpien décide, conformément à l'avis de Marcellus, que l'ancienne obligation conservera toute son efficacité, que l'événement de la condition ne réalisera pas la novation : *parce que, au moment de l'arrivée de la condition, il n'y a plus de personnalité juridique sur laquelle puisse peser la nouvelle obligation.* — Je répète que cette décision n'est point satisfaisante à mes yeux, et voici pourquoi : nous avons vu (n° 2182 ter et suiv.) que la condition réalisée avait un effet rétroactif au jour même du contrat ; en d'autres termes, que la dette ainsi vivifiée était réputée avoir toujours existé. Appliquant cette fiction à l'espèce dont nous nous occupons, il faudrait dire que l'obligation conditionnelle doit être, par l'effet rétroactif de l'événement de la condition, réputée avoir toujours existé comme obligation pure et simple, et notamment au moment où la stipulation novatrice est intervenue ; conséquemment nous dirons, comme dans le § précédent, que cette stipulation novatrice avait bien une *cause*, au moment de sa formation ; qu'elle était ainsi parfaitement valable ; or, la *capitis deminutio* n'étant intervenue que postérieurement à cette formation rétroactive d'une obligation parfaitement valable, je ne comprends pas bien les motifs qui ont guidé Marcellus et Ulpien. — Je désire étayer cette opinion personnelle par un exemple qui me paraît frappant : une dette conditionnelle fait l'objet d'une *acceptilatio ;* or il est de principe que l'*acceptilatio* ne peut précéder l'existence de l'obligation. Cette *acceptilatio* est-elle donc nulle ? Pas du tout, et nous dirons seulement que son effet demeure suspendu, tant que la condition n'est pas réalisée : si la condition se réalise, les jurisconsultes décident que le droit, jusqu'alors conditionnel, est éteint, par l'effet de l'*acceptilatio* antérieure, au moment même où il prend naissance ; et pourquoi ? Parce que la condition réalisée rétroagit dans le passé, et que l'obligation qu'on a voulu nover est réputée avoir toujours existé, notamment au moment de l'*acceptilatio*,

---

1. Il va sans dire que, si la situation était renversée, si la stipulation novatrice était conditionnelle, tout resterait en suspens : la condition défaillant, l'ancienne dette conserverait toute sa vigueur ; la condition se réalisant, la novation opérerait rétroactivement.

laquelle *acceptilatio* doit être, rétroactivement aussi, considérée comme ayant possédé, au moment de sa conclusion, l'élément essentiel à sa validité. — Je n'insiste pas davantage. (V. nos 2184 à 2188.)

Ne pourrait-on pas trouver un nouvel argument dans la décision suivante : La *nova obligatio* peut très valablement être contractée avant l'obligation qu'elle doit remplacer : *Si qui ita stipulatus a Seio sit :* QUOD A TITIO STIPULATUS FUERO, DARE SPONDES ? *An si postea a Titio stipulatus sim, fiat novatio solusque teneatur Seius ? Et ait Celsus novationem fieri, si modo id actum sit ut novetur, id est si Seius debeat quod Titius promisit : nam, eodem tempore, et impleri prioris stipulationis conditionem, et novari ait.* (L. 8, § 2. D. 46, 2.) Eh bien ! ne puis-je dire : La novation a valablement été contractée en vue de nover une dette qui devait plus tard prendre naissance ; qu'importe, quant à la naissance du droit, que le promettant ait subi une *capitis deminutio* entre les deux événements ?

3184. *Remarque.* — Si nous considérons les facilités exceptionnelles que la stipulation apportait aux transactions privées, nous dirons avec M. Gide : « Par la stipulation, on pouvait tour à tour créer l'obligation, la modifier, la transformer, la faire circuler dans le commerce, et enfin la détruire. Toutes ces opérations, sauf la première, constituaient des novations. »

§ V. — CRÉANCE NOUVELLE *EX STIPULATU.*

3185. Il est évident que l'ancienne obligation ne doit s'éteindre que si une nouvelle créance prend naissance pour la remplacer. Il ne suffit pas qu'une obligation valable soit formée ; il faut qu'une créance nouvelle existe effectivement. C'est pour cette raison, ainsi que nous l'avons vu plus haut, qu'une stipulation conditionnelle n'opère novation qu'à l'arrivée de la condition.

Peu importe du reste que la nouvelle obligation soit civile ou naturelle ; si donc, *novandi animo*, j'ai stipulé d'un pupille non autorisé ce qui m'était dû civilement par un tiers, mon action contre ce tiers sera bien éteinte, quoique ma créance contre le pupille ne soit qu'une créance naturelle. (L. 1, § 1. D. 46, 2 ; § 3 de n. t. ; Gaïus, III, 176.)

Nous l'avons déjà dit au début de cette matière, et nous le répétons, il faut, pour qu'il y ait novation, que la nouvelle créance soit bien réputée naître *ex stipulatu*. Ainsi la promesse faite entre pérégrins, par la formule *spondesne? spondeo*, la promesse d'un esclave, ne valant que comme simples pactes, ne sont point considérées comme pouvant emporter novation. (Gaïus, III, §§ 176, 179.)

3186. Il faut remarquer toutefois que ce qui précède ne doit être entendu que d'une façon générale. En effet, le *contrat littéral*, en la forme du *nomen transcriptitium*, était un moyen fort commode d'opérer une novation. Nous ne reviendrons pas sur la longue discussion qu'on a déjà trouvée plus haut (n^os^ 2611 à 2617); mais il ne faut point s'étonner qu'en ce qui concerne la novation les Romains aient pu sans scrupule mettre le contrat littéral sur le même rang que la stipulation ; nous avons vu en effet (n° 2599) les analogies saisissantes qui existaient entre ces deux modes de contracter. — Telle est du reste l'opinion de MM. Ortolan, Demangeat, Maynz, Domenget, Namur, Van Wetter, et de M. le professeur Labbé, à son cours. — Par contre, M. Accarias s'en tient à la seule stipulation comme source novatrice, et M. Gide a combattu, à son cours, la doctrine que nous venons d'énoncer. Il est intéressant de reproduire ici le résumé que M. Ruben de Couder, dans son excellent ouvrage, donne des arguments présentés par M. Gide: « 1° Gaïus, quand il traite de la novation (C. III, §§ 176 et suiv.), ne parle pas du contrat *litteris*, et réciproquement, quand il s'occupe du contrat *litteris* (C. III, §§ 128 et suiv.), il ne dit rien de la novation. Or ce silence ne s'expliquerait pas, si le contrat *litteris* pouvait servir à opérer une novation ; 2° la forme même du contrat *litteris* repousse toute idée de novation. En effet, si, lorsque vous êtes mon débiteur d'un prix de vente, je veux convertir cette créance en un contrat *litteris*, je suis dans la nécessité de faire deux écritures: à la colonne des recettes je porterai cette somme comme reçue ; à la colonne des déboursés, je porterai la même somme comme vous ayant été comptée. Or ces deux écritures sont indépendantes l'une de l'autre. Il y a là deux actes distincts, deux opérations qui ne se tiennent pas. — La novation, au contraire, est un acte unique comme le payement. Sans doute la novation produit deux effets ; mais si l'effet est double, l'acte en lui-même est simple. Ainsi il n'y a pas de novation sans stipulation. Tout autre contrat serait impropre. » (V. *contra*, n^os^ 2611 et suiv.)

§ VI. — ÉLÉMENT NOUVEAU.

3187. Pour qu'il y ait novation, il faut que la nouvelle obligation diffère en quelque chose de l'ancienne.

3188. I. **Changement de débiteur.** — Ce changement consiste à libérer le débiteur primitif, auquel succède un nouveau débiteur : « *Novatione tollitur obligatio, veluti si id quod tu Seio debeas a Titio dari stipulatus sis : nam interventu novæ personæ nova nas-*

citur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem. » (Gaïus, III, § 176.) — Ici la fonction de la novation est identique à celle d'un payement, puisqu'elle fait disparaître tout *vinculum iuris* entre le créancier et son ancien obligé. La seule différence est que le créancier, au lieu de recevoir la chose même qui lui était due, reçoit l'engagement d'un débiteur nouveau : c'est une sorte de *datio in solutum* d'une espèce particulière.

La novation, par changement de débiteur, peut se produire de deux manières différentes : ou bien le nouveau débiteur s'engage spontanément, à l'insu et même contre le gré du premier débiteur ; ou bien le nouveau débiteur est présenté au créancier par l'ancien débiteur? Au premier cas, on dit qu'il y a *expromissio ;* dans le second, qu'il y a *delegatio*. Les deux cas produisent les mêmes effets, au moins en ce qui concerne le créancier : il en est autrement des autres parties. En effet, dans l'hypothèse d'une *expromissio*, il suffit, pour que l'ancien débiteur soit libéré, qu'il y ait accord de volontés entre le créancier et l'*expromissor*. (L. 8, § 5. D. 46, 2.) Par cela même, on comprend que l'ancien débiteur ne puisse être tenu envers l'*expromissor :* il est de principe, en effet, que si, dans le payement notamment, on peut *libérer* une tierce personne contre son gré, il est impossible d'obliger contre son gré une personne qui n'intervient pas dans la formation de l'obligation. — Si maintenant nous supposons qu'il y a *délégation*, l'accord des trois parties en présence est nécessaire, et, de plus, le *délégué*, agissant sur l'ordre, et, par suite, comme mandataire de l'ancien débiteur, peut poursuivre contre ce dernier toutes les pertes que lui fera subir l'exécution du mandat, c'est-à-dire sa substitution, comme débiteur, à l'ancien débiteur qui le délègue. (LL. 12, 13. D. 46, 2.)

3189. Pour savoir si cette novation par changement de débiteur est valable, faut-il considérer la capacité du nouveau promettant? Sans doute, puisque la novation ne peut avoir lieu que si la nouvelle obligation est valable. — Si donc, voulant faire une novation, j'ai stipulé d'une personne qui ne peut civilement s'obliger, d'un pupille non autorisé ou d'un esclave, l'obligation primitive est-elle éteinte? Il faut distinguer : si j'ai stipulé d'un pupille non autorisé, l'obligation primitive est éteinte et le créancier est en perte, puisque la nouvelle obligation est nulle. C'est ce que Justinien décide formellement. Si au contraire je stipule, *novandi animo*, d'un esclave, une nouvelle obligation ne prend pas naissance, mais la première n'est point éteinte, d'où résulte que le créancier n'est pas en perte. — Il ne me semble point facile de justifier la première de ces deux décisions ; en effet, s'il est tout naturel d'ad-

mettre qu'en faisant une stipulation nulle avec un esclave on n'a pu effectuer une novation, et conséquemment que l'ancienne obligation n'a pas été éteinte, il paraît tout d'abord qu'on devrait décider de même dans la première hypothèse, celle où j'ai stipulé d'un pupille non autorisé. N'y a-t-il point, en effet, une singulière iniquité à ne faire produire à la nouvelle stipulation d'autre effet que celui d'éteindre sans compensation une dette préexistante? N'y a-t-il pas dans cette situation une violation formelle du principe tutélaire : le consentement des parties ; puisque bien certainement le créancier n'aurait pas stipulé du pupille non autorisé, s'il eût pressenti la perte qu'il en éprouverait? — Dira-t-on que l'obligation naturelle incombant au pupille non autorisé suffit pour nover l'obligation préexistante ? Mais, s'il en était ainsi, il faudrait complètement assimiler les deux situations que nous examinons; en effet l'esclave, lui aussi, contracte une obligation naturelle (n° 3026); et d'un autre côté nous avons vu (n° 3015) que l'obligation naturelle peut être une des deux obligations que la novation a pour but de remplacer l'une par l'autre ; mais que, si c'est elle qui est destinée à remplacer une obligation civile préexistante, et si de plus elle résulte d'une stipulation, le stipulant perd son ancienne action sans la remplacer.

On prétend toutefois justifier la distinction que je critique, en disant : Quand je stipule d'un pupille non autorisé, sans doute il ne peut pas en résulter contre ce pupille une obligation proprement dite ; mais il y a une stipulation valable en la forme, suffisante par conséquent pour opérer novation, bien qu'elle soit dépourvue de son effet ordinaire, par suite de la protection accordée au pupille qui contracte *sine tutoris auctoritate*. Au contraire, quand je stipule d'un esclave, non-seulement cet esclave n'est pas obligé civilement, mais il n'y a même point, en droit, de stipulation, puisque l'esclave ne peut figurer *ex persona sui* dans une stipulation, et qu'il ne peut y figurer en empruntant la personnalité juridique de son maître, *ex persona domini*, que s'il stipule, c'est-à-dire s'il est un instrument d'acquisition pour son maître. — C'est bien subtil.

3190. Quoi qu'il en soit, dans la doctrine de Justinien, il est hors de doute que le créancier qui, *novandi animo*, a stipulé d'un pupille non autorisé, perd sa créance primitive; il ne lui reste d'autre consolation que la dette naturelle et les effets qu'elle peut produire (n^os^ 3009 à 3015). *Quid* du créancier qui a stipulé, *novandi animo*, d'un esclave? Pourra-t-il utilement poursuivre le débiteur primitif? ou devra-t-on repousser sa demande par une exception *pacti conventi*, qui pourrait résulter tacitement de l'intention parfaitement

déterminée de libérer le débiteur primitif, intention qui est prouvée par la stipulation avec l'esclave? Julien et après lui Gaïus présentent des distinctions: « *Julianus ita summovendum putat, si stipulatori in dominum istius servi de peculio actio danda est, id est si justam causam intercedendi servus habuit, quia forte tantumdem pecuniam Titio debuit. Quod si quasi fidejussor intervenit, ex qua causa in peculium actio non daretur, non esse inhibendum creditorem quominus a Titio petat. Æque nullo modo prohiberi eum debere si eum servum liberum esse credidisset.* » (L. 30, § 1. D. 2, 14.)

3191. II. **Changement de créancier.** — La novation peut s'opérer par la substitution d'un nouveau créancier à l'ancien. On ne comprend pas pourquoi Justinien a oublié de traiter cette question dans notre titre. Heureusement, dans son § 38 (C. II), Gaïus, après avoir indiqué les diverses manières de transférer la propriété, continue : « Les obligations, quelle que soit la façon dont elles ont été contractées, ne comportent aucune de ces méthodes ; en effet, si je veux te transférer la créance que je possède sur un tiers, je ne puis réaliser cette opération par aucune des méthodes au moyen desquelles on transfère les choses corporelles : ainsi tu devras, sur mon ordre, stipuler de ce tiers ce qu'il me devait. Ce dernier sera ainsi libéré envers moi, et deviendra ton débiteur: cette opération s'appelle *la novation* de l'obligation. » On voit donc que cette novation était un moyen de suppléer aux difficultés de la cession de créance. Nous savons que ce but fut plus tard et assez facilement atteint par la *procuratio in rem suam*, qui avait sur la novation ce double avantage: de ne point exiger le consentement du débiteur, et de laisser subsister les garanties accessoires qui entouraient la créance originaire, tandis que ces garanties disparaissaient avec la créance novée. Par contre, dans la *procuratio in rem suam*, les résultats n'étaient point immédiatement obtenus, tandis que la novation dessaisissait immédiatement l'ancien créancier et saisissait le nouveau.

3192. Cette novation par changement de créancier tendait le plus souvent à simplifier des rapports compliqués entre plusieurs personnes. Supposons, par exemple, que Secundus doive 100 sous d'or à Primus, et que Primus lui-même en doive autant à Tertius. Primus donnera mandat à Secundus de promettre les 100 sous d'or à Tertius, et à celui-ci de les stipuler de Secundus. La promesse faite, Secundus cessera d'être le débiteur de Primus pour devenir celui de Tertius, qui change ainsi de débiteur ; quant à Primus, il demeure hors de cause. Une double novation s'est donc opérée en réalité; à la place des deux obligations antérieures, désormais

éteintes, il n'y en aura qu'une seule, qui pourra être éteinte par un seul payement. Cette opération prend le nom de DÉLÉGATION : celui qui veut se trouver hors de cause, *Primus*, s'appelle DÉLÉGANT ; et, dans la nouvelle stipulation, celui qui stipule, *Tertius*, s'appelle DÉLÉGATAIRE ; celui qui promet, *Secundus*, s'appelle DÉLÉGUÉ. Il faut toutefois remarquer qu'en termes stricts on entend par *délégation* le double mandat que Primus donne à *Secundus* et à *Tertius*, et qui n'exige aucune formalité (L. 11, pr. ; L. 17. D. 46, 2), et que cette délégation ne doit pas être confondue avec le procédé — novation — qui sert à l'exécuter et qui est soumis à des formes particulières.

3193. Si le délégué avait un moyen de défense qu'il aurait pu opposer au délégant, peut-il l'opposer au délégataire ? Il faut distinguer : 1° si le délégué connaissait son moyen de défense quand il s'est obligé envers le délégataire, il est justement réputé y avoir par cela même renoncé ; il est assimilé à un donateur, parce qu'il semble, en contractant, renoncer à l'exception qui le protégeait (L. 12. D. 46, 2) ; — 2° la situation est tout autre si le délégué ignorait le moyen de défense qui lui appartenait ; on ne peut admettre la fiction précédente, et supposer qu'il a renoncé à ce moyen de défense. Deux intérêts se trouvent donc en présence : celui du délégué et celui du délégataire ; il serait injuste de priver le délégué d'une exception qu'il aurait pu invoquer contre le délégant ; il serait tout aussi injuste de priver le délégataire du profit qu'il comptait de bonne foi retirer de l'opération. Comme ces deux intérêts contraires ne sauraient être conciliés, on fait peser dans la balance une question de fait, en distinguant si le délégataire *certat de lucro captando* ou *de damno vitando :* s'il s'agit pour le délégataire de réaliser un bénéfice, il pourra être repoussé comme aurait pu l'être le délégant : « *Si pecuniam quam me tibi debere existimabam, jussu tuo spoponderim ei cui donare volebas, exceptione doli mali tueri me potero ; et præterea incerti condictione stipulatorem compellam ut mihi acceptum faciat stipulationem.* » (L. 2, § 3. D. 39, 5.) — Mais s'il s'agit pour le délégataire d'éviter une perte, ce délégataire ne pourra être repoussé par l'exception qui compétait au créancier primitif ; toutefois celui-ci, par l'effet du mandat confié au délégué, devra indemniser ce dernier des conséquences de l'exécution du mandat, c'est-à-dire, dans l'espèce, du payement fait au délégataire : «... *Si per ignorantiam promiserit debitori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit ; quia ille suum recepit : sed is qui delegavit, tenetur condictione, vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi, si soluta esset ; et ideo, quum ipse præstiterit pecuniam, eget mandati judicio.* » (L. 12. D. 46, 2.)

Sur cette matière de la délégation, M. Accarias a donné une théorie très-complète, en l'étudiant sous un chapitre spécial (nos 698, 699).

3195. III. **Modification dans la dette, sans changement de parties.** — L'obligation peut être novée entre le même créancier et le même débiteur, quand le changement porte sur certains éléments de l'obligation.

3196. 1° *Changement de cause.* — Si l'obligation, qu'il s'agit de nover, dérivait d'une cause autre que la stipulation, la nouvelle dette, résultant d'une stipulation, différera de celle qu'elle remplace, et il y aura novation. (L. 24. D. 13, 5.) Cette modification peut avoir une certaine importance, notamment puisque la stipulation remplace, par une obligation civile et de droit strict, l'obligation antérieure, qui pouvait être seulement naturelle ou de bonne foi, et permet l'*acceptilatio*, l'adjonction d'un *sponsor* ou d'un *fidepromissor*. (V. Gaïus, III, 129.)

3197. 2° *Changement de l'objet.* — Tel est le cas où nous remplaçons par une stipulation de 100 écus d'or l'obligation par laquelle vous étiez tenu de me livrer le fonds Cornélien. Tel est également le cas présenté par les empereurs Dioclétien et Maximien (L. 10. C. 4, 2), dans lequel ils supposent qu'un homme qui avait fait des prêts d'argent a stipulé de ses débiteurs *vinum pro pecunia*. — Plusieurs auteurs, notamment M. Gide, enseignent qu'on ne pouvait, en droit romain, nover une dette en en changeant l'objet, et que le débiteur, poursuivi en vertu de la première obligation, aurait seulement pu, dans certaines circonstances, opposer une exception à la poursuite du créancier.

3198. 3° *Changement dans les modalités* (ajoutées ou retranchées).

A. Du terme. — Point de difficulté si on transforme une obligation pure et simple en obligation à terme. On pourrait, il est vrai, obtenir les mêmes effets pratiques par un pacte *de non petendo intra tempùs*, mais ce pacte, n'opérant pas *ipso jure*, ne pourrait être opposé à l'action du créancier que par voie d'exception, tandis que le terme inséré dans la stipulation nouvelle opère *ipso jure*. — Il est plus intéressant d'étudier la suppression du terme : en effet, un pacte, intervenant pour permettre au créancier d'agir avant le terme fixé, ne produirait aucun effet utile, puisqu'il est de principe que le pacte n'engendre pas d'action. Si donc le créancier agissait avant le terme primitivement fixé, il commettrait une *plus petitio tempore*, et perdrait son droit; il est probable cependant qu'il pouvait éviter ce danger en faisant insérer une *præscriptio*. Quoiqu'il en soit, on comprend que la stipulation *novandi causa*

offrait un procédé très-simple, supprimant l'obligation antérieure, pour la remplacer par une obligation pure et simple qui agissait immédiatement. (L. 6. D. 46, 2.)

B. De la condition. — Pour la condition, comme pour le terme, on peut vouloir tantôt convertir en obligation pure et simple une obligation conditionnelle, tantôt convertir en obligation conditionnelle une obligation pure et simple. Nous retrouvons ici les mêmes réflexions que tout à l'heure : s'agit-il, dans la première hypothèse, de supprimer le caractère conditionnel d'une obligation? Une stipulation, *novandi animo*, dans laquelle la condition ne figure plus, permettra au créancier d'agir immédiatement, tandis qu'un pacte, conclu dans le même but, ne pouvant donner naissance à une action, ne pourrait permettre au créancier d'agir *pendente conditione.* — Si nous voulons analyser la situation juridique créée par la stipulation pure et simple, qui entend nover une obligation antérieure et conditionnelle, nous dirons, *subtilement :* Comme on ne peut éteindre que ce qui existe, et que la dette conditionnelle n'existe pas, la stipulation nouvelle ne peut éteindre cette dette conditionnelle, qui continue, en droit, à subsister. Ce sera seulement à l'arrivée de la condition, que l'obligation antérieure sera réputée novée, c'est-à-dire éteinte au moment même où elle prend naissance (L. 14, § 1. D. 46, 2). Ceci n'empêche pas, en fait, le créancier d'agir en vertu de la stipulation nouvelle, qui peut bien créer une obligation sans en éteindre une autre (n° 3182).

3199. La question est beaucoup plus délicate s'il s'agit de subordonner à l'événement d'une condition une obligation actuellement pure et simple. Un pacte fait dans ce but n'engendrerait qu'une exception, et c'est pourquoi on a encore recours à une stipulation novatrice. Mais, malgré cette stipulation conditionnelle, les droits des parties restent en suspens. En effet, une stipulation conditionnelle n'existe pas en réalité. Dès lors, le caractère essentiel manquant, la novation ne s'opère pas *hic et nunc*, et la première obligation continue à subsister jusqu'à l'événement de la condition. — 1° Celle-ci se réalisant, la stipulation conditionnelle acquiert toute sa vigueur juridique, et la novation se produit, si toutefois la chose due existe encore. En effet, si la chose due périssait, l'ancienne obligation s'éteindrait, et la seconde, n'ayant plus de cause, ne saurait plus naître. (L. 8, § 1 ; L. 14, pr. D. 46, 2). — 2° Si maintenant nous supposons que la condition vient à défaillir, l'ancienne obligation conserve toute sa vigueur, comme si aucune tentative de novation n'avait été faite : « *Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet ut ita dicamus factam novationem si conditio exsti-*

terit; alioquin, si defecerit, durat prior obligatio... » (Gaïus, III, 179.)

3200. On peut se demander maintenant quel avantage les parties peuvent trouver à nover une obligation pure et simple en une obligation conditionnelle ; en effet, comme nous l'avons dit, la condition se réalisant, la nouvelle obligation prend bien naissance, mais qu'importe, puisqu'elle est identique à l'obligation antérieure ; et, la condition défaillant, c'est l'ancienne obligation qui subsiste ? Il y a plusieurs questions sur lesquelles influe cette obligation conditionnelle, faite *novandi animo :*

I. Si le débiteur était *en demeure*, certains jurisconsultes, et entre autres Marcellus, enseignaient que cette demeure se trouvait purgée par la stipulation conditionnelle : « *Quotiens quod pure debetur, novandi causa sub conditione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum cum conditio exstiterit. Et ideo, si forte Stichus fuerit in obligatione, et pendente conditione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore quo conditio impletur.* UNDE MARCELLUS, ETSI POST MORAM STICHUS IN CONDITIONALEM OBLIGATIONEM DEDUCTUS SIT, PURGARI MORAM *nec in sequentem deduci obligationem putat.* » (L. 14, pr. D. 46, 2 ; L. 72, §§ 1-3. D. 46, 3.) L'opinion de Marcellus, quoique combattue, paraît bien avoir triomphé.

II. La stipulation conditionnelle équivaut à la concession d'un terme incertain, en ce sens que, *pendente conditione*, le créancier n'est plus admis à demander l'exécution de la première obligation (L. 36. D. 12, 1) ; bien plus, le payement fait par erreur donnerait lieu à répétition. (L. 60, § 1. D. 12, 6.) Ceci implique bien que, si l'obligation primitive ne peut être considérée comme éteinte *ipso jure*, par la novation, tant que la condition dont cette dernière est affectée se trouve pendante, elle est au moins éteinte *exceptionis ope*, par une exception *doli mali* ou *pacti conventi*.

III. Nous avons dit que, la condition venant à défaillir, la première obligation est absolument valable ; qu'elle est considérée comme si aucune tentative de novation n'était intervenue. Cette proposition n'est pas absolue, et les textes font ici une distinction remarquable, quoique à mon sens peu justifiée : 1° si la stipulation a été faite *inter easdem personas*, on présume que les parties ont voulu substituer une chance à une certitude. Avec cette interprétation de la volonté des parties, on se trouve dans la situation d'un véritable contrat aléatoire ; dès lors, on ne fera point de difficulté de considérer l'obligation primitive comme éteinte définitivement par le pacte de remise tacite qui résulte de la stipulation novatrice, et par conséquent on repoussera par une exception *pacti conventi* ou *doli mali* le créancier qui voudrait poursuivre l'exécution de

cette stipulation primitive (Gaïus, III, § 179) ; — 2° si la novation par *adjectio conditionis* se combine avec un changement de débiteur ou de créancier, la première obligation demeure dans toute sa force, car on suppose que les parties ont entendu qu'elle s'exécuterait pour le cas où la seconde ne se formerait pas. (L. 30 § 2, D. 2, 14 : — V. le § 177 de Gaïus, C. III.)

3201. 4° *Adjonction ou suppression d'un* ADPROMISSOR. — Ces deux nouvelles hypothèses sont présentées par Gaïus : d'après lui, l'addition ou la suppression d'un *sponsor* opèrent novation, mais il nous avertit que les Proculiens rejetaient cette doctrine. (Gaïus, III, 177 et 178.) Justinien dit, de son côté, qu'il peut y avoir novation quand on ajoute ou quand on retranche un *fidéjusseur*. — On accuse généralement les *Institutes* d'avoir mal à propos remplacé le mot *sponsor* par le mot *fidejussor*, et de plus on critique l'opinion de Gaïus. Cherchons donc un peu la vérité. Le fidéjusseur peut, nous le savons, accéder après coup à une obligation préexistante et principale ; mais, par cela seul que cette sûreté accessoire prend naissance, il ne s'ensuit pas qu'il y ait novation ; cet événement ne se produira que si l'obligation principale est renouvelée, au moment même de l'adjonction du fidéjusseur, en d'autres termes, si le créancier stipule du débiteur ce que celui-ci lui doit déjà, et que de plus il le stipule du fidéjusseur ; ceci revient à dire tout simplement, à mon avis, que ce n'est aucunement l'adjonction du fidéjusseur qui produit la novation, mais que celle-ci se produit de la manière ordinaire, avec cet incident que, de plus, il survient une fidéjussion. — Quant au *sponsor*, son intervention emporte-t-elle novation? On a bien imaginé de dire que le *sponsor* ne peut s'obliger qu'au moment même où s'oblige le débiteur principal, et que, par conséquent, toutes les fois qu'on veut faire intervenir un *sponsor*, il y a lieu de nover l'obligation antérieure qu'on veut ainsi sanctionner. Mais ce raisonnement est basé sur une inexactitude. — On a prétendu d'un autre côté que, par l'adjonction d'un *sponsor*, le débiteur était tenu de l'action *depensi*, et que, par la suppression du *sponsor*, il cessait d'être tenu de cette action, double événement qui modifie sensiblement la situation du débiteur. Évidemment, mais les rapports du débiteur avec le créancier ne sont aucunement modifiés, et on ne peut dire qu'il y ait novation. — Suivant M. Demangeat, Gaïus a généralisé le terme de *sponsor*, et a entendu ainsi désigner les *adpromissores* ; d'où il résulte que Justinien n'a pas eu tort de parler de *fidejussor*. — Maintenant, l'adjonction d'un *adpromissor* peut-elle emporter novation ? Oui, si telle est la volonté des parties ; si les parties entendent que l'obligation principale, maintenant cautionnée, subsiste,

elle subsistera ; s'ils veulent, au contraire, qu'elle soit novée, l'adjonction d'un *adpromissor* comporte un changement assez notable pour déterminer une novation. — Et maintenant doit-on s'étonner de cette alternative, et de cette grande part laissée à la volonté des parties? Non, car des alternatives analogues existent dans d'autres matières: c'est ainsi que l'adjonction d'un terme et d'un *pignus* peut parfaitement laisser l'obligation primitive intacte, et cependant Justinien dit parfaitement que cette adjonction entraîne novation.... si telle est la volonté des parties. (L. 8, C. 8, 42.)

N. B. On discute ordinairement, à la fin de la novation, la question de savoir quels sont précisément les effets de la *litis contestatio*, qui, à certains points de vue, se rapproche beaucoup de la novation. Nous reporterons cette étude dans une discussion d'ensemble, aux *Actions* (V. *Litis contestatio.*)

ARTICLE III. — EFFETS DE LA NOVATION

3202. Nous savons que la novation produit des effets tout particuliers : en effet, si d'un côté, comme le payement, elle éteint une obligation antérieure, d'un autre côté elle donne naissance à une obligation nouvelle.

La nouvelle obligation s'apprécie d'après les règles du contrat de stipulation : sans doute elle peut être infirmée par des défauts qui lui sont propres, être dépourvue d'action ou paralysée par une exception ; mais, par contre, elle n'est point soumise aux causes qui pouvaient enlever à l'obligation primitive une partie de sa valeur.

La nouvelle obligation éteint la précédente d'une façon absolue, comme le payement ; elle s'applique à toute espèce de dettes, et les éteint toutes d'une manière radicale, faisant disparaître, avec le principal, les éléments accessoires ; par exemple elle libère les *adpromissores*, elle dégrève les choses affectées de gage ou d'hypothèque, elle éteint les priviléges (L. 21, § 3. D. 33, 1; L. 31, § 1, 18 et 29. D. 46, 2; L. 60. D. 46, 1 ; L. 43. D. 46, 3.) Toutefois la novation est une cause d'extinction facultative dont le créancier peut limiter les effets; par exemple, il peut convenir, par simple pacte fait *in continenti*, que les droits de gage et d'hypothèque seront maintenus (L. 11, § 1. D. 13, 7 ; L. 21, pr. D. 20, 4.) D'un autre côté, les *adpromissores* primitifs peuvent très-bien accéder à la nouvelle obligation, mais à condition qu'ils renouvelleront leur promesse.

On signale encore un assez grand nombre d'effets produits par la novation. Ainsi : 1° si la dette éteinte était productive d'intérêts, la dette nouvelle n'en produira qu'en vertu d'une stipulation spéciale (LL. 18 et 19, D. 46, 2) ; 2° si le nouveau promettant est le débiteur

primitif lui-même, sa demeure, s'il était *in mora*, se trouve purgée par la novation, ce qui a le grand avantage de le soustraire aux risques de la chose due (L. 8, pr. D. 46, 2) ; 3° la novation fait disparaître la clause pénale non encore encourue au jour de la novation, par la raison que ladite novation, étant assimilée à un payement, fait défaillir la condition d'où résulterait la clause pénale (L. 15. D. 46, 2.).

De son côté, le débiteur perd les exceptions qu'il aurait pu opposer à l'ancienne dette. (LL. 2, 19. D. 46, 2).

3203. *Observation.* — Nous avons dit plus haut, que la novation éteignait l'obligation préexistante. En général, ceci ne soulève pas de difficulté, quand il y a un seul débiteur et un seul créancier en présence. Mais la question sera-t-elle aussi simple si nous supposons plusieurs *correi stipulandi* ou *correi promittendi*? Nous savons que l'on décidait sans hésiter que le créancier, qui faisait novation avec l'un des *correi promittendi*, libérait tous les autres ; mais il y avait divergence entre les jurisconsultes sur le point de savoir si l'un des *correi stipulandi* pouvait, en faisant novation, éteindre le droit de ses cocréanciers (N° 2374). Vénuleius enseignait l'affirmative : « *Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat, quæritur : et quid juris unusquisque sibi adquisierit? Fere autem convenit, et uni recte solvi, et unum judicium petentem totam rem in litem deducere; item unius acceptilatione perimi utriusque obligationem : ex quibus colligitur, unum quemque perinde sibi acquisisse ac si solus stipulatus esset ; excepto eo, quod etiam facto ejus, cum quo commune jus stipulantis est, amittere debitorem potest. Secundum quæ si unus ab aliquo stipuletur : novatione quoque liberare eum altero poterit, cum id specialiter agit ; eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus...* » (L. 31, § 1. D. 46, 2.) Paul, de son côté, soutient la négative : « *Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere : tantum enim constitutum ut solidum alter petere possit. Idem Labeo ; nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur ; sic enim et his qui in nostra potestate sunt, recte solvi quod crediderint, licet novare non possint. Quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.* » (L.27, pr. D. 2, 14.) Il est impossible de ne point constater la divergence complète qui existe entre ces deux opinions ; ceci fait, il faut reconnaître que la doctrine de Vénuleius, consignée au siége même de la matière de la *novation*, doit être celle qui a été préférée.

Quoi qu'il en soit, beaucoup d'interprètes ont cherché à concilier Paul et Vénuleius. Voici, à cet égard, ce que dit M. de Vangerow,

suivant la traduction donnée par M. Demangeat (T. II, p. 508, 509) : « Dans ma conviction, il n'existe réellement aucune contradiction entre ces deux textes, et l'on peut admettre deux explications distinctes, qui sont de nature l'une et l'autre à écarter l'antinomie apparente. Voici la première : Paul, dans la L. 27, traite *ex professo* la question de savoir si un pacte *de non petendo*, qu'un *argentarius socius* fait avec le débiteur commun, a effet contre son associé ; et cette question, il la résout par la négative, en invoquant plusieurs autorités, parmi lesquelles notamment se trouve Labéon. Or Labéon, en faveur de l'opinion dont il s'agit, tire un argument spécial de la circonstance qu'un *argentarius* ne peut même pas faire une novation au préjudice de son associé. Après que Paul a ainsi résolu la question de l'effet du pacte de remise consenti par un *argentarius*, il ajoute : *idemque in duobus reis stipulandi dicendum est*. Ces mots signifient simplement que, quand il s'agit de deux *rei stipulandi*, le pacte de remise fait par l'un ne nuit pas à l'autre : car il est certainement naturel que l'assimilation des *argentarii socii* et des *rei stipulandi* se rapporte, non à la proposition incidente concernant la novation, mais à la question traitée *ex professo* concernant le pacte de remise (en ce sens, Voet, Braun, Göschen, Savigny). Comme avec cette explication il faudrait admettre que l'*argentarius socius* ne peut pas nover, ce qui serait une singularité, attendu qu'en général les *argentarii* et les *rei stipulandi* sont soumis aux mêmes principes, une deuxième explication me semble encore préférable, celle-ci excluant l'anomalie relative aux *argentarii*. Il n'est pas nécessaire que nous rapportions le mot *alium* précisément à l'un des *argentarii socii*, nous pouvons l'entendre de certaines autres personnes, de telle sorte que Labéon, par ces mots : *nam nec novare*... veut simplement dire ce que Celsus exprime d'une maniére analogue dans la L. 25 *De noval.*, qu'il y a des cas où une personne peut faire un payement et ne peut pas faire une novation ; et cette remarque de Labéon se lie très-bien à ce qui précède : on voit que du droit d'un *argentarius* à recevoir le payement, il n'est pas permis de conclure à son droit de faire un pacte de remise, puisqu'il y a des cas où une personne, bien que pouvant recevoir le payement, ne peut pas nover, alors pourtant que la novation se rapproche plus du payement que le pacte de remise. Cette explication, qui me paraît être la plus simple et qui conduit aux résultats les plus satisfaisants, était déjà donnée par plusieurs anciens, et, paraît-il, sans avoir été empruntée aux uns par les autres (voy., par exemple, Pacius, Leonin, Noodt) ; dans les temps plus modernes, elle a aussi trouvé des partisans, tels que Hübel et Krant[1]. »

1. Ler buch der Pandeckten, T. III, § 573, obs. 5.

CHAPITRE III

MOYENS ANALOGUES A CEUX QUI ONT DONNÉ NAISSANCE A L'OBLIGATION

3204. Rien de plus naturel, dit Ulpien, que de délier les obligations de la même manière qu'elles ont été contractées : ainsi l'obligation verbale s'éteint *verbis*, l'obligation consensuelle s'éteint par un mutuel dissentiment. On pourrait dire plus justement encore, que le moyen le plus naturel d'éteindre une obligation, c'est, avant tout, de la payer. Mais le texte d'Ulpien s'applique seulement aux cas particuliers où il s'agit d'éteindre une obligation précisément sans rien débourser, c'est-à-dire sans effectuer le payement.

Les deux exemples donnés par Ulpien, et reproduits par les *Institutes*, ne sont point limitatifs. Aussi voyons-nous Gaïus déclarer que le *nexus*, obligation contractée *per æs et libram*, s'éteignait aussi *per æs et libram*. (Gaïus, III, 173-175.) Il est également probable que l'action littérale pouvait s'éteindre *litteris*.

ARTICLE PREMIER. — OBLIGATION VERBALE : ACCEPTILATIO.

(*Inst.* III, XXIX.)

§ 1. L'obligation s'éteint pareillement par acceptilation. L'acceptilation est un payement fictif. Quand Titius veut faire remise de ce qui lui est dû en vertu d'une obligation verbale, il peut y parvenir aisément de la manière suivante : le débiteur dit au créancier : *tenez-vous pour reçu ce que je vous ai promis?* Le créancier répond : *je le tiens pour reçu*, et l'obligation est éteinte. L'acceptilation peut aussi se faire en langue grecque, pourvu que l'interrogation et la réponse soient modelées sur la forme latine : εχεις λαβων δηναρια τοσα. ἐχω λαβων. Ce mode d'extinction n'est applicable qu'aux obligations verbales et non aux autres : il a semblé naturel en effet qu'on pût dissoudre, par paroles, une obligation contractée par paroles. Au reste, on peut ramener une obligation quelconque à la forme de la stipulation, et appliquer ensuite l'acceptilation à l'obligation ainsi transformée. De même qu'on peut faire un payement partiel, de même on peut ne faire l'acceptilation que pour une partie de la dette seulement.

§ 2. On appelle communément stipulation aquilienne, la stipulation au moyen de laquelle nous pouvons transformer une obligation quelconque en obligation verbale, afin de pouvoir l'éteindre ensuite par acceptilation. La stipulation aquilienne nove toutes les obligations. Elle a été composée par Aquilius-Gallus, et est ainsi conçue : « *Aulus Agerius a stipulé en ces termes : pro-*
« *mettez-vous de me donner une somme d'argent formant l'équivalent de tout*
« *ce que vous devez ou devrez me donner ou faire pour moi en vertu d'une cause*
« *quelconque, présentement ou à terme ; de toutes choses à l'occasion desquelles*
« *j'ai ou aurai contre vous action* (actio) *pétition* (petitio) *ou poursuite* (perse-
« cutio), *des choses m'appartenant, que vous avez, que vous tenez, que vous pos-*

« *sédez ou que vous avez frauduleusement cessé de posséder?* Numerius Negidius « a répondu : *je le promets;* puis il a interrogé à son tour Aulus Agerius en « ces termes : *tenez-vous pour reçu ce que je vous ai promis aujourd'hui par « stipulation aquilienne*? Aulus Agerius a répondu : *je le tiens pour reçu.* »

3205. L'*acceptilatio* éteint les obligations nées de la stipulation, et cela par le mécanisme même de ce contrat, c'est-à-dire par une interrogation et une réponse solennelles. C'est un payement fictif, *imaginaria solutio : « Quod ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri ut patiaris hæc verba me dicere :* QUOD EGO TIBI PROMISI HABESNE ACCEPTUM? *et tu respondeas :* HABEO. » (Gaïus, III, 169.) Justinien ajoute que cette interrogation et cette réponse pouvaient être faites en grec ; cela était assez inutile à dire, puisque nous savons que le latin, dans la stipulation, était seulement exigé pour la formule *Spondes? Spondeo.* On comprend aussi que l'objet de l'*acceptilatio* doit être identique à celui de la stipulation ; de plus, cette identité doit apparaître à première vue, soit qu'on désigne d'une façon absolument déterminée l'objet de la première stipulation, soit que cet objet soit implicitement désigné par la généralité même des expressions employées : *quod promisi, quod spopondi.* Cette formule générale a même cela de périlleux pour celui qui consent l'*acceptilatio*, c'est que, s'il se trouve créancier envers la même personne de plusieurs obligations verbales, on tiendra le débiteur pour libéré de toutes ces obligations. (L. 14. L. 6. D. 46, 4.)

Nous savons que les obligations verbales comprenaient, à côté de la stipulation, la *dictiodotis* et la *jurata promissio liberti.* (Nos 2119 à 2124.) L'*acceptilatio* s'applique également à ces trois genres d'obligations verbales, quoique la question ait été primitivement discutée, à l'égard de la *dictio dotis* et du *jusjurandum liberti* (L. 13, pr. D. 46, 4) : « *Consentaneum visum est verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi.* » (Gaïus, III, § 170.)

D'un autre côté, comme la novation permet de transformer toute obligation, quelle qu'elle soit, en une obligation *ex stipulatu*, on comprend que l'*acceptilatio* peut, *au second degré*, détruire, éteindre toute obligation préexistante. C'est donc, en fait, un mode d'extinction général.

3206. I. **Analogies entre l'acceptilatio et le payement.** — L'*acceptilatio*, nous venons de le voir, produit le même effet extinctif que le payement ; par conséquent : 1° elle opère *ipso jure*, soit pour le tout, soit pour la partie à laquelle elle s'applique ; — 2° toute obligation garantie par un fidéjusseur est éteinte *ipso jure* quand le créancier fait *acceptilatio* au fidéjusseur (L. 13, § 7. D. 46, 4); le

même effet extinctif est produit si l'un de plusieurs *correi stipulandi* fait *acceptilatio* au débiteur; même résultat, si l'un de plusieurs *correi promittendi* obtient la faveur d'une *acceptilatio ;* — 3° l'*acceptilatio*, comme le payement, ne peut se faire à terme ou sous condition. En effet, le créancier affirme avoir reçu ce qui lui est dû ; or on reçoit ou on ne reçoit pas ; mais il est impossible de considérer un fait comme accompli, et en même temps de le donner pour futur et incertain ; — 4° les droits de gage ou d'hypothèque s'éteignent par voie de conséquence avec l'obligation principale qu'ils garantissaient et qui se trouve éteinte par *acceptilatio*. (L. 11, § 2. D. 13, 7 ; L. 49. D. 46, 3.)

3207. II. **Différences entre l'acceptilatio et le payement.** — 1° Une femme en tutelle peut très bien, *sine auctoritate*, recevoir le payement de ce qui lui est dû, tandis qu'elle ne peut faire *acceptilatio* à son débiteur (Gaïus, III, 171) ; — 2° l'*acceptilatio* n'est qu'un payement fictif; en effet, le créancier qui, par l'acceptilation, fait remise de la dette au débiteur, abdique son droit sans recevoir ce qui lui est dû, tandis que le payement suppose nécessairement une satisfaction complète en faveur du créancier ; — 3° on admet très bien, dans le payement, une *datio in solutum*, bien entendu avec le consentement du créancier ; dans l'*acceptilatio*, au contraire, il est de principe que son objet doit être identique à celui que le créancier aurait pu exiger (L. 13, § 4. D. 46, 4) ; on décide donc que la mention de l'objet dû ne saurait être remplacée, dans l'*acceptilatio*, par la mention d'un autre objet; d'où résulte qu'on ne peut comprendre l'*acceptilatio* produisant un effet analogue à celui de la *datio in solutum ;* — 4° dans le même ordre d'idées, nous savons que le créancier avait le droit de refuser l'offre d'un payement partiel, mais que ce payement était parfaitement valable, si le créancier l'acceptait ; les *Institutes* décident très-justement que l'*acceptilatio*, étant un payement fictif, pourra être faite pour une partie seulement de la dette : « *Sicut autem quod debetur, pro parte recte solvitur, ita in partem debiti acceptilatio fieri potest.* » Si les *Institutes* ont formulé cette décision, c'est par le motif que la question était auparavant controversée. En effet, dans le principe, on n'admettait pas la validité d'une *acceptilatio* faite *pro parte*, bien que cette prohibition absolue ne fût point raisonnable : en effet, l'*acceptilatio* ne pouvant avoir lieu sans le consentement du créancier, pourquoi empêcher celui-ci de consentir une *acceptilatio* partielle, quand il pouvait accepter un payement partiel? Aussi cette vieille doctrine fut-elle bientôt combattue ; mais, au temps de Gaïus, ce jurisconsulte n'osait point encore prendre parti dans le débat.

(III, 178.) Les *Institutes* durent donc, et avec raison, trancher la question dans le sens de la faculté de l'*acceptilatio* partielle. Jusqu'à Justinien, nous dirons donc qu'il y avait une quatrième différence entre le payement et l'*acceptilatio*.

3208. III. **Parallèle entre l'acceptilatio et la stipulation.** — 1° *La forme* de l'*acceptilatio* est exactement correspondante à celle de la stipulation. Comme cette dernière, elle résulte d'une interrogation et d'une réponse concordante formulées *verbis*. Toutefois, comme l'*acceptilatio* est précisément destinée à détruire le lien de droit résultant de la stipulation, on comprend que les rôles soient intervertis ; en conséquence, c'est l'ancien débiteur qui stipulera, et l'ancien créancier qui promettra, de telle sorte qu'en fait comme en droit on pourrait dire qu'il y a extinction de la dette et de la créance par *confusion*. — Nous avons déjà indiqué que cette interrogation et cette réponse peuvent être formulées en grec, sauf pour la formule *Spondes? Spondeo*. En un mot, pour toutes les questions *de forme*, l'*acceptilatio* est soumise aux règles qui régissent la stipulation.

2° L'objet de l'*acceptilatio* doit être, avons-nous dit, identique à celui de la stipulation qu'elle est appelée à éteindre. Nous savons aussi que cette condition, très exigeante, avait motivé la discussion sur le point de savoir si l'*acceptilatio* pouvait être faite *pro parte*, et la règle que l'*acceptilatio* ne comportait point de *datio in solutum*. Ajoutons que, dans une obligation alternative, si le choix appartient au débiteur, ce dernier pourra dans son interrogation déterminer l'objet dont il demande *acceptilatio*. Mais que décider si le choix appartient au créancier? Comme pour le payement partiel : le débiteur ne pouvait autrefois, dans cette hypothèse, insérer dans son interrogation une des deux choses primitivement stipulées *sub modo ;* mais on comprit plus tard sans doute que cette restriction était peu justifiée, par la raison que, l'*acceptilatio* ne pouvant être réalisée qu'avec le consentement du créancier, ce dernier, en promettant, s'approprie le choix du débiteur. (L. 27, § 6. D. 2, 4.)

3° L'*acceptilatio* s'applique exclusivement aux obligations contractées *verbis*, c'est-à-dire aux obligations formées par stipulation. Elle ne consiste en effet qu'en une simple formule, laquelle, n'ayant de puissance que pour détruire ce qui a été créé par une autre formule, ne saurait mettre à néant une obligation contractée *re*. (*Inst.*, § 1 de n. t.) — Nous avons déjà dit que si l'*acceptilatio* ne pouvait directement détruire une obligation autre qu'une obligation verbale, elle pouvait tout au moins l'éteindre indirectement :

en effet, la novation peut transformer toute obligation, quelle qu'elle soit, en obligation verbale, et immédiatement celle-ci peut faire l'objet de l'*acceptilatio*. (Gaïus, III, § 170.) — Ceci nous sert de transition pour passer à l'étude de la *stipulation aquilienne*, qui domine du reste aussi bien la matière de la novation que celle de l'*acceptilatio*.

3209. IV. **Stipulation Aquilienne**. — Ce qu'on appelle la *stipulation aquilienne*, n'est pas autre chose que le développement, la régularisation de l'idée qui vient d'être indiquée. Ce procédé fut introduit par Aquilius Gallus, collègue et ami de Cicéron. En employant la formule imaginée par Aquilius Gallus, les parties ramènent à une obligation unique toutes les obligations diverses qui pouvaient exister entre elles, puis cette obligation unique peut être éteinte par *acceptilatio*: « *Per quam stipulationem contingit ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur et ea per acceptilationem tollatur: stipulatio enim aquiliana novat omnes obligationes.* »

Il faut bien remarquer que la stipulation aquilienne produit la transformation, en obligation *ex stipulatu*, de toutes les dettes dont le débiteur était grevé envers le créancier, quelle que soit la diversité de ces dettes, quelles que soient les causes d'où elles dérivent, quelle que soit l'époque de leur exigibilité. Ceci résulte de la généralité même des termes dans lesquels cette stipulation novatrice est conçue. Le créancier stipule: « *Quidquid te mihi ex qua cumque causa dare facere oportet, oportebit, præsens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio, quæque abs te petitio, vel adversus te persecutio, est eritque, quodve tu meum habes, tenes, possides, dolove malo fecisti quominus possideas...* » Voici bien le catalogue de toutes les dettes qui pouvaient exister ; on les réunit toutes en bloc, dans une stipulation de somme d'argent : « *Quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari spondes?* » A cette interrogation, le débiteur répond : « *Spondeo.* » La première partie de l'opération se trouve ainsi parachevée : toutes les dettes ont été novées ; reste à faire *acceptilatio* de cette nouvelle dette *ex stipulatu*, ce qu'on obtient de la manière ordinaire, mais avec une formule spéciale. Le débiteur qui veut être libéré demande au créancier : « *Quidquid tibi hodierno die per aquilianam stipulationem spopondi, id omne habesne acceptum?* » Le créancier, qui veut bien libérer le débiteur, répond : « *Habeo, acceptumque tuli;* » la liquidation générale et l'extinction complète de toutes les dettes dont l'un était tenu envers l'autre se trouvent ainsi consommées.

3210. Quel est donc le caractère particulier de la stipulation aquilienne ? Les textes la présentent comme un procédé de novation

suivi, bien entendu, d'une *acceptilatio*. Ceci peut étonner tout d'abord, car la stipulation aquilienne s'applique à tous les droits qui composent notre patrimoine, aussi bien les droits réels que les droits de créance, et elle a pour objet, non pas la chose même sur laquelle repose le droit, mais bien une somme d'argent indéterminée. Or, ne pourrait-on pas dire que les droits réels ne se novent jamais, et que les créances elles-mêmes ne se novent que par une stipulation dont l'objet se confond avec le leur. « Ces objections seraient fondées, continue M. Accarias [1], s'il s'agissait ici de nover le droit dans sa forme actuelle. Mais il n'en est rien. Ce que l'on nove, et c'est là le côté neuf de l'invention d'Aquilius Gallus, c'est le droit qui résulterait de la *deductio in litem*. Et, en effet, quelle base notre formule donne-t-elle à la stipulation ? Ce n'est pas simplement le droit de créance ou le droit réel du stipulant, c'est l'action qui pourrait dès aujourd'hui, ou qui pourra un jour être exercée en vertu de ce droit (*Quarum rerum mihi tecum actio*, etc.)... Quel est l'objet de la stipulation ? C'est l'estimation du droit, et les mots mêmes qui expriment cette idée (*quanti ea res erit*) sont exactement ceux qu'on a coutume d'insérer dans les *condemnationes incertæ* (Gaïus, IV, § 51). De tout cela, que conclure, sinon que la stipulation aquilienne s'applique comme je le disais tout à l'heure, et comme le confirment les textes (LL. 4 et 32, C. *De trans.*, II, 4), au droit supposé déduit en justice, c'est-à-dire à la quantité indéterminée que le juge aurait pour mission de liquider. Ces idées admises, la novation se comprend sans difficulté ; car, quels que fussent antérieurement la nature et l'objet du droit, une fois déduit en justice, il ne consiste plus jamais qu'en une créance, et cette créance a pour objet invariable de l'argent. De sorte que l'on ne peut jamais dire de la stipulation aquilienne ni qu'elle s'applique à un droit réel, ni que par son objet elle diffère du droit à nover... Reste donc à trouver le but de la stipulation aquilienne et j'y arrive par ces deux propositions : On ne fait cette stipulation que pour l'éteindre par une *acceptilatio* immédiate, et elle ne fonctionne qu'en matière de droits litigieux... Le caractère spécial de cette stipulation consiste à rendre possible ou à préparer une acceptilation[2]. Et la même idée apparaît avec plus d'évidence encore dans les *Institutes*, puisque, une fois la stipulation faite, nous y voyons

---

1. J'ai cité longuement, pour laisser à M. Accarias la responsabilité, mais aussi l'honneur d'une théorie que je ne retrouve pas dans les autres ouvrages classiques.

2. L. 18, § 1, D. 46-4.

l'acceptilation demandée en ces termes : « *Quidquid tibi hodierno die per aquilianam stipulationem spopondi*, » etc. » Il est difficile, ce me semble, de marquer mieux que les deux formules d'Aquilius Gallus forment un seul tout, composent une seule opération, et que la première ne se détache jamais de la seconde. J'ai dit en outre que la stipulation aquilienne suppose un droit litigieux ou un ensemble de droits dont quelques-uns au moins présentent ce caractère. C'est ce qui est déjà rendu bien vraisemblable par ce fait que le droit nové, c'est le droit qui résulterait de la *deductio in litem*. Mais la vraisemblance devient certitude quand on regarde attentivement la portion de la formule d'Aquilius Gallus qui vise les droits réels... De tout ce qui précède, la conclusion est claire : c'est que la stipulation aquilienne, et désormais j'appelle ainsi la réunion des deux formules reproduites par les *Institutes*, a pour fonction spéciale d'éteindre *ipso jure* des droits litigieux qui n'ont point encore été l'objet d'une *deductio in litem*. Elle intervient donc ou en conséquence d'un désistement pur et simple, ou en exécution d'une convention de transaction. » (T. II, nos 707 et 708.)

3211. *Remarque.* — Qu'arriverait-il si on avait fait *acceptilatio* d'une obligation formée *re*, sans avoir commencé par la nover ? L'obligation ne s'éteindrait pas *ipso jure ;* mais elle pourrait être considérée comme éteinte *exceptionis ope*. Voici, sur ce point, l'opinion d'Ulpien : « *An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quæritur. Et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum. Dicet aliquis, potest ergo non esse consensus! Cur non possit? Fingamus eum qui accepto ferebat, scientem prudentemque nullius esse momenti acceptilationem, sic accepto tulisse : quis dubitat non esse pactum, cum consensum paciscendi non habuerit?* » (L. 8, pr. D. 46, 4.)

3212. L'*acceptilatio*, par sa forme même, exige la présence et le consentement des deux parties. Si mon débiteur est absent, ou ne consent pas à sa libération, la novation me permet de le libérer néanmoins ; voici comment : ce qui m'est dû par ce débiteur, je le stipule d'un tiers, ce qui est parfaitement valable, et a pour conséquence de libérer le débiteur primitif. Il est vrai que le tiers intervenant dans la novation se trouve obligé envers moi ; mais je le libère aussitôt par *acceptilatio*. (L. 91. D. 46, 3.)

ARTICLE II. — OBLIGATIONS CONSENSUELLES : CONTRARIUS CONSENSUS.

§ 4. Les obligations contractées par le seul consentement s'éteignent par une volonté contraire. Si Titius a vendu à Seïus le fonds de Tusculum moyen-

nant cent écus d'or, et qu'avant que le contrat ait reçu aucune exécution, c'est-à-dire avant que le prix ait été payé ou la chose livrée, les parties conviennent de résilier la vente, elles sont libérées l'une et l'autre. Il en est de même dans le louage et dans les autres contrats qui se forment par le seul consentement.

3213. Il y a peu de choses à ajouter à ce texte : le mutuel dissentiment est l'accord des parties à résoudre l'obligation qu'elles ont contractée. Comme l'*acceptilatio* ne peut s'appliquer qu'aux obligations verbales, le *contrarius consensus* ne peut éteindre que les obligations consensuelles. Rien de plus simple en effet que de considérer, comme élément suffisant à l'extinction d'une obligation, précisément le même élément qui a servi à sa formation.

Pour que le mutuel dissentiment entraîne ainsi l'extinction de l'obligation consensuelle, il faut que cette obligation soit encore telle qu'elle est résultée du contrat ; en d'autres termes, il faut qu'il n'y ait eu aucun commencement d'exécution, que les choses soient *entières*. En effet, si les choses ne sont plus *integræ*, si le contrat a reçu un commencement d'exécution, il y a autre chose à détruire qu'un consentement donné ; il y a un fait qui s'est réalisé, et si on peut facilement admettre que ce que les parties ont voulu, ces mêmes parties soient admises à ne plus le vouloir, on ne peut point admettre qu'un accord de volontés puisse anéantir un fait réalisé ; car on ne peut empêcher ce qui a eu lieu d'avoir existé. Ainsi, supposons qu'une vente a été consentie par *Primus* à *Secundus*? Tant que les choses sont entières, c'est-à-dire tant qu'il n'y a eu ni tradition de la chose vendue ni payement du prix, *Primus* et *Secundus* peuvent, d'un accord commun, se repentir du contrat entre eux intervenu, et replacer ainsi les choses dans la situation où elles étaient avant la vente contractée. Mais, s'il y a eu un commencement d'exécution, si, par exemple, Primus a livré à Secundus l'objet vendu, il y a là un fait qui ne peut être anéanti, ni *solo consensu*, ni d'aucune autre matière.

3214. Voici seulement ce que les parties peuvent faire :

1° *Si ea quæ me ex empto præstare tibi oportet præstitissem, et, cum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum ut, rursus præstitis a te in re vendita omnibus quæ ego tibi præstitissem, pretium mihi non dares, tuque mihi ea præstitisses, pretium te debere desinere, quia bonæ fidei, ad quam omnia hæc rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. Nec quicquam interest utrum, integris omnibus in quæ obligati essemus, conveniret ut ab eo negotio discederetur, an, in integrum restitutis his quæ ego tibi præstitissem, consentiremus ne quid tu mihi eo nomine præstares. Illud plane, conventione quæ perti-*

net ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest ut tu, quod jam ego tibi præstiti, contra præstare mihi cogaris, quia eo modo non tam hoc agitur ut a pristino negotio discedamus quam ut novæ quidem obligationes inter nos constituantur. » (L. 58. D. 2, 14.) En effet, il n'y a pas lieu de distinguer en équité si, les choses étant encore entières, nous sommes convenus de mettre le contrat à néant, ou si, une chose ayant été livrée, puis restituée, nous convenons que vous n'aurez rien à me payer. Il est inutile de dire que, une tradition ayant été faite, la convention qui tend à résoudre le marché ne peut avoir pour effet de vous forcer à restituer la chose livrée : il faut tout d'abord que la chose livrée soit restituée, c'est-à-dire que les choses se retrouvent, en fait, entières, et aussitôt on convient que l'exécution des diverses obligations qu'avait produites la vente ne sera point demandée.

2° « *Post traditionem interpositam, nulla voluntas non resolvit emptionem, si non actus quoque priori similis, retro agens venditionem, intercesserit* (L. 1. C. 4, 45.) Ainsi l'acheteur qui a reçu la chose peut la revendre au vendeur pour le même prix qui avait été déterminé dans la première vente ; cet acheteur sera dès lors obligé de livrer la chose au nouvel acquéreur (l'ex-vendeur), ce qui opérera la restitution. Les choses se trouveront donc rétablies comme avant le premier contrat, puisque la chose est rentrée dans les mains de son ancien propriétaire : il est vrai que le premier vendeur est créancier du prix convenu dans la première vente, mais il est en même temps débiteur du prix, identique au premier, convenu dans la seconde vente, et ces deux obligations pécuniaires, l'une active, l'autre passive, se trouvent éteintes par compensation.

Ceci nous conduit à l'hypothèse suivante : si, la tradition de la chose vendue ayant eu lieu, le vendeur convient avec l'acheteur qu'il ne lui demandera pas le prix de la vente, ladite vente subsiste, et l'acheteur, continuant à posséder *pro emptore*, pourrait même, en principe, intenter l'action en garantie en cas d'éviction. Mais, il faut remarquer que l'obligation de l'acheteur n'est véritablement pas éteinte *ipso jure* ; et, bien que le vendeur fût évidemment repoussé s'il voulait réclamer le prix, l'obligation primitive n'en subsiste pas moins à l'état latent. Si donc un pacte *de petendo* venait contre-balancer le pacte *de non petendo* que nous avons supposé, la situation respective des parties reprendrait son cours normal, momentanément suspendu : dès lors le vendeur pourrait parfaitement poursuivre le payement du prix contre l'acquéreur, qui ne pourrait plus se refuser à payer.

N. B. — Nous avons vu qu'une obligation naturelle est détruite

par un simple pacte. Ceci se comprend facilement comme une conséquence du principe : « *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est...* » En effet, une obligation naturelle n'est pas autre chose qu'un pacte. — On comprend moins facilement la règle d'après laquelle un pacte peut éteindre l'action *furti* et l'action *injuriarum*. (L. 17, § 1. D. 2, 14.)

CHAPITRE IV

AUTRES MOYENS

3215. I. **Perte de la chosé due.** — Nous avons vu dans plusieurs matières (nos 1556 et suiv., 2078, 2093, 2110, 2223, 2540, 2697 et suiv., 2746, 3150), que si une obligation a pour objet un corps certain, déterminé, une *species*, le débiteur sera libéré, si cette chose périt, ou est mise hors du commerce, sans faute imputable audit débiteur, et avant sa mise en demeure. — Dans cette hypothèse, on peut réellement dire que le débiteur est libéré *ipso jure*.

Cependant M. Ortolan remarque judicieusement qu'il y a là moins une véritable extinction de l'obligation qu'un obstacle matériel dispensant le débiteur d'avoir à livrer cette chose. C'est pourquoi nous dirons : 1° que le débiteur n'était entièrement libéré que par la perte totale de la chose due, et qu'il devait céder au créancier les droits ou les actions qu'il avait conservés ; 2° que si une chose qu'on croyait détruite est rétablie, ou si une chose mise hors du commerce rentre *in commercium*, l'ancienne obligation, qui était plutôt paralysée que supprimée, renaîtra avec toute sa force primitive. (L. 79, § 2. D. 32, 3 ; L. 98, § 8. D. 46, 3.)

3216. II. **Confusion.** — On appelle *confusion* la réunion, sur la même tête, de la qualité de débiteur et de la qualité de créancier. Si donc le débiteur succède au créancier, ou réciproquement, l'obligation qui existait entre ces deux parties sera éteinte, par la raison très simple qu'on ne peut admettre qu'une personne puisse être liée envers elle-même.

Par contre, nous dirons que, si la confusion vient à cesser par un événement postérieur qui sépare à nouveau les qualités momentanément réunies, les obligations respectivement éteintes doivent être rétablies sur la demande de la personne intéressée, ou bien, si la confusion n'a point produit d'effet, elles sont fictivement considérées comme n'ayant pas cessé d'exister. (L. 21, § 2. D. 5, 2.)

Si la confusion se produit, on décide très justement que le dé-

biteur accessoire, par exemple le fidéjusseur, sera libéré : « *Dixi quotiens reus satisdandi reo satis accipiendi heres existeret, fidejussores ideo liberari, quia pro eodem apud eumdem debere non possent.* » (L. 34, § 8. D. 46, 3.)

3217. Lorsqu'il y a confusion entre le créancier et le fidéjusseur, cet événement n'a aucune influence sur l'obligation principale, en vertu de laquelle on pourra parfaitement poursuivre le débiteur. (L. 71 pr. D. 46, 1.) On s'est demandé, il est vrai, par quelle action cette poursuite doit être exercée ; est-ce par l'action dont le débiteur était tenu envers le créancier ? Est-ce par l'action *mandati contraria*, comme s'il y avait eu payement de la part du fidéjusseur ? En principe, l'action du créancier subsiste. (L. 21, §§ 3 et 5 ; L. 71. pr. D. 46, 1.) Toutefois, si le créancier avait déjà intenté son action contre le fidéjusseur, comme une action ne peut être intentée deux fois, il faudrait employer contre le débiteur l'action *mandati contraria*.(L. 11. D. 17, 1.)

La réunion sur la même tête de la qualité de débiteur et de celle de créancier n'a pas toujours l'effet d'un payement. Par exemple, si le créancier qui a plusieurs débiteurs solidaires succède à l'un d'eux, il n'y a point, en général, extinction de l'obligation, comme s'il y avait eu payement : cette confusion *potius eximit personam ab obligatione quam tollit obligationem.* (L. 71. pr. D. 46, 1.) Toutefois cette confusion du créancier et de l'un de plusieurs débiteurs solidaires éteindrait complètement la dette corréale, dans l'hypothèse où le débiteur serait exposé au recours de ses codébiteurs.

3218. D'après le savant professeur Maynz, les Romains appliquent également le mot *confusio* aux cas dans lesquels plusieurs obligations, identiques quant à la prestation qui en fait l'objet, et ayant originairement reposé sur plusieurs têtes, se réunissent dans la même personne. Comme ces obligations ne peuvent coexister cumulativement, parce que dès lors la prestation serait due plusieurs fois, la loi veut que la créance la plus avantageuse absorbe les autres. Si toutes sont également avantageuses, elles subsistent l'une à côté de l'autre, mais le créancier qui agit en vertu de l'une de ces obligations épuise son droit tout entier. (L. 5. D. 46, 1.)

3219. III. **Compensation.** — « *Compensationes, quæ jure aperto nituntur, actiones ipso jure minuunt.* (*Ins.*, § 30, IV, VI.) Nous étudierons cette matière dans le livre III : des Actions.

3220. IV. **Échéance du terme ou arrivée de la condition.** — Lorsqu'une obligation est contractée avec une modalité qui en limite la durée *usque ad certum diem* ou *usque ad certam conditionem*, nous savons (nos 2163, 2117) que l'échéance du terme ou de la condition

ne libérait pas le débiteur *ipso jure*, mais procurait seulement une exception *doli mali* ou *pacti*. Toutefois, dans l'ancien droit, nous avons vu que le *sponsor* et le *fidepromissor* étaient libérés *ipso jure* par l'expiration d'un délai de deux ans (Gaïus, III, § 121), et aussi par la mort du *sponsor* ou du *fidepromissor*.

3221. V. **Dictio dotis**. — La *dictio dotis*, comme la stipulation, n'est pas seulement une manière de s'obliger; elle peut aussi servir à nover une dette qui se trouve éteinte *ipso jure*. Ceci se produit notamment lorsqu'elle émane du débiteur de la femme, délégué par elle à son mari. (*Frag.* d'Ulpien, VI, § 1.) Si elle est faite par la femme elle-même ou par un ascendant paternel, il faut admettre que ces personnes ont le mari pour débiteur, et veulent précisément lui constituer en dot l'objet même de son obligation. (L. 31, § 1. D. 46, 2.) Le mari reçoit ainsi en dot l'avantage d'être libéré de sa dette. Il y a dans ces deux hypothèses une véritable fiction de payement, la femme et le constituant étant réputés avoir reçu ce qui leur était dû, et l'avoir aussitôt remis *dotis causa* au mari. C'est par suite de cette fiction de payement (L. 77. D. 23, 3) que la *dictio dotis* opère *ipso jure*. — Il paraît du reste que certains jurisconsultes, entre autres Marcellus, considéraient la *dictio dotis*, faite par la femme au mari son débiteur, comme ne pouvant avoir d'autre effet que celui d'un pacte *de non petendo*. (L. 44, 1. D. 23, 3.)

3222. VI. **Serment extra-judiciaire**. — Le serment judiciaire, tantôt crée, tantôt éteint l'obligation. On ne pourrait donc l'envisager ici que sous une de ses faces, et c'est pourquoi il est préférable d'en renvoyer l'étude, au moment où nous l'examinerons d'une façon générale, aux *Actions*.

3223. VII. **Pacte de non petendo**. — Cette expression désigne deux sortes de conventions : l'une, ou pacte *de non petendo*, par laquelle le créancier fait pleine remise au débiteur de son obligation ; l'autre, ou pacte *de non petendo intra tempus*, qui produit les mêmes effets que le premier, mais en les restreignant à une époque déterminée. C'est un véritable sursis. Il n'y a que le pacte *de non petendo*, ou pacte de remise, qui doive nous occuper.

I. Le *nudum pactum* est insuffisant pour créer une obligation ; il est tout aussi insuffisant pour dissoudre civilement une obligation civile préexistante. Malgré le pacte *de non petendo*, la créance continuera donc à subsister en droit ; mais en fait elle est protégée par une exception : en effet, si, malgré le pacte intervenu, le créancier voulait poursuivre le débiteur, sa demande serait repoussée par l'exception *pacti conventi*. — De ceci, plusieurs conséquences : 1° l'exception *pacti conventi* peut se trouver neutralisée par un

pacte postérieur *de petendo*, sanctionné par une réplique (L. 27, § 2. D. 2, 14) ; 2° fait à titre gratuit, le pacte ne parfait pas la donation, d'après la loi Cincia ; fait à titre onéreux, il ne forme pas un contrat innommé. Car une action ne peut résulter d'un simple pacte. — Aucune de ces restrictions ne s'appliquerait à l'*acceptilatio*, qui opère *ipso jure*.

II. En sa qualité de pacte, cette remise ou décharge conventionnelle peut être accordée oralement, par écrit, d'une façon expresse ou tacite. Il peut en conséquence : 1° s'appliquer à toute espèce d'obligations ; 2° il est accessible aux absents, aux sourds, aux muets, et à tous ceux qui peuvent donner un consentement valable (L. 4, § 1. D. 2, 14) ; 3° il n'exige pas l'intervention personnelle du créancier et du débiteur ; un tuteur, un curateur, un mandataire y figurent valablement, pourvu qu'ils agissent dans la limite de leurs pouvoirs (L. 10, § 2 ; LL. 11 à 15. D. 2, 14) ; 4° les personnes *alieni juris* peuvent ainsi, non-seulement libérer le père de famille (L. 17, § 7 ; LL. 18 à 21, pr., 2, 14), mais même lui ôter une créance, si toutefois elles ont l'administration de leur pécule, si cette créance compte dans leur pécule, et si le pacte ne contient pas de *libéralité*. (L. 28, § 2. D. 2, 14 ; L. 52, § 26. D. 47, 2.)

III. Le pacte *de non petendo* n'opère pas toujours de la même façon : tantôtil n'opère qu'entre les parties, tantôt il opère à l'égard de tous les intéressés ou de quelques-uns d'entre eux. — Il faut en effet distinguer le pacte *in personam* et le pacte *in rem* :

Le pacte est dit *in personam*, quand l'engagement ne concerne que les personnes qui y sont nominativement désignées : *A te non petam*. — Cet acte est sans effet à l'égard des héritiers de la personne en faveur de laquelle le pacte a été conclu ; il est également sans effet à l'égard des tiers ou contre eux ; en un mot, il n'entraîne pas l'extinction de la dette, mais il forme uniquement obstacle à ce que l'exécution de la dette soit poursuivie précisément contre la personne formellement désignée.

Le pacte est dit *in rem*, quand son effet, loin d'être limité à une personne déterminée, doit se produire d'une manière générale à l'égard de la créance, telle qu'elle existe entre les parties. — Distinguons les conséquences de ces principes, suivant que nous supposons plusieurs débiteurs qu'un seul payement libérerait tous, ou plusieurs créanciers dont le droit périrait par le payement fait à un seul :

Le débiteur, qui obtient un pacte *in rem*, est réputé représenter tous ceux des obligés dont la libération l'intéresse personnellement, c'est-à-dire ceux qui, après avoir paye, pourraient exercer un re-

cours contre lui. En conséquence, la remise consentie à un débiteur principal donne l'exception *pacti conventi* aux fidéjusseurs ou autres débiteurs accessoires ; mais par contre, si l'un de ces débiteurs accessoires bénéficie d'un pacte *ne petatur*, les autres obligés accessoires et le débiteur principal ne sauraient invoquer ce pacte. — Dans le même ordre d'idées, l'exception *pacti conventi* appartenant à un *correus promittendi* ne pourra être opposée par les autres *correi*, que s'il y a société, et, par suite, s'ils pouvaient recourir contre le *correus* favorisé.

Il faut d'ailleurs remarquer que l'intention des parties l'emporte toujours sur la forme.

3224. Le créancier qui consent un pacte de remise perd le droit de poursuivre celui auquel il l'a consenti ; ou plutôt il conserve son action, mais celle-ci, s'il l'exerçait, serait paralysée par une exception. Pas de difficulté. Mais que décider si le pacte est consenti par un *correus stipulandi*? Nous savons que ce pacte voit ses effets restreints à la personne du *correus* qui l'a consenti, et ne pourrait donner naissance à l'exception *pacti conventi* à l'encontre des autres *correi stipulandi*. — Si nous supposons un stipulant principal et un *adstipulator*? Dans le silence des textes, on peut distinguer : si le pacte émane du stipulant principal, et s'il est conçu *in rem*, il pourra être opposé à l'*adstipulator*, qui n'a aucun intérêt à le méconnaître ; mais s'il émane de l'*adstipulator*, celui-ci n a pu, simple mandataire, détruire le droit du mandant

FIN DES CHOSES.

LIVRE TROISIÈME

DES ACTIONS [1]

(*Inst.*, livres IV, titres VI à XVIII.

Tit. VI. Pr. « Il nous reste à parler des actions. L'action n'est rien autre chose que le droit de poursuivre devant un juge ce qui nous est dû. »

3225. Cette définition n'est pas absolument exacte. Nous renvoyons aux nos 193 et suiv. pour la véritable définition du mot action.

Avant d'aborder cette matière des Actions, la plus difficile du droit romain, il convient de donner un tableau général des sujets multiples qu'elle comporte.

TABLEAU GÉNÉRAL DES ACTIONS

PREMIÈRE PARTIE. — DU POUVOIR JUDICIAIRE ET DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX CIVILS.

DEUXIÈME PARTIE. — PROCÉDURE DEVANT LES TRIBUNAUX CIVILS.
- 1re SECTION. — Procédure des *legis actiones*.
- 2e SECTION. — Procédure formulaire.
- 3e SECTION. — Procédure extraordinaire.

TROISIÈME PARTIE. — DIVERSES ESPÈCES D'ACTIONS.
- 1re SECTION. — Actions proprement dites.
- 2e SECTION. — Exceptions.
- 3e SECTION. — Prescriptions.
- 4e SECTION. — Interdits.
- 5e SECTION. — Restitutions en entier.
- 6e SECTION. — Stipulations prétoriennes.
- 7e SECTION. — *Novi operis nunciatio*.

QUATRIÈME PARTIE. — DE LA PERSONNE ET DE LA REPRÉSENTATION DES PLAIDEURS. — DES SATISDATIONS.

CINQUIÈME PARTIE. — VOIES DE DROIT CONTRE LES DÉCISIONS JUDICIAIRES : nullité, *restitutio in integrum*, appel, supplique, *revocatio in duplum*.

SIXIÈME PARTIE. — EXÉCUTION FORCÉE DES JUGEMENTS.

SEPTIÈME PARTIE. — PEINES CONTRE LES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES OU DE MAUVAISE FOI.

---

1. Lire la note de la page 141, t. I. — Dans cette matière des actions, j'ai reproduit, en grande partie, le *Traité des Actions*, publié en 1845, par M. le

PREMIÈRE PARTIE

DU POUVOIR ET DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX CIVILS

N. B. Cette première partie a été traitée avec de grands détails dans le chapitre IV de l'Introduction. Je me borne donc ici à en donner ce court résumé, qui, suffisant pour une vue sommaire et d'ensemble, ne saurait dispenser le lecteur d'étudier sérieusement le chapitre ci-dessus rappelé.

3226. I. **Définition du mot action.** — Il signifie : 1° la faculté de recourir à l'autorité publique, afin de faire reconnaître, à son profit, un droit convenu, ou de faire protéger un droit contesté ou violé par un tiers : *Actio est jus persequendi judicio quod sibi debetur;* 2° le moyen pratique, la procédure, la forme à l'aide de laquelle on obtient de l'autorité publique la reconnaissance ou la protection de son droit.

3227. II. **Divers systèmes de procédure.** — Nous étudierons plus loin les trois systèmes de procédure successivement en usage chez les Romains : *actions de la loi; procédure formulaire; procédure* dite *extraordinaire.* Le caractère commun aux deux premiers était, au moins en général, la division de la procédure en deux phases distinctes, la procédure *in jure*, la procédure *in judicio*, division qui remontait aux temps les plus reculés.

3228. III. **Du pouvoir judiciaire.** — Par suite de la division ci-dessus, les magistrats, chargés du jugement des affaires, se divisaient eux-mêmes en deux classes bien tranchées : 1° les *magistrats* proprement dits ; 2° les *juges.*

3229. 1° *Magistrats proprement dits.* — A l'origine, les rois furent investis de la *jurisdictio*, c'est-à-dire de l'autorité nécessaire pour appliquer les principes du droit au règlement des différends entre particuliers. Après les rois, la *jurisdictio* passa aux consuls, et,

---

président Bonjean, traité qui, de l'avis des jurisconsultes les plus éminents, est encore aujourd'hui le monument le plus remarquable sur cette importante matière. Ce traité, depuis longtemps épuisé, sera prochainement réédité, et ce qui va suivre peut être considéré comme la première mise en œuvre de cette réédition.

en 387, à une magistrature spéciale : la préture. — Le préteur fut d'abord unique; puis, dès le VI^e^ siècle, l'accroissement des affaires internationales fit créer le *prætor peregrinus*, chargé spécialement des différends entre étrangers tandis que son collègue, chargé de statuer entre citoyens romains, prenait le nom de *prætor urbanus*. Plus tard, on créa des préteurs spéciaux pour certaines classes d'affaires; de là les préteurs *tutélaires* et *fidéicommissaires*. Puis enfin on augmenta, dans une proportion considérable, le nombre des préteurs, en même temps qu'on chargeait exclusivement les édiles curules de certaines affaires spéciales. — L'organisation était différente dans les provinces : les proconsuls, ou gouverneurs, exerçaient la juridiction; ils avaient même des pouvoirs plus grands que les préteurs : tandis que ceux-ci n'avaient que l'*imperium mixtum* (pour assurer l'exécution de leurs sentences), les proconsuls ou gouverneurs avaient la plénitude de l'autorité, l'*imperium merum*, la puissance publique armée de tous les pouvoirs nécessaires au respect de la loi. A côté de ces derniers magistrats, il y avait encore des questeurs assimilés aux édiles curules, et enfin les magistrats inférieurs des cités reconnues libres; ces derniers exerçaient la *jurisdictio*, mais n'avaient aucune portion de l'*imperium*.

Le caractère commun à ces divers magistrats, c'est qu'ils n'avaient d'autre mission que celle d'organiser le procès, de déterminer le point exact du litige ; celui-ci se résumait en *des questions*, que tranchaient, à leur tour, les *juges*, chargés d'entendre les plaidoiries et les témoins, et de faire les vérifications nécessaires ; ces juges étaient donc, à proprement parler, des *jurés*.

3229 *bis*. 2° *Juges*. — *Jurés*. — Il y avait deux sortes de juges : les uns formaient un tribunal permanent, le collège des *centumvirs*; les autres étaient choisis, sur une liste, pour chaque affaire. Dans ce cas il y avait tantôt un seul juge (*unus judex*, *arbiter*), tantôt plusieurs (*recuperatores*).

Le *tribunal centumviral*, dont l'origine paraît remonter à Servius Tullius, disparut probablement avec l'empire d'Occident. Ses membres étaient élus annuellement dans les tribus. D'abord au nombre de cent (ou plutôt cent cinq : trois juges par chacune des trente-cinq tribus de Rome), les centumvirs, sans changer de nom, furent portés au nombre de cent quatre-vingts.

La compétence des centumvirs embrassait : 1° les questions de propriété et de démembrements de la propriété ; 2° les questions de succession ; 3° les questions d'état.

Le *juge*, ou plutôt le *juré* (*judex*, *arbiter*), citoyen romain, recevait du magistrat la mission spéciale et accidentelle de statuer sur

un procès déterminé, après le jugement duquel il rentrait dans la vie privée. Ces jurés étaient pris sur des listes dressées chaque année, publiquement, dans le forum, par le préteur qui jurait de n'y admettre que des gens de bien. Les fonctions de juré étaient dévolues primitivement aux sénateurs seuls, puis, après des luttes violentes, aux chevaliers et aux tribuns du trésor ; enfin, sous Auguste, les affaires de peu d'importance étaient confiées à des jurés qui ne payaient qu'un faible cens.

Choix et nomination du juge.— Les parties, d'un commun accord, pouvaient choisir leur juge, même en dehors des listes. Mais ordinairement le magistrat le proposait d'office ; si les parties le récusaient, on en tirait un nouveau au sort.

Le nombre des jurés, de trois cents à l'origine, fut porté à mille sous Auguste, et, plus tard, à quatre mille probablement.

Recuperatores. — On suppose que l'*unus judex* était donné seulement pour des procès entre citoyens romains ; et que, plus tard, avec l'accroissement des relations internationales, on créa une autorité chargée de juger les différends entre citoyens et étrangers. Ces juges spéciaux (probablement parce qu'ils étaient le plus souvent chargés de faire opérer des restitutions) furent appelés *recuperatores*, mais ils jugeaient, comme l'*unus judex*, d'après les instructions contenues dans une formule délivrée par le magistrat.

Ces *recuperatores*, seuls jurés dans les provinces, étaient également citoyens romains, et finirent par juger les contestations entre citoyens romains, tandis que, par contre, la compétence des *judices* (jurés de Rome) s'étendait aux contestations primitivement réservées exclusivement aux *recuperatores*.

Il y avait aussi à Rome des *recuperatores*, non inscrits, mais désignés, même parmi les *judices* proprement dits, pour certaines affaires qui devaient être tranchées par un conseil de plusieurs juges (trois au moins).

Aux *recuperatores* étaient notamment confiés : les actions *injuriarum* et *vi bonorum raptorum*, l'interdit *unde vi*, les questions d'état où l'on réclamait la qualité de *libre* ou d'*ingénu*, enfin probablement celles qui ne présentaient qu'une pure question de fait, etc., etc.

La procédure devant les *recuperatores* était simplifiée, et très apte aux affaires sommaires.

3230. IV. **Coup d'œil sur la procédure civile romaine.** —Nous allons étudier trois systèmes de procédure bien distincts : les actions de la loi, les formules, les jugements extraordinaires. Ces trois systèmes ne se succédèrent pas brusquement, mais ce fut par des tran-

sitions lentes et ménagées qu'on passa du premier au second, et de celui-ci au troisième.

Il faut remarquer que le mot ACTION n'a pas du tout le même sens à ces trois époques :

1° Dans le premier système, le mot *action* ne signifie pas le droit de poursuivre tel ou tel droit, mais sert à désigner telle ou telle manière de procéder. Il y a cinq actions de la loi, comme il y a chez nous : la procédure ordinaire, la procédure sommaire, l'arbitrage, la contrainte par corps (aujourd'hui abolie), la saisie mobilière ou immobilière.

2° Dans la procédure formulaire, connue sous le nom de : *ordo judiciorum*, le magistrat, après avoir précisé et posé les questions, en confiait la solution au juge. C'était donc, en réalité, le *jugement par juré* appliqué aux matières civiles.

L'arrêt de renvoi, qui saisissait les jurés de la contestation, est précisément ce qu'on appelle : *actio*, *formula* (quelquefois *judicium*), tandis que la décision émanée du juge prend le nom de *sententia*. — Quand on dit : *actio confessoria*, *actio empti*, *actio mandati*, le mot *actio* désigne l'autorisation, accordée par le magistrat, de poursuivre, devant le juge, tel ou tel droit ; il y a donc autant d'actions qu'il y a de droits différents.

3° Dans la procédure extraordinaire, le mot *actio* perd la signification qu'il avait dans le système précédent ; c'est bien encore, selon la définition de Celsus, le droit de poursuivre ce qui nous est dû (action personnelle), ou ce qui nous appartient (action réelle) ; mais il n'est plus nécessaire que ce droit soit accordé préalablement par le magistrat ; chacun peut engager une instance à ses risques et périls.

DEUXIÈME PARTIE

PROCÉDURE DEVANT LES TRIBUNAUX CIVILS

TABLEAU RÉSUMÉ

- **SECTION Ire. — *Procédure des Legis Actiones.***
  - CHAPITRE Ier — Caractères généraux des Actions de la loi.
  - CHAPITRE II. — Marche de la procédure.
  - CHAPITRE III. — *Actions de la loi considérées chacune en particulier.*
    - ART. I. — Actio sacramenti.
    - ART. II. — Actio per judicis postulationem.
    - ART. III. — Actio per condictionem.
    - ART. IV. — Actio per manus injectionem.
    - ART. V. — Actio per pignoris capionem.
- **SECTION II. — *Procédure formulaire.***
  - CHAPITRE Ier. — Origine et caractère de cette procédure.
  - CHAPITRE II. — Conceptions des formules.
    - ART. Ier. — Caractères des formules.
    - ART. II. — Parties principales : *Demonstratio. — Intentio. — Adjudicatio. — Condemnatio.*
    - ART. III. — Parties accessoires : Exceptions. — Répliques, Dupliques, Tripliques. — Prescriptions.
  - CHAPITRE III. — Marche de la procédure formulaire.
    - ARTICLE Ier. — PREMIÈRE PARTIE. DU PROCÈS. INSTANCE *In jure*.
      - § 1. Moyens d'assurer la comparution du défendeur.
      - § 2. Procédure bilatérale en présence du magistrat ; *litis contestatio*.
      - § 3. Incidents qui modifient ou remplacent la *litis contestatio*.
    - ARTICLE II. — DEUXIÈME PARTIE. DU PROCÈS. INSTANCE *In judicio*.
      - § 1. Moyens d'assurer la comparution devant le *judex*.
      - § 2. Procédure devant le *judex*.
      - § 3. Preuves. — § 4. Sentence. — § 5. Office du juge.
  - CHAPITRE IV. — Péremption d'instance.
  - CHAPITRE V. — Quelques procédures exceptionnelles.
- **SECTION III. — *Procédure dite extraordinaire.***
  - CHAPITRE Ier. — Caractères de cette procédure.
  - CHAPITRE II. — Marche de la procédure sous les empereurs chrétiens.
    - ART. I. — Moyens d'assurer la comparution du défendeur.
    - ART. II. — Procédure bilatérale, etc.

PREMIÈRE SECTION. — PROCÉDURE DES ACTIONS DE LA LOI.

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES ACTIONS DE LA LOI

3231. Ainsi que nous l'avons indiqué dans le n° 198, les actions de la loi étaient certaines formalités composées de gestes et de paroles déterminés avec une précision si rigoureuse que la moindre erreur entraînait la perte du procès. Gaïus rapporte, à ce sujet, l'anecdote suivante : Un homme dont les vignes avaient été coupées intenta une action contre l'auteur du dégât ; mais, au lieu d'employer l'expression générique *arbores* dont s'était servie la loi des Douze-Tables, il crut sans doute bien faire en se servant du mot *vites*, puisque c'était de vignes qu'il s'agissait dans l'espèce ; mal lui en prit, car il perdit son procès. (Gaïus, IV, §§ 11 et 30.)

Nous ne connaissons pas avec exactitude l'étymologie de l'expression *legis actiones*. Ces actions étaient-elles ainsi appelées parce qu'elles avaient toutes été établies par des lois, à une époque où les édits prétoriens, qui en créèrent tant d'autres dans la suite, n'étaient point encore en vigueur? ou bien parce que, reproduisant les termes mêmes dont les lois s'étaient servies, elles étaient immuables comme les lois elles-mêmes ? ... Dès le temps de Gaïus, on ignorait laquelle de ces deux explications devait obtenir la préférence.

Quoi qu'il en soit, il est constant qu'il n'y avait que cinq actions de la loi : 1° l'*actio sacramenti* ; 2° la *judicis postulatio* ; 3° la *condictio* ; 4° la *manus injectio* ; 5° la *pignoris capio* ; encore n'avaient-elles pas existé toutes dans l'origine. La *condictio* est d'une date plus récente que les autres ; car elle fut établie pour la première fois par les lois *Silia* et *Calpurnia*. D'autres, comme la *manus injectio*, reçurent, par des lois postérieures, une sanction qu'elles n'avaient pas eue d'abord.

3232. Les *legis actiones* ne sont pas des actions spéciales dans le sens que ce mot obtint dans la suite, c'est-à-dire des réclamations de tels ou tels droits : elles sont bien plutôt des formes pour procéder en justice. — Les trois premières se rapportent à la procédure judiciaire proprement dite ; car elles tendent à obtenir une décision. Les deux dernières sont plutôt des moyens d'exécution ; et, en conséquence, elles appartiennent plutôt à la procédure extra-judiciaire.

Après ces notions préliminaires, il nous reste à examiner quelle était la marche générale des procès dans le système des actions de la loi ; nous terminerons le sujet par l'examen de chaque action de la loi en particulier.

CHAPITRE II

MARCHE DE LA PROCÉDURE AU TEMPS DES *LEGIS ACTIONES*

ARTICLE I. — AJOURNEMENT : *IN JUS VOCATIO*

3233. Toute demande en justice commence nécessairement par l'acte qui a pour objet d'amener le défendeur en présence du magistrat. Cet acte, qui, chez nous, est appelé *ajournement*, *assignation* ou *citation*, et qui exige le ministère d'un officier public, se nommait, chez les Romains, *in jus vocatio*, et n'était qu'un acte privé.

La *vocatio in jus* nous offre une peinture naïve de la simplicité et de la rudesse des anciens Romains. Le demandeur sommait son adversaire de le suivre *in jus*, c'est-à-dire devant le magistrat ; il employait pour cela des expressions consacrées par l'usage, et qui nous ont été conservées par les classiques : *In jus veni*, *in jus sequere*, *in jus eamus*, *in jus te voco*. Si le défendeur refusait d'obéir, on pouvait l'entraîner de vive force, *obtorto collo*.

Il était interdit à la personne citée de résister (*manum sibi depellere*), et à ses amis ou parents de la délivrer des mains du demandeur. (D. 2, 5 et 7.)

En cas de résistance, le demandeur prend des témoins, *antestatur*, en leur touchant l'oreille (siège de la mémoire, d'après les idées des anciens), en prononçant ces paroles sacramentelles : « *Licet antestari.* »

A côté de cette rudesse de formes, nous trouvons cependant des principes plus doux, qui en tempèrent la rigueur. Ainsi le domicile du citoyen est un asile inviolable ; le demandeur ne peut y aller chercher le défendeur pour le citer *in jus* : « *Plerique putaverunt nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium ac receptaculum sit, eumque, qui inde in jus vocaret vim inferre videri.* » (L. 18. D. 2, 4.)

Si le défendeur est infirme, le demandeur doit lui fournir des moyens de transport. — Enfin le demandeur peut se dispenser de suivre le défendeur en donnant un *vindex*, c'est-à-dire en présentant

une personne qui promette de prendre la défense de la partie citée, et de se présenter à sa place. (Gaïus, IV, 46 ; L. 22, § 1. D. 2, 4.)

ARTICLE II. — *VADIMONIUM.* — *JUDICIS ADDICTIO.*

3234. Arrivées devant le magistrat, les parties y remplissaient les formalités particulières à chaque action de la loi, formalités que nous expliquerons tout à l'heure en détail. La discussion venait ensuite, mais cette discussion n'avait pas toujours le même caractère. Quand il n'y avait pas lieu à renvoyer devant un juge, elle portait sur toutes les parties du procès, aussi bien sur les questions de fait que sur les questions de droit. Dans les cas, au contraire, où l'affaire devait être portée devant un juré, la discussion avait seulement pour but de bien préciser la question que faisait naître le procès, et de fixer les principes sur lesquels l'affaire serait plus tard traitée devant le juré.

3235. Mais dans quel cas ce renvoi avait-il lieu ? Était-il facultatif au magistrat de l'ordonner, ou de retenir l'affaire devant son tribunal? Il est impossible, dans l'état des documents, de répondre d'une manière précise. Ce que nous savons, c'est que le renvoi au juge avait eu lieu, dès l'origine, dans les deux actions *per judicis postulationem* et *per condictionem*. Quant à l'action *sacramenti*, ce renvoi n'est bien prouvé que pour l'époque postérieure à la loi *Pinaria*. Il y a en effet, dans le texte de Gaïus, une lacune qui laisse indécise la question de savoir si cette loi eut pour effet d'appliquer à l'action *sacramenti* le jugement par jurés ; ou si, au contraire, elle régla seulement le délai après lequel les parties pourraient obtenir un juré.

La discussion terminée, les parties demandaient un juge, mais elles ne l'obtenaient pas sur-le-champ. Elles devaient revenir après un délai de trente jours ; et c'est alors seulement que le préteur nommait le juré (*judicis addictio*), en observant les règles que nous avons retracées. (N^os^ 203, 256 à 266.)

N. B. Quand, devant le préteur, l'affaire ne pouvait se terminer le jour même de la comparution, les parties se promettaient réciproquement de se représenter à jour fixe : cette promesse était connue sous le nom de *vadimonium*. On appelait *vades* les personnes qui se portaient caution de l'exécution du *vadimonium*. (Gaïus, IV, § 184.)

ARTICLE III. — *COMPERENDINATIO.*

3236. Aussitôt après la nomination du juge, les parties s'ajournaient à comparaître devant lui le troisième jour : *comperendinum*

diem denuntiabant. (Gaïus, IV, § 15.) L'affaire était dite alors *res comperendinata.*

Cette comparution était-elle assurée au moyen d'un *vadimonium* analogue à celui dont nous venons de parler ? — Quelques auteurs le pensent ainsi, mais, d'après l'opinion de la plupart des interprètes, l'unique but du *vadimonium* aurait été d'assurer la comparution devant le magistrat.

Quoi qu'il en soit, il est certain que la loi des Douze-Tables avait prévu et réglé les causes d'excuse qui pouvaient dispenser les parties de se trouver devant le juré au jour indiqué ; certaines de ces causes concernaient le juré, d'autres se rapportaient aux parties elles-mêmes. (L. 2, § 3. D. 2, 11 ; L. 60. D. 42, 1.)

ARTICLE IV. — *LITIS CONTESTATIO*

3237. La discussion qui avait lieu devant le magistrat avait toujours une grande importance, puisqu'elle déterminait le mode d'après lequel le litige serait plus tard conduit devant le juré. Aussi, comme, dans les temps primitifs, les magistrats n'étaient pas dans l'usage de constater par écrit ce qui s'était passé devant leur tribunal, les parties avaient la précaution de prendre des témoins qui pussent au besoin en fournir la preuve orale. *Contestari litem*, dit Festus, *dicuntur duo aut plures quod, ordinato judicio, utraque pars dicere solet : Testes estote.*

On ne peut savoir si la *litis contestatio* avait lieu avant la demande du juge, ou depuis sa nomination, ou même seulement après la *comperendinatio*. Mais il est vraisemblable que, dans l'origine, cette formalité n'avait pas tous les effets si remarquables qu'elle produisit plus tard dans le système de la procédure formulaire, et dont nous parlerons bientôt en traitant de cette procédure.

ARTICLE V. — INSTANCE DEVANT LE JUGE

3238. Quelle que soit l'opinion à laquelle on s'arrête sur la nature, l'époque et les effets de la *litis contestatio*, dans le système de procédure des actions de la loi, toujours est-il positif que les parties ne comparaissaient point devant le juge sans avoir préalablement rempli cette formalité.

Quant à l'instance qui s'engageait alors, nous savons par Gaïus que les parties commençaient par présenter un résumé de l'affaire, — *causæ conjectio* ou *collectio* (Gaïus, IV, 15), — à peu près comme dans nos tribunaux chaque partie donne lecture de ses conclusions; puis

venaient les plaidoiries proprement dites, et enfin la sentence du juge.

La loi des Douze-Tables avait déterminé le lieu, le temps et la durée des débats judiciaires.

CHAPITRE III

DES ACTIONS DE LA LOI CONSIDÉRÉES CHACUNE EN PARTICULIER

ARTICLE PREMIER. — *ACTIO SACRAMENTI*

§ Ier. — DU *SACRAMENTUM* EN GÉNÉRAL.

3239. Dans les premiers temps de Rome, chacun des plaideurs devait, avant tout, déposer entre les mains du pontife une certaine somme d'argent. Cette somme était désignée sous le nom de *sacramentum*, parce que l'argent consigné par la partie perdante était confisqué et employé aux besoins du culte, *ad sacra publica*. Ainsi, au danger de perdre le procès lui-même, venait s'ajouter celui de perdre le *sacramentum :* le *sacramentum* était donc une peine contre les plaideurs téméraires ou de mauvaise foi.

Dans la suite, au lieu d'une consignation réelle, les parties purent donner de simples garanties : *prædesque eo nomine prætori dabantur*. (Gaïus, IV, § 13.) Mais la destination du *sacramentum* était encore la même ; et la somme déposée par le perdant profitait, non pas au plaideur qui gagnait son procès, mais au Trésor public.

Le montant du *sacramentum* avait été fixé par la loi des Douze-Tables, et variait suivant la nature et l'importance des affaires. Il était de cinq cents as, quand la valeur du litige était de mille as et au-dessus ; de cinquante as seulement, quand la valeur était inférieure, ou quand il s'agissait de liberté. (Gaïus, IV, § 14.)

§ II. — NATURE DE L'*ACTIO SACRAMENTI*.

3240. L'*actio sacramenti* était générale ; elle s'appliquait à toutes les affaires soit réelles, soit personnelles, et, en général, à toutes les causes pour lesquelles la loi n'avait pas tracé de marche particulière. (Gaïus, IV, § 13.)

3241. I. **De l'actio sacramenti dans les procès relatifs à une obligation**. — La partie du manuscrit de Gaïus, dans laquelle cet auteur traitait de l'*actio sacramenti* appliquée aux procès relatifs à une obligation, s'est trouvée tout à fait illisible ; mais le texte en

a été rétabli avec autant de bonheur que de vraisemblance par M. Heffter, de la manière suivante : Les parties présentes devant le magistrat, le demandeur disait au défendeur : « *Quando in jure te conspicio, postulo an fias auctor, qua de re mecum nexum fecisti?* » — Le défendeur répondant négativement, le demandeur continuait : « *Quando negas, sacramento quingenario te provoco, si propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem.* » A cette provocation, le défendeur répondait : « *Quando ais neque negas me nexum fecisse tecum, qua de re agitur; similiter ego te sacramento quingenario provoco, si propter me fidemve meam captus fraudatusve non sies.* »

Après ces provocations réciproques, les parties demandaient un juge; mais, comme nous l'avons vu plus haut, elles ne l'obtenaient qu'après un délai de trente jours. C'était la *judicis addictio*, suivie de la *comperendinatio* (ci-dessus, art. II et III).

La question posée au juge n'était pas celle qui faisait l'objet véritable du débat, mais bien celle-ci : Quelle est la partie dont le *sacramentum* est *justum*? Mais, pour apprécier cela, le juge doit nécessairement descendre à l'examen du droit litigieux, puisque chaque plaideur doit la peine sous une condition inverse : le défendeur, si le droit litigieux existe; le demandeur, si ce droit n'existe pas. C'est donc évidemment du fond même de l'affaire que résulte la conviction du juge en faveur de l'une ou l'autre des parties. Cette conviction se manifeste par le procédé détourné de déclarer le bien fondé du *sacramentum*, sans qu'il y ait de terme moyen, car le *sacramentum* ne peut être que *justum* ou *injustum*. Dès lors, suivant que le juge décidait pour ou contre le demandeur, le *sacramentum* était déclaré *justum* ou *injustum*. Dans le premier cas, le demandeur reprenait la somme consignée, et gagnait son procès; dans le second, le demandeur perdait et le montant de son *sacramentum* et son procès : de là les expressions que l'on rencontre dans les classiques, et notamment dans Cicéron : *Justo sacramento contendere... sacramentum justum judicare.... injustis sacramentis petere.* (*Pro Cæcina*, XXXIII; *Pro domo*, XXIX; *De orat.*, I, X; *Pro Milone*, XXVII.)

Il est évident qu'il ne suffit point au gagnant de recevoir l'annonce que son *sacramentum* est *justum*, si du moins c'est le demandeur qui obtient gain de cause. En effet, il a droit, en définitive, à obtenir satisfaction complète, c'est-à-dire non seulement à reprendre le *sacramentum* déposé, ce qui n'est qu'une satisfaction d'amour-propre, mais à rentrer en possession des droits qui avaient été méconnus. Ceci faisait sans doute l'objet d'une procédure accessoire, probablement l'*arbitrium litis æstimandæ*, qui aboutissait à la condamnation du défendeur. Cette condamnation avait pour objet la chose

elle-même (si toutefois cela était possible), dans les actions réelles, et, dans les actions personnelles, une somme d'argent. (Gaïus, IV, §§ 21 et 48 ; Aul.-Gell., XXI, n° 47.)

3242. II. **De l'actio sacramenti dans les procès relatifs à la propriété.** — Les Romains considéraient la conquête comme le titre le plus légitime de la propriété : « *Maxime sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent*, dit Gaïus. (IV, § 16.) Aussi la procédure, par laquelle deux particuliers se disputent la propriété d'une chose, offre-t-elle l'image d'un combat (*manuum consertio*). Il faut, à cet égard, distinguer les meubles des immeubles.

3243. 1° *Le meuble litigieux* était apporté devant le magistrat (*in jure*). Le demandeur, tenant d'une main une baguette que l'on nomme *festuca* ou *vindicta*, et qui n'est autre chose que le simulacre de la lance, appréhendait la chose de l'autre main, et prononçait les paroles suivantes : « *Hunc ego hominem* (un esclave) *ex jure Quiritium meum esse aio secundum suam causam ; sicut dixi ecce tibi vindictam imposui*, » et en même temps il touchait l'objet revendiqué de sa baguette. Le défendeur en faisait autant de son côté. — Ensuite les deux adversaires simulaient le combat : *manum conserebant*. — Le préteur leur disait alors : « *Mittite ambo hominem* » ; les deux parties obéissaient, elles lâchaient toutes deux la chose. — Celui qui avait revendiqué le premier, s'adressant alors à l'autre partie. disait : « *Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris?* » A quoi l'adversaire répondait : « *Jus peregi sicut vindictam imposui.* »

On passait ensuite à la constitution du *sacramentum*, ce qui se faisait de la manière suivante : celui qui avait revendiqué le premier disait : « *Quando tu injuria vindicavisti, D. æris sacramento te provoco.* » A cela l'adversaire répliquait : « *Similiter ego te.* »

Enfin le préteur adjugeait la possession provisoire à l'un des deux plaideurs : *vindicias dicebat secundum alterum* (Gaïus, IV, § 16) ; et le procès continuait, comme pour les procès relatifs à une obligation.

3244. 2° *Quant aux immeubles* ou autres choses qu'on n'aurait pu amener ou transporter devant le tribunal, il y avait une formalité de plus, la *deductio ;* mais, à cet égard, il y a plusieurs époques à considérer.

Dans les premiers temps, les parties se rendaient avec le magistrat sur le terrain litigieux, ou dans l'endroit où se trouvait l'objet du procès : c'est ce qu'on appelait *deductio*. Là, armées chacune d'une baguette, elles revendiquaient solennellement la chose, et engageaient le combat simulé, *manum conserebant*, comme pour un meuble ; puis, sur le lieu même, ou peut-être après être revenus

devant le tribunal, les deux plaideurs se provoquaient au *sacramentum* dans les termes que nous avons indiqués plus haut. — Mais, dans la suite, les préteurs n'ayant sans doute plus le temps d'accompagner les parties, celles-ci se rendaient sur le fonds contesté, accompagnées de témoins, *superstites* [1] ; elles y engageaient le combat simulé ; puis elles rapportaient devant le préteur une partie de la chose litigieuse, par exemple, une motte de terre s'il s'agissait d'un champ, une tuile s'il s'agissait d'un édifice (Gaïus, IV, § 17), et, sur cette partie, elles accomplissaient la revendication en présence du magistrat. — Enfin, dès le temps de Cicéron, les parties se dispensèrent d'aller sur les lieux, et simulèrent la *deductio*, comme déjà on simulait la *manuum consertio* [2].

3245. 3° *De la cautio litis et vindiciarum ou du règlement du possessoire.* — Après la *deductio* simulée venait la double revendication, les *vindiciæ* et la demande d'un juge. Nous avons déjà dit que les *vindiciæ* désignent l'adjudication de la possession provisoire pendant le litige ; mais ceci nécessite quelques développements. Après la double revendication, le magistrat disait aux parties : « *Mittite ambo hominem.* » Par suite de l'exécution de cet ordre, les parties se trouvaient placées sur le pied de la plus parfaite égalité.

Cependant l'ordre de la procédure exige qu'il y ait un défendeur

---

1. Festus, v° *Superstites :* « Superstites testes præsentes significat. Cujus rei testimonium est, quod superstitibus præsentibus, ii, inter quos controversia est, vindicias sumere jubentur. Plautus in Artemone : *Nunc mihi licet quid vis loqui, nemo hic adest superstes...* »

2. Dans son plaidoyer pour Muréna (XII), Cicéron se moque, sans beaucoup de façons, de cette *deductio* simulée, qu'il nous décrit de la manière suivante : « On pouvait très-bien procéder ainsi : *Fundus Sabinus meus est.* — *Imo meus.* Ensuite juger : c'est ce qu'ils n'ont pas voulu. *Fundus*, disent-ils, *qui est in agro qui sabinus vocatur* (voilà bien des mots, mais voyons la suite) *eum meum ex jure Quiritium esse aio.* Et après : *Inde ibi ego te ex jure manu consertum voco.* — L'adversaire ne sait que répondre à tout ce verbiage du plaideur. Le jurisconsulte passe alors de son côté comme un joueur de flûte latin dans une comédie, et lui souffle son rôle : *Unde tu me*, dit-il, *ex jure manu consertum vocasti, inde ibi ego te revoco.* Cependant, pour que le préteur ne se crût pas trop d'esprit et de talent en répondant de lui-même, on a eu soin de lui dicter aussi le rôle qu'il doit réciter, et qui n'est pas moins absurde que les autres ; il parle donc ainsi aux plaideurs : *Suis utrisque superstitibus præsentibus istam viam dico : inite viam.* Notre savant était auprès d'eux pour leur montrer la route. *Redite viam*, disait le magistrat, et ils revenaient en suivant le même guide. C'était dès lors une chose bien ridicule, même aux yeux de nos anciens, que d'ordonner à des hommes de quitter la place où ils étaient, et où ils devaient être, pour y revenir à l'instant même. Ces autres formules ne sont pas moins pleines d'extravagance : *Quando te in jure conspicio ;* et celle-ci encore : *Sed anne tu dicis causa vindicaveris.* Tant qu'elles furent un mystère, il fallut bien recourir aux initiés, mais dès que leur publication et l'habitude de s'en servir les eurent fait regarder de plus près on les trouva aussi vides de sens que pleines de sottise et de mauvaise foi... »

qui possède pendant l'instance, et un demandeur sur qui tombe l'obligation de faire la preuve. En conséquence, aussitôt après la constitution du *sacramentum*, le préteur décidait laquelle des deux parties remplirait devant le juge le rôle de demandeur, laquelle celui de défendeur ou de possesseur : c'est là ce qu'on appelait *vindicias dicere*. (Gaïus, IV, § 16.)

On ne sait pas d'après quelles règles le magistrat décidait la question si importante du possessoire, ni s'il suivait déjà les principes qui, plus tard, furent observés dans les interdits *uti possidetis* et *utrubi ;* mais, ce qui est très positif, c'est que, dans les procès qui avaient pour objet la liberté, la question possessoire devait toujours être décidée en faveur de la liberté : *Vindicias dicere secundum libertatem*. Dans le célèbre procès de Virginie, Appius Claudius souleva une juste indignation en méconnaissant ce principe protecteur. (Tite-Live, III, 44 et suiv.)

Celui des plaideurs qui obtenait la possession intérimaire devait garantir (*prædes dare*) la restitution de l'objet contesté (*litis*), et des fruits perçus pendant la possession (*vindiciarum*), dans le cas où son adversaire triompherait dans sa prétention.

Il ne faut pas confondre les *prædes litis* et *vindiciarum*, dont il s'agit ici, avec les *prædes* dont nous avons parlé plus haut, et qui étaient donnés par les deux parties au préteur, pour assurer au Trésor public le recouvrement du *sacramentum*, depuis que les plaideurs n'étaient plus tenus d'en consigner réellement le montant. (Gaïus, IV, § 13.)

Les *prædes litis* et *vindiciarum* sont, au contraire, exigés uniquement dans l'intérêt de celle des deux parties qui n'a point obtenu la possession provisoire, et, par conséquent, ne sont fournis que par le défendeur.

Ces formalités accomplies, la procédure *in jure* n'est point encore absolument terminée. Restent encore, comme nous l'avons vu plus haut, la *judicis addictio* et la *comperendinatio*, deux points sur lesquels il n'y a point à distinguer entre l'action personnelle et l'action réelle.

ARTICLE II. — *ACTIO PER JUDICIS POSTULATIONEM*

3246. Le passage dans lequel Gaïus traitait de l'action *per judicis postulationem* manque entièrement dans le manuscrit ; nous en sommes donc réduits à de simples conjectures sur la nature de cette action.

Tigerstroem pense que la *judicis postulatio* n'était que cette

partie de l'*actio sacramenti* dans laquelle les parties demandaient un juge ; mais le texte de Gaïus dément formellement cette supposition : si la *judicis postulatio* n'eût été qu'une partie de l'*actio sacramenti*, Gaïus n'eût pas compté cinq actions de la loi, mais seulement quatre. (Gaïus, IV, § 12.) Ceci est confirmé par un autre passage dans lequel Gaïus présente l'action *per judicis postulationem* comme l'action la plus générale après l'action *sacramenti* (Gaïus, IV, § 20) ; il est donc bien positif que l'action *per judicis postulationem* était une action particulière, distincte, soit de l'*actio sacramenti*, soit de la *condictio*. Mais, puisque l'action *sacramenti* était générale, et pouvait s'appliquer à toutes les affaires, tant réelles que personnelles, pourquoi avait-on imaginé la *judicis postulatio?* Cette action ne faisait-elle pas double emploi avec l'*actio sacramenti?*

M. Heffter soutient qu'avant la loi *Pinaria* il n'y avait jamais dation de juge dans l'action *sacramenti*, et qu'en conséquence, si l'on voulait un juge, il fallait recourir à la *judicis postulatio*, qui avait ainsi son utilité particulière. Mais ce système repose sur une base bien fragile, car on ne peut savoir quelle fut au juste l'innovation introduite par la loi *Pinaria*. Cette loi autorise-t-elle pour la première fois la dation d'un juge dans l'*actio sacramenti*, ou se borne-t-elle à décider que le juge, qui auparavant était donné de suite, ne serait plus accordé à l'avenir qu'après un délai de trente jours? L'une ou l'autre opinion devra être adoptée suivant que la lacune de six lettres environ qui se trouve dans le § 15 (Gaïus, IV), après les mots *ante eam legem*, sera remplie par le mot *nondum* ou par le mot *statim*. Du reste, si l'opinion de M. Heffter fait disparaître le double emploi pour l'époque antérieure à la loi *Pinaria*, elle le laisse subsister en entier pour l'époque postérieure.

3247. M. de Keller présente une autre hypothèse : la *judicis postulatio* aurait été établie en même temps que l'*actio sacramenti*, dont elle était le complément indispensable, s'appliquant précisément à ces contestations dont la nature exige le *mite moderatum* d'un *arbiter*, et n'aurait pu, par conséquent, s'accommoder des formes rigoureuses de la procédure *per sacramentum*. La seconde *legis actio* était donc réservée à introduire les *arbitria*, comme la première les *judicia*. « Or... dans les *arbitria*, le débat ne porte point sur un droit nettement déterminé en lui-même et dans son objet, et seulement méconnu par l'une des parties aux dépens de l'autre, droit que le juge, par conséquent, doit simplement, en se guidant sur des lois et des règles précises, chercher, découvrir et proclamer tel qu'il existe réellement ; mais il porte, au contraire, plutôt sur un rapport flottant et incertain en lui-même, sur lequel les plaideurs

ne peuvent plus s'entendre, et pour lequel, par suite, besoin leur est d'un tiers intelligent et équitable, qui règlera, à leur place, d'après son appréciation, ce qui les divise, et déterminera comment ledit rapport devra exister à l'avenir.

« La mission du droit positif est ici seulement de faire que les parties puissent trouver ce tiers et lui soumettre leur différend... L'arbitre est-il trouvé, le droit, par cela même suspendu, s'arrête pour ainsi dire jusqu'à nouvel ordre : il n'y a plus à s'enquérir minutieusement de ses limites précises ; le rapport litigieux tout entier dépend maintenant de la libre appréciation de l'*arbiter*[1]. »

Le savant professeur de Berlin reconnaît d'ailleurs que, primitivement, le *judex privatus* se confondait avec l'*arbiter;* qu'en dernier lieu, lorsque le jugement des *arbitria* fut soumis à des règles fixes, tout *arbiter* se confondait avec le *judex;* par conséquent il admet que c'est seulement pendant la période intermédiaire, — alors que les actions rigoureuses, comme les actions libres ou indéterminées, étaient portées devant un juge privé, qui avait à l'égard des dernières une pleine latitude d'appréciation, — qu'on peut rencontrer réellement une opposition bien tranchée entre le *judex* et l'*arbiter*.

Je vais plus loin, et je crois que l'*arbiter* ne fut jamais qu'un juré ordinaire, autorisé seulement à juger d'après certaines règles particulières, et, en général, avec un pouvoir plus ample que l'*unus judex*. En effet, dans la procédure formulaire, la constitution du juré avait toujours lieu en ces termes, placés en tête de la formule : JUDEX ESTO ; et il ne paraît pas qu'on se soit jamais servi de la formule : *Arbiter esto ;* c'était seulement d'après l'énoncé de la formule que le juré comprenait s'il devait prononcer comme juge ou comme *arbiter ;* d'un autre côté, dans le droit primitif, la formule même de l'action *per judicis postulationem* indiquait bien que le juge se confondait complètement avec l'*arbiter*. Il faut conclure de tout ce qui précède que la distinction de M. de Keller ne saurait être admise.

3248. Au milieu de toutes ces incertitudes, voilà, je crois, l'opinion la plus probable.

Dès l'origine, il y avait dation de juge aussi bien dans l'*actio sacramenti* que dans la *judicis postulatio ;* mais il n'y en avait pas moins une importante différence entre ces deux actions : dans la première, chaque partie, outre le danger de succomber dans sa prétention, courait, en outre, celui de perdre le montant du *sacra-*

---

1. *De la procédure civile et des actions chez les Romains*, par F.-L. de Keller professeur à l'université de Berlin, traduction de M. Charles Capmas, § 17.

mentum ; tandis que, dans la seconde, ce dernier danger n'était point à craindre ; car tout tend à faire penser que, dans la *judicis postulatio*, les plaideurs n'étaient assujettis à aucune consignation analogue au *sacramentum.*

En second lieu, les parties avaient sans doute, en général, la faculté de choisir entre ces deux actions, à peu près comme plus tard, dans la procédure formulaire, on put plaider *cum* ou *sine periculo.* Cela paraît résulter assez explicitement de ce passage où Gaïus, en parlant de la *condictio*, s'exprime en ces termes : « *Quare autem hæc actio desiderata sit, quum de eo quod nobis dari oportet,* POTUERIMUS SACRAMENTO AUT PER JUDICIS POSTULATIONEM AGERE, *valde quæritur.* » (Gaïus, IV, § 20.) — Peut-être, cependant, dès l'origine, les lois avaient-elles déterminé certaines causes dans lesquelles l'une des parties ne pouvait forcer l'autre à courir les risques du *sacramentum.* Cette conjecture acquiert presque le caractère de l'évidence, quand on rapproche le passage suivant de Gaïus : « *Sacramenti actio generalis erat; de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, his sacramento agebatur* » (Gaïus, IV, § 13), des principales actions à l'égard desquelles nous savons que la loi des Douze-Tables avait ordonné le renvoi de l'affaire à des arbitres (*judicis postulatio*). Parmi ces actions, nous trouvons principalement l'action *familiæ erciscundæ*, et l'action *communi dividundo*, dans laquelle la provocation au *sacramentum* eût été tout à fait contraire aux sentiments de bienveillance et de fraternité qui, dans les idées romaines, devaient régner entre cohéritiers ou entre associés. (Cicéron, *Pro Cæcin.*, c. 7 ; Paul, *Sent.* Lib. I, tit. XVIII, §§ 1, 3, 4 ; L. 1. D. 10, 2 ; L. 63. D. 17, 2.)

Au surplus, ce serait une prétention ridicule de vouloir aujourd'hui déterminer la procédure suivie dans l'action *per judicis postulationem.* Tous les documents que nous possédons à cet égard se bornent à la formule suivante, qui nous a été conservée par Valérius Probus : J. A. V. P. U. D. (*Judicem arbitrumve postulo uti des*) ; et encore rien ne prouve que cette formule ne s'appliquât pas à toutes les actions où il y avait lieu à la nomination d'un juge.

ARTICLE III. — *ACTIO PER CONDICTIONEM.*

3249. Nous n'avons, sur l'ancienne *condictio*, qu'un fragment mutilé de Gaïus et un paragraphe tout à fait insignifiant des *Institutes* de Justinien.

Dans l'ancienne langue romaine, *condicere* présentait le même sens que *denuntiare*, dénoncer, annoncer, signifier.

L'action dont nous nous occupons ici était appelée *condictio*, parce que le demandeur *dénonçait*, c'est-à-dire faisait sommation à son adversaire de comparaître, après un délai de trente jours, devant le magistrat, pour y recevoir un juge. (Gaïus, IV, § 18.)

La condiction est moins ancienne que les autres actions de la loi. Elle fut introduite par la loi *Silia* pour les demandes par lesquelles on réclamait une somme d'argent déterminée (*certa pecunia*) ; elle fut étendue ensuite, par la loi *Calpurnia*, à toute autre action personnelle ayant pour objet une chose certaine quelconque (*de omni certa re*).

Dès le temps de Gaïus, c'était une question très controversée de savoir pourquoi on avait établi une action spéciale pour réclamer ce qui était dû (*qua intendimus dari nobis oportere*), puisqu'on pouvait déjà arriver au même but soit par l'*actio sacramenti*, soit par l'*actio per judicis postulationem*. (Gaïus, IV, § 20.) Nous ne croyons pas qu'on puisse espérer de trouver aujourd'hui aucune solution satisfaisante à une question sur laquelle les grands jurisconsultes du IIe siècle n'avaient pu eux-mêmes tomber d'accord. — Toutefois il est certain que, comme la *judicis postulatio*, cette nouvelle action supprimait le bénéfice que le Trésor public réalisait, dans l'action *sacramenti*, au préjudice de la partie perdante, et simplifiait les formalités, si compliquées dans cette *actio sacramenti*.

Nous ignorons complètement aussi en quoi les dénonciations de la condiction différaient de la demande de juge établie ou réglée par la loi *Pinaria*, et de celle qui constituait l'action *per judicis postulationem*. Toutefois il est certain, et cette remarque a son importance, que l'ancienne condiction était une *condictio certi de eo quod nobis dari oportet*, caractère qui est aussi celui de la condiction proprement dite, dans la procédure formulaire. Quoi qu'il en soit, la *condictio* jointe à la *judicis postulatio* enlevait à l'action *sacramenti* une grande partie de son importance. Cependant on agissait encore *sacramento*, et cela nécessairement, dans toutes les actions réelles, et dans les actions personnelles résultant d'un délit ou de diverses autres causes. (Gaïus, IV, § 31.)

ARTICLE IV. — *ACTIO PER MANUS INJECTIONEM.*

§ Ier. — NATURE DE CETTE ACTION.

3250. L'expression *manus injectio* désigne, en général, l'action de mettre la main sur une personne ou sur une chose, de la saisir. Cela avait lieu dans plusieurs circonstances dont il est superflu de donner ici l'énumération complète.

Nous en avons vu une application dans l'ajournement (*in jus*

vocatio) contre le défendeur qui refusait de suivre le demandeur devant le tribunal. Il est évident que, dans cette occasion, la *manus injectio* avait nécessairement lieu hors de la présence du magistrat (*extra jus*). Mais il ne faut pas confondre ces *manus injectiones* extra-judiciaires avec la *manus injectio*, qui constituait l'une des cinq actions de la loi, et qui est la seule dont nous ayons à nous occuper en ce moment.

Celle-ci est un acte solennel qui se passe devant le magistrat (*in jure*). Elle différait des trois premières actions de la loi en ce qu'elle ne donnait jamais lieu à la constitution d'un juge; et de la cinquième, c'est-à-dire de la *pignoris capio*, en ce que cette dernière ne se passait pas devant le préteur.

Ceci posé, nous avons à rechercher : 1° dans quel cas et avec quelles formalités on agissait par *manus injectio;* 2° quelles étaient les conséquences de cette espèce de contrainte par corps ; 3° en quoi l'*addictus* différait du *nexus*.

§ 2. — DANS QUELS CAS AGISSAIT-ON *PER MANUS INJECTIONEM?*

3251. La *manus injectio* est une action spéciale, dont on ne peut faire usage que dans les cas déterminés par la loi. On peut en distinguer trois espèces différentes : *judicati*, *pro judicato* et *pura*.

I. **Manus injectio judicati.** — La MANUS INJECTIO JUDICATI est la plus ancienne. Elle avait été établie par la loi des Douze-Tables, comme voie d'exécution forcée des jugements. Celui qui exerçait cette action disait : *Quod tu mihi judicatus sive damnatus es sestertium decem millia, quæ dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem millium judicati manus injicio;* et, en même temps, il saisissait son adversaire par quelque partie du corps. Le condamné ne pouvait se dégager ni agir pour lui-même par action de la loi ; mais il devait fournir une caution (*vindex*) qui s'engageait à le défendre. (Gaïus, IV, § 21.) Celui qui ne pouvait fournir cette caution était conduit dans la maison du créancier, où il était retenu enchaîné. (Gaïus, IV, § 21.)

II. **Manus injectio pro judicato.** — Plusieurs lois étendirent, dans la suite, l'action *per manus injectionem* à des cas où il n'y avait pas eu condamnation, mais dans lesquels elles autorisèrent le créancier à agir comme s'il y avait eu un jugement (*pro judicato*). Gaïus cite, entre autres, la loi Publilia, qui autorisait ce moyen de contrainte contre celui qui, ayant été cautionné par un *sponsor*, ne lui remboursait pas, dans les six mois, les sommes que le *sponsor* avait payées pour lui; et la loi *Furia*, *De sponsu*, qui permettait pa-

reillement cette action contre celui qui avait exigé d'un *sponsor* au delà de sa part virile dans la dette. Dans la *manus injectio pro judicato*, comme dans la *manus injectio judicati*, il était interdit au défendeur de se dégager ; il devait donner un *vindex* ou se laisser conduire en prison. (Gaïus, IV, § 22.)

III. **Manus injectio pura.** — Il en était autrement dans la *manus injectio* que Gaïus appelle *pura*, et dans laquelle la partie saisie pouvait se dégager et plaider elle-même sa cause. Cette *manus injectio*, moins rigoureuse, avait été établie par diverses lois pour des cas très variés. On peut citer comme exemples : — 1° la loi *Furia* sur les testaments, qui l'accordait contre celui qui aurait reçu, à titre de legs ou de donation à cause de mort, plus de 1,000 as, sans être dans l'un des cas d'exception où cette loi autorisait des legs plus considérables ; — 2° la loi *Marcia*, qui permettait d'agir ainsi pour répéter, contre les usuriers, les intérêts par eux perçus. (Gaïus, IV, § 23.)

Dans la *manus injectio pura*, le demandeur ne prononçait pas les mots *pro judicato*, il énonçait simplement la cause pour laquelle il agissait, et terminait par ces mots : OB EAM REM EGO TIBI MANUM INJICIO. (Gaïus, IV, § 24.)

Enfin une dernière loi dont on n'a pas pu lire le nom dans le manuscrit de Gaïus, mais que M. de Savigny conjecture être la loi *Aquilia*, étendit à tous les cas, sauf deux exceptions, la faculté, pour la partie saisie, de se dégager et de se défendre elle-même. L'ancienne rigueur ne fut maintenue que dans deux circonstances : quand la *manus injectio* était exercée contre un condamné, ou contre le débiteur qui ne rembourse pas le *sponsor*. (Gaïus, IV, § 25.)

§ 3. — CONSÉQUENCES DE LA *MANUS INJECTIO*.

3252. Il nous reste à examiner quelles étaient les suites de la *manus injectio*, et quel était le sort du débiteur après l'*addictio* qui suivait la saisie.

Aulu-Gelle nous a transmis à ce sujet des renseignements précieux, et c'est par lui que nous connaissons le texte même de la loi des Douze-Tables : « *Æris confessi debitique jure judicatis triginta dies justi sunto ; post deinde manus injectio esto ; in jus ducito ; ni judicatum facit, aut qui endo em jure vindicit, secum ducito ; vincito aut nervo, aut compedibus, quindecim pondo ne majore ; aut si volet, minore vincito. Si volet suo vivito ; ni suo vivit, qui em vinctum habebit libras farris in dies dato ; si volet, plus dato.* » (Aul.-Gell., *Noct. att.*, XX, 1.)

Le débiteur qui avait été condamné, ou qui avait avoué la dette devant le magistrat, avait un délai de trente jours pour chercher à s'acquitter : ces trente jours étaient appelés *justi*, parce qu'ils constituaient un armistice légal (*justitium*). — Ce premier délai expiré, le créancier citait son débiteur devant le magistrat, et exerçait contre lui l'action *judicati per manus injectionem*, suivant les formes que nous avons décrites ci-dessus. Alors, de deux choses l'une : si le débiteur payait, ou s'il se trouvait un *vindex* qui consentît à se charger de son affaire, il était libéré envers son créancier, qui n'avait plus de droit que contre le *vindex ;* si au contraire le débiteur ne pouvait ni payer ni fournir un *vindex*, le préteur l'adjugeait (*addicebat*) au créancier, qui l'emmenait dans sa maison, où il le retenait enchaîné.

Pour réprimer les mauvais traitements excessifs dont les créanciers accablaient leurs débiteurs, la loi avait fixé le poids des fers, qui ne devait pas excéder quinze livres, et la nourriture, qui, comme celle des esclaves, était d'une livre de farine par jour; mais le débiteur jouissait du droit de se procurer à ses frais une meilleure nourriture : *Si volet suo vivito.*

Après l'*addictio* commençait un nouveau délai de soixante jours, pendant lequel le débiteur pouvait entrer en arrangement avec son créancier. Durant ce délai et à trois jours de marché consécutifs, — sans doute pour émouvoir la pitié et engager les amis du débiteur à payer sa dette, — le créancier conduisait son débiteur devant le magistrat, et proclamait la somme pour laquelle ce débiteur avait été condamné. A l'expiration du délai de soixante jours, si personne (*vindex*) ne se présentait pour prendre sa défense, le débiteur était réduit en esclavage : il n'était plus toléré sur le territoire de la République ; aussi le créancier devait-il le tuer, ou bien le vendre à l'étranger (*peregre trans Tiberim*), sans doute pour qu'il fût plus difficile au débiteur de recouvrer, par affranchissement, sa qualité de citoyen romain. Quand il y avait plusieurs créanciers, ils pouvaient se partager le corps du débiteur : « *Tertiis nundinis partes secanto; si plus minusve secuerunt se fraude esto.* » Plusieurs auteurs modernes prétendent qu'on ne doit pas prendre cette loi à la lettre, et qu'il s'agit seulement ici du partage du prix provenant de la vente du débiteur. Mais il nous est impossible de partager leur opinion ; trois écrivains graves du IIIe siècle, Aulu-Gelle, Quintilien et Tertullien, ne permettent guère de douter que la loi des Douze-Tables ne consacrât, en effet, ce droit barbare; mais ces trois auteurs nous apprennent en même temps que cette atroce théorie n'avait pas été acceptée dans la pratique. — Quoi qu'il en

soit, que l'*addictus* soit vendu ou tué, son patrimoine lui échappera, pour être partagé entre les créanciers. Il eût été plus simple de commencer par là ; mais les Romains abusaient de cette idée que nul ne peut être forcé à vouloir ou à faire. Le condamné refusant de payer n'y sera pas contraint ; il gardera ses biens, mais on s'empare de sa personne.

L'*addictus*, que nous trouvons aussi appelé *adjudicatus* ou *judicatus* (Gaïus, III, §§ 189, 199 ; L. 34. D. 42, 1), n'est point esclave proprement dit, *servus ;* en droit, il est libre ; de fait, il est *in servitute :* « *An addictus quem lex servire, donec solverit, jubet, servus sit?* » demandé Quintillien ; mais, dans d'autres passages, le même auteur tranche la question : « *Aliud est servum esse, aliud est servire, qualis esse in addictis quæstio solet... Addictus recepta libertate est ingenuus.* » La position de l'*addictus* est donc précisément le contre-pied de celle du *statuliber :* le premier est libre tant qu'il n'est pas en retard de payer, le second est esclave tant qu'il n'a pas payé.

§ 4. — DIFFÉRENCES ENTRE L'*ADDICTUS* ET LE *NEXUS*.

3253. Il y avait des obligations pour la sûreté desquelles le débiteur se soumettait volontairement à un esclavage analogue à celui qui résultait de l'*addictio :* c'est ce qu'on appelait proprement *nexus*, expression dérivée du *nexum*, mot qui, dans les premiers siècles de Rome, désignait toutes les obligations qui se contractaient *per æs et libram*, et dont le *nexus* dont nous nous occupons ici n'était qu'un cas particulier. (N^os^ 45, 59, 600 et suiv.) En effet, de même que le débiteur pouvait manciper sa chose au créancier avec fiducie, c'est-à-dire sous la condition de pouvoir la retirer, s'il payait à l'échéance (n^os^ 1099, 1118) ; de même il pouvait manciper au créancier sa propre personne, sa famille et ses biens. Le débiteur et sa famille tombaient alors dans le *mancipium* du créancier : « *Propter domesticam ruinam et grave æs alienum, C. Plautio nexum se dare coactum* ,» dit Valère-Maxime (VI, 1, 9). Varron confirme cette donnée : « *Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat, dabat, dum solveret, nexus vocatur.* » (*Ling. lat.*, VII, 5.) La mancipation ne conférait pas la possession (Gaïus, II, § 204 ; IV, § 131 ; *Frag. vatic.*, § 313) ; aussi, à défaut de payement à l'époque convenue, le créancier revendiquait le *nexus*, et s'en faisait adjuger (*addictio*) la possession, comme conséquence du droit qui lui avait entièrement été acquis par mancipation.

Résumons maintenant les principales différences qui existaient entre le *nexus* et l'*addictus :* 1° le *nexus*, par le fait de sa mancipa-

tion volontaire, subit une *capitis deminutio ;* l'*addictus* n'est point encore *capite minutus*, car Festus ne comprend pas l'*addictio* parmi les causes de *capitis deminutio* (Festus, v° *Deminutus*) ; 2° le *nexus*, bien qu'esclave de droit, jouit, jusqu'à l'échéance, de la liberté de fait ; aussi peut-il être appelé à combattre ; au contraire l'*addictus*, bien que n'étant pas encore esclave de droit, est néanmoins traité comme tel, et n'est appelé à faire partie de l'armée qu'en cas de nécessité absolue (Tit. Liv., II, 24; Val. Max., VII, 6, 1) ; 3° le *nexus* entraîne avec lui sa famille et ses biens; l'*addictus* passe seul sous la puissance du créancier (Tit. Liv., II, 24; Quintil., *Inst. orat.*, III, 6); 4° le *nexus*, pour être libéré, doit être *manumissus ;* l'*addictus*, au contraire, au moins en général, est libéré par le seul effet du payement (Gaïus, III, § 189 ; Quintil., *Inst. orat.*, VII, 3); 5° le *nexus* libéré est *quasi libertus* du créancier qui l'a affranchi ; rien de pareil pour l'*addictus*, qui reste *ingenuus* (Quintil., *Inst. orat.*, VII, 3); 6° le *nexus* devient tel par contrat, et l'*addictus* par une sentence judiciaire.

Le *nexus* fut aboli par la loi Pétilia, l'an de Rome 428. Quant à l'*addictio*, il ne paraît pas qu'elle ait jamais été formellement supprimée ; mais elle dut tomber en désuétude après que le préteur eut introduit, au profit du créancier, la *bonorum possessio* ou *venditio*, qui fournissait un moyen d'atteindre directement les biens du débiteur. (Voir sur cette matière la belle monographie de M. Giraud : *Des nexi ou de la condition des débiteurs chez les Romains.*)

On comprend que l'organisation de la *manus injectio*, *des nexi*, constituait, avec la *pignoris capio* qui va suivre, un ensemble de mesures destinées à forcer le débiteur à payer ce qu'il devait. Dans cet ordre d'idées, nous étudierons de nouveau cette matière, avec les modifications qu'elle subit, dans notre sixième partie.

ARTICLE V. — *ACTIO PER PIGNORIS CAPIONEM.*

3254. La *manus injectio* était un mode légal d'exécution sur la personne ; la *pignoris capio*, ou prise de gage, était un mode d'exécution sur les biens : de même que l'*addictus* ne pouvait se libérer qu'en payant, de même le débiteur, dont la chose avait été prise en gage, ne pouvait la recouvrer qu'en donnant satisfaction à son créancier.

La *pignoris capio* différait essentiellement des autres actions de la loi, en ce qu'elle pouvait avoir lieu *extra jus*, hors de la présence du magistrat, en l'absence de l'adversaire, et même les jours néfastes ; aussi beaucoup de jurisconsultes avaient-ils pensé que

la *pignoris capio* ne pouvait être considérée comme une véritable action de la loi. (Gaïus, IV, § 29.)

La *pignoris capio* s'accomplissait par la saisie réelle d'une chose appartenant au débiteur; et cette saisie était accompagnée de certaines paroles solennelles que Gaïus ne nous a pas transmises.

La *pignoris capio* ne pouvait avoir lieu que dans un petit nombre de cas déterminés par la loi ou la coutume (*moribus*).

D'après la loi des Douze-Tables, celui qui avait vendu une victime pouvait agir, par prise de gage, contre l'acheteur qui n'en payait pas le prix. Il en était de même à l'égard de celui qui ne payait pas le loyer d'une bête de somme, quand l'argent de ce loyer était destiné à offrir un sacrifice religieux. — Une loi, dont le nom est demeuré illisible dans le manuscrit de Gaïus, la *lex Censoria*, d'après M. Accarias, accordait la *pignoris capio* aux publicains pour le recouvrement des impôts. Enfin les mœurs l'avaient appliquée à diverses créances intéressant le service militaire, *æs militare*, *æs equestre*, *æs hordearium*. Ainsi le militaire pouvait agir par *pignoris capio* contre celui qui était chargé de payer la solde aux soldats (*æs militare*); contre les personnes qui étaient tenues de fournir à l'État un cheval propre au service militaire (*æs equestre*) et le grain nécessaire pour le nourrir (*æs hordearium*) : ces personnes étaient les veuves et les célibataires riches. (Gaïus, IV, §§ 27 et 28; Tit. Liv. I, 43; L. 242, § 3. D. 50, 16.)

SECTION II. — PROCÉDURE FORMULAIRE.

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE ET CARACTÈRES DE CETTE PROCÉDURE

3255. L'extrême subtilité des actions de la loi, leur formalisme ridicule et gênant, les dangers auxquels elles exposaient les plaideurs, les avaient rendues odieuses : la loi *Ælbutia* et les deux lois *Julia* les abolirent, et leur substituèrent la procédure *par formules*. (Gaïus, IV, § 30.) Nous ne connaissons d'une manière précise ni la date de ces diverses lois, ni la part qu'elles eurent dans l'abrogation du système ancien et dans la constitution du nouveau. La loi *Ælbutia* est bien certainement antérieure au temps de Cicéron, puisque, dès cette époque, l'ancienne procédure était déjà en partie remplacée par la nouvelle : or, comme, d'après le témoignage positif de Gaïus, c'est à la loi *Ælbutia* et aux deux lois *Julia* qu'il faut exclusivement attribuer l'abolition des actions de la loi, et que

les deux lois *Julia* peut-être, mais certainement l'une d'elles, sont postérieures à Cicéron, il en résulte invinciblement que les changements subis par la procédure à l'époque où vivait l'orateur romain ne peuvent être attribués qu'à la loi *Ælbutia.*

Quant aux deux lois *Julia*, rappelées par Gaïus, tout le monde convient que l'une d'elles est la *lex judiciorum privatorum* portée par Auguste ; mais l'autre est-elle la *lex judiciorum publicorum* du même empereur, ou doit-elle être attribuée à Jules César, qui, lui aussi, était certainement l'auteur de lois concernant l'organisation judiciaire ?... C'est là un point fort débattu. M. Heffter, qui a traité cette question avec beaucoup de sagacité, adopte l'opinion que les deux lois *Julia* appartiennent à Auguste.

En admettant cette donnée, les écrits de Cicéron, qui vivait après la loi *Ælbutia*, et antérieurement aux lois *Julia*, nous fournissent un point de départ précieux pour rechercher la part qu'eut la loi Ælbutia dans l'abrogation de l'ancienne procédure.

Aulu-Gelle fait dire à un jurisconsulte : « *Sed enim quum proletarii, et assidui, et sanates, et vades, et subvades, et viginti quinque asses, et taliones, furtorumque quæstio cum lance et licio evanuerint; omnisque illa XII Tabularum antiquitas*, NISI IN LEGIS ACTIONIBUS CENTUM VIRALIUM CAUSARUM, *lege Ælbutia lata, consopita sit...* » (*Noct. atti.*, XVI, 10.) Faut-il conclure de ce passage que la loi *Ælbutia* ait, en effet, aboli les actions de la loi pour tous les cas, sauf dans les causes centumvirales ?... Nous ne le pensons pas. D'un côté, Gaïus attribue l'abrogation des actions de la loi collectivement à la loi *Ælbutia* et aux deux lois *Julia;* d'un autre côté, s'il est certain qu'au temps de Cicéron on plaidait déjà par formules, il n'est pas moins positif qu'on suivait encore, dans beaucoup de cas qui ne se rapportaient pas aux causes centumvirales, l'ancienne procédure des actions de la loi. Il paraît donc que la loi *Ælbutia* ne les abrogea qu'en partie, et que les lois *Julia* complétèrent une révolution commencée bien antérieurement.

Suivant les conjectures un peu hasardées de M. Heffter, la loi *Ælbutia* aurait aboli l'*actio sacramenti* (sauf pour le cas où le procès devait être porté devant les centumvirs), l'ancienne *condictio* et peut-être aussi la *judicis postulatio.* (Cic., *Pro Rosc*, ch. IV.) Quant à la *manus injectio* et à la *pignoris capio,* qui étaient encore en usage au temps de Cicéron (*In Verrem*, III, c. VI ; II, XVI ; Tacite, *Annales*, XIII, 26), elles n'auraient été supprimées ou modifiées que par les lois Julia.

Remarquons que l'action *sacramenti* ne disparut qu'avec le tribunal centumviral ; et, même après cette époque, quoique banni de

la pratique judiciaire, le *sacramentum* se perpétua jusqu'à Justinien dans certains actes de juridiction gracieuse : *in jure cessio*, affranchissement *vindictâ*, adoption.

Si les questions que soulève la transition de l'ancien système de procédure au système des formules sont peut-être plus curieuses qu'utiles à résoudre, il en est certainement tout autrement de la question de savoir quelle est la nature de la procédure formulaire, et en quoi elle diffère de celle des actions de la loi.

3256. La formule est une sorte de jugement interlocutoire par lequel le préteur détermine la question que le juré aura à résoudre, et lui confère le pouvoir de condamner ou d'absoudre, suivant que cette question lui paraîtra devoir être affirmativement ou négativement résolue.

3257. Ce qui caractérise la procédure formulaire, c'est bien moins le renvoi de l'affaire à un juré (puisque ce renvoi était déjà en usage dans le système précédent), que la rédaction de la formule, ou instruction écrite dont nous allons bientôt analyser les éléments. En outre, le nouveau système diffère essentiellement du précédent, en ce que les plaideurs n'ont plus de gestes solennels à exécuter ni de paroles sacramentelles à prononcer : le demandeur expose en langage vulgaire sa prétention, et le préteur examine si, en supposant prouvées les allégations du demandeur, il en pourrait ou non résulter la condamnation du défendeur. Dans le premier cas, il accorde au demandeur la formule d'action ; dans le second, il la lui refuse, et le procès ne peut avoir lieu : à peu près comme, chez nous, le tribunal admet ou rejette la demande d'enquête, suivant que les faits lui paraissent ou non admissibles et concluants.

Le procès se divise donc naturellement en deux parties. — La première comprend les actes qui se passent devant le magistrat ; on dit alors que les parties sont *in jure*, car *jus* exprime par excellence le lieu où siége le magistrat investi de la juridiction. (L. 4, § 1, D. 11, 1.) — La seconde embrasse ce qui se passe devant le juge ou le juré ; on dit alors que les parties sont *in judicio*. *Judicium* désigne donc, dans le sens propre, l'instance devant le juré ; mais comme cette instance ne peut être engagée sans que, préalablement, le préteur ait accordé la formule d'action, on donne souvent à la formule elle-même le nom de *judicium*, en confondant l'effet avec la cause.

3258. La procédure formulaire a été en vigueur pendant toute la période brillante de la jurisprudence romaine, depuis Cicéron jusqu'à Dioclétien.

Mais on s'écartait quelquefois de la règle ordinaire.

D'un côté, on suivait encore la procédure des actions de la loi, quand il s'agissait du *damnum infectum*, et quand le litige devait être porté devant les centumvirs. D'un autre côté, il y avait des cas dans lesquels le magistrat, au lieu de renvoyer l'affaire à un juge, statuait lui-même sur le fond de la contestation, *extra ordinem cognoscebat*.

La première de ces exceptions se trouve suffisamment expliquée par ce que nous avons dit précédemment des actions de la loi.

La seconde viendra plus naturellement dans la section suivante, où nous traiterons du troisième système de procédure, qui n'est que cette seconde exception généralisée.

CHAPITRE II

CONCEPTION DES FORMULES ET PARTIES DIVERSES QUI ENTRENT DANS LEUR COMPOSITION

ARTICLE PREMIER. — CARACTÈRES DES FORMULES.

3259. Comme nous l'avons dit précédemment, on ne pouvait se présenter devant le juré sans avoir, au préalable, obtenu du magistrat une formule d'action. Cette formule instituait le juge; elle déterminait les questions que celui-ci aurait à résoudre et les principes de droit qu'il devrait appliquer; elle traçait hypothétiquement la condamnation qui devait être prononcée, et conférait à cet égard, au juge, des pouvoirs tantôt limités, tantôt illimités; enfin elle était tout à la fois une instruction destinée à guider le juré dans la recherche de la vérité, et une véritable sentence subordonnée à la vérification du point de fait et du point de droit à éclaircir.

La formule étant le grand critérium du procès romain, on conçoit aisément quels soins les préteurs apportaient dans la rédaction d'un acte si important pour la bonne administration de la justice. Valère-Maxime nous apprend que les magistrats consultaient, pour cette rédaction, les plus habiles jurisconsultes. Aussi, quand on étudie les formules de la procédure romaine, on ne peut manquer d'être vivement frappé de l'énergique concision, de la sagacité et de l'enchaînement logique avec lesquels sont rédigées ces instructions judiciaires.

Les formules étaient inscrites dans l'*album* et livrées à la publicité : « *Sunt jura, sunt formulæ, de omnibus rebus constitutæ, ne*

quis aut in genere injuriæ, aut ratione actionis, errare possit ; expressæ sunt enim ex uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria, publicæ a prætore formulæ, ad quas privata lis accommodetur... Cæteræ quoque formulæ quæ sub titulo de in jus vocando propositæ sunt..., et denique innumerabiles ejusmodi aliæ formulæ in albo proponuntur. » (Gaïus, IV, § 46.)

Les Romains avaient analysé avec un soin extrême les différents éléments qui peuvent entrer dans la composition des formules : ils distinguaient, à cet égard, les parties principales (*partes*), qui sont une conséquence même de la prétention du demandeur, d'avec certaines additions accessoires (*adjectiones*), qui pouvaient, suivant les circonstances, être insérées dans la formule, sur la demande, soit du défendeur, soit du demandeur.

3260. Occupons-nous d'abord des parties principales, qui sont au nombre de quatre, non compris la nomination du juge, savoir : la *demonstratio*, l'*intentio*, l'*adjudicatio* et la *condemnatio* (Gaïus, IV, § 39.)

ARTICLE II. — PARTIES PRINCIPALES.

§ Ier. — *DEMONSTRATIO.*

3261. La démonstration est cette partie de la formule qui indique le point de fait à l'occasion duquel s'élève le litige. Exemples : *Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit.* — *Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium hominem deposuit.* (Gaïus, IV, § 40.)

§ II. — *INTENTIO.*

3262. C'est la partie de la formule dans laquelle le préteur reproduit la prétention du demandeur. Exemples : *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem millia dare oportere.* — *Quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere.* — *Si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse.* (Gaïus, IV, § 41.) L'*intentio* est la partie fondamentale de la formule ; c'est elle qui caractérise l'action entière ; aussi est-ce principalement au point de vue de l'*intentio* qu'ont été établies la plupart des divisions d'actions que nous aurons à examiner avec détail dans la troisième partie, et notamment la célèbre division *in rem* et *in personam*.

3263. Les *intentiones*, que nous venons de citer pour exemples, sont dites *conceptæ in jus*, parce qu'elles soulèvent une question de pur droit civil, question de la solution de laquelle dépend la condamnation ou l'absolution du défendeur. Mais, quelquefois, la *de-*

monstratio et l'*intentio* se confondent : le fait, au lieu d'être énoncé à part dans la *demonstratio*, passe dans l'*intentio* où il est mis en question ; l'*intentio* ne soulève plus, dans ce cas, au moins en apparence et dans la forme du langage, qu'une simple question de fait à laquelle la condamnation ou l'absolution se trouve subordonnée : l'*intentio* est dite alors *concepta in factum.* (Gaïus, IV, §§ 45, 46.)

On peut saisir facilement ces différences dans les deux formules suivantes, toutes deux relatives à l'action de dépôt, mais dont la première est conçue *in jus*, tandis que la seconde est conçue *in factum*.

1° Formule *in jus concepta :* — JUDEX ESTO. — *Demonstratio :* QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR. — *Intentio :* QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA EJUS. — *Condemnatio :* ID JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO ; SI NON PARET, ABSOLVITO.

2° Formule *in factum concepta :* — JUDEX ESTO. — *Demonstratio* et *intentio* confondues : SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE, EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE. — *Condemnatio :* QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO ; SI NON PARET, ABSOLVITO. (Gaïus, IV, § 47.)

Nous reviendrons, plus tard, sur cette distinction importante, et nous rechercherons les causes qui avaient conduit les préteurs à rédiger l'action, tantôt de l'une, tantôt de l'autre manière.

3264. On peut, à un autre point de vue, distinguer les *intentiones certæ* et les *intentiones incertæ :*

Les premières sont celles dans lesquelles on détermine absolument l'objet et l'étendue de la demande ; elles se divisent en deux classes, selon qu'elles ont pour objet *certa pecunia* ou *alia certa res ;* — les secondes sont celles dans lesquelles on ne précise pas l'étendue de la demande. — Cette distinction ne présente pas d'intérêt sérieux, en ce qui concerne l'*intentio* seule ; mais quand nous envisagerons la *condemnatio*, qui elle aussi se trouve *certa* ou *incerta*, nous verrons que le pouvoir du juge diffère dans les deux hypothèses.

§ III. — *ADJUDICATIO.*

3265. L'*adjudicatio* est la partie de la formule qui confère au juge le pouvoir d'adjuger, c'est-à-dire d'attribuer à l'un des plaideurs la propriété d'une chose qui leur appartenait en commun, ou

qui même appartenait exclusivement à l'adversaire. Exemple : *Quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato.* L'adjudication ne se rencontre que dans les trois actions divisoires : *familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum;* et elle imprime à ces trois actions des caractères tout particuliers, qui, sous le nom d'actions *mixtes* ou *doubles*, en font une classe à part. (Gaïus, IV, § 42.) Mais l'*adjudicatio* ne nomme que le demandeur ; c'est donc en sa faveur seulement qu'elle autorise une attribution de propriété; et pourtant il faut que le juge puisse adjuger en faveur de chacune des parties? Pas de difficulté, puisque chaque partie, jouant le double rôle de demandeur et de défendeur, obtient une formule. — Ajoutons que l'*adjudicatio* est nécessairement *incerta*, car on ne sait même pas s'il y aura lieu de prononcer une condamnation au profit de l'une des parties.

§ IV. — *CONDEMNATIO.*

3266. La *condemnatio* est la partie de la formule par laquelle le magistrat donne au juge le droit de condamner ou d'absoudre : au reste le pouvoir de condamner comprend implicitement celui d'absoudre, et réciproquement. (L. 3. D. 42, 1 ; L. 37. D. 50, 17.)

En voici quelques exemples : *Judex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem millia condemna; si non paret, absolve.* — *Quidquid eo eam rem N. N. A. A. dare facere oportet ex fide bona ejus, id judex N. N. A. A. condemnato; si non paret, absolvito.* — *Quanti ea res erit, tantam pecuniam judex N. N. A. A. condemnato ; si non paret absolvito.*

3267. I. Comme il est facile de s'en convaincre à la seule inspection de ces formules, la *condemnatio* confère au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre le défendeur, mais elle ne lui attribue aucun pouvoir sur le demandeur ; de telle sorte que le plus grand danger auquel celui-ci se trouve exposé se réduit à voir absoudre son adversaire. Telle est, en effet, la conséquence logique de la formule considérée seule et en elle-même.

Mais un tel état de choses, s'il eût été admis d'une manière absolue, aurait présenté bien des inconvénients. D'une part, c'eût été encourager les hommes de mauvaise foi à intenter les procès les plus injustes, puisque le seul risque qu'ils auraient eu à courir se serait borné au mal purement négatif de ne pas réussir. D'autre part, on comprend que très souvent, même quand la demande est juste, le défendeur puisse avoir à élever, contre le demandeur, des réclamations de nature à venir en déduction de la demande ; et il

eût été fâcheux que la rigueur des formules élevât un obstacle à ce qu'il fût statué, par un seul et même jugement, sur toutes ces prétentions opposées.

3268. II. Contre le premier de ces inconvénients, les Romains avaient établi des mesures pleines de prévoyance : l'action *de calumnia*, le *judicium contrarium*, les *stipulationes*, etc., dont nous parlerons avec détail dans la septième partie de cet ouvrage.

3269. III. Quant aux réclamations que le défendeur pouvait avoir à former contre le demandeur, il avait, du moins en général, le choix, ou de les réserver pour en faire l'objet d'une instance séparée, devant un juge distinct, ou de les faire valoir dans le cours de l'instance engagée sur la demande principale, et devant le juge saisi de cette demande :

1° Si le défendeur adopte le premier de ces deux partis, il ne peut s'élever aucune difficulté ; et l'instance qu'il engagera plus tard ne sera qu'un procès ordinaire ; car il n'y a pas de motif pour qu'un procès, que vous m'avez intenté et qui a été jugé, ait la moindre influence sur un procès tout différent, que je dirige plus tard contre vous.

2° Quand le défendeur choisit le second parti, l'affaire peut se présenter sous divers aspects.

Si l'objet de la réclamation élevée contre le défendeur est *compensable* avec la demande principale, la compensation sera admise par le juge, soit en vertu de ses pouvoirs généraux, si l'action est de *bonne foi*, soit en vertu de l'exception que le défendeur aura eu soin de faire insérer dans la formule, si l'action est de *droit strict;* et alors la contre-créance du débiteur viendra en déduction de la condamnation réclamée par le demandeur.

Si, au contraire, les objets des deux demandes ne sont pas compensables, ou bien encore si, l'action principale étant de *droit strict*, le défendeur n'a pas eu le soin de faire insérer dans la formule une *exception* relative à la compensation, le défendeur pourra demander au magistrat une action qui renvoie sa *demande reconventionnelle* devant le juge saisi de la demande principale : et alors le juge, en prononçant en même temps sur l'une et l'autre demande, pourra condamner le demandeur, si le montant de la demande reconventionnelle se trouve supérieur à celui de la demande principale.

Mais quand la contre-créance du défendeur n'était soumise au juge que par voie d'*exception* (de *compensation*), je ne pense pas que, dans les anciens principes, le juge eût pu condamner le demandeur, alors même que le chiffre de la contre-créance eût été supérieur à celui de la créance principale. Justinien attribue, il est vrai,

une opinion différente à Papinien (L. 14. C. 7, 45) ; mais je crois que Justinien a mal compris Papinien, et que ce jurisconsulte avait décidé, non pour le cas où le défendeur fait valoir sa contre-créance par voie d'*exception*, mais bien pour celui où il porte sa contre-créance, par action *reconventionnelle*, devant le juge qui est déjà saisi de la demande principale : cas auquel le juge trouve dans la seconde formule, pour condamner le demandeur originaire, un pouvoir que ne lui donne pas la première formule.

3270. Un principe très remarquable, particulier à la procédure formulaire, veut que la condamnation soit toujours pécuniaire. Ainsi, même quand je réclame un corps certain, le juge ne peut condamner le défendeur à donner ou à restituer la chose en nature ; mais il doit estimer en argent l'objet du litige, et condamner à la somme qui forme le montant de l'estimation. Tel est du moins le témoignage formel de Gaïus : « *Omnium autem formularum, quæ condemnationem habent, ad* PECUNIARIAM ÆSTIMATIONEM *condemnatio concepta est ; itaque, etsi* CORPUS ALIQUOD PETAMUS, *velut fundum, mancipium, vestem... judex* NON IPSAM REM *condemnat eum cum quo actum est sicut* OLIM *fieri solebat, sed æstimata re* PECUNIAM *eum condemnat.* » (IV, § 48.)

Ce principe a l'avantage de faire dans tous les cas supporter les risques par le débiteur condamné ; mais, par contre, il a le double inconvénient : 1° de ne jamais faire obtenir au demandeur la chose même qu'il réclame ; 2° de transformer son obligation réelle en une simple créance, ce qui le soumet au concours avec les autres créanciers, et lui enlève les sûretés réelles qui pouvaient le protéger contre l'insolvabilité du débiteur.

Il faut remarquer, au point de vue historique, que ce principe des condamnations pécuniaires s'était appliqué, dès l'origine, aux actions personnelles, les Romains voulant ainsi soumettre au même sort tous les créanciers, en ramenant les droits de tous à l'uniformité d'objet. Il en était autrement quant aux actions réelles : en effet, sous la procédure des actions de la loi, elles aboutissaient à des condamnations en nature. Comment le principe des condamnations pécuniaires fut-il donc appliqué à ces actions réelles ? Le voici : sous la procédure formulaire, nous verrons tout à l'heure que la *litis contestatio* produit un effet remarquable, celui de substituer au droit déduit en justice un droit nouveau, un droit de créance. C'est pourquoi l'effet novateur de la *litis contestatio* eut pour conséquence naturelle de faire considérer le demandeur comme novant son titre, c'est-à-dire comme préférant devenir simple créancier, au lieu de poursuivre l'exécution de son droit réel.

3271. La condamnation est tantôt *certæ pecuniæ*, tantôt *incertæ pecuniæ;* et, dans ce dernier cas, elle est ou *infinita* ou *cum taxatione*. (Gaïus, IV, § 49.)

La *condemnatio* est *certæ pecuniæ*, quand la formule fixe la somme à laquelle le juge devra condamner, sans pouvoir s'en écarter, ni en plus, ni en moins, sous peine de faire le procès sien : « *Judex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium* DECEM MILLIA *condemna; si non paret, absolve.* » (Gaïus, IV, §§ 50, 52). — Cett, *condemnatio* suppose, ou une *intentio* qui tend *ad certam pecuniam* ou une *intentio in factum* qui a pour but une peine déterminée d'avance par la loi. (Gaïus, IV, §§ 46, 50; LL. 12 et 24. D. 2, 4.)

La *condemnatio* est *incertæ pecuniæ cum taxatione*, ou *cum præfinitione*, quand le magistrat fixe un *maximum* que le juge ne pourrait dépasser sans faire le procès sien, mais qui lui laisse la liberté de condamner à une somme moindre; cette limitation est exprimée par le mot *dumtaxat* : « *Numerium Negidium Aulo Agerio* DUMTAXAT *decem millia condemna; si non paret, absolve.* » (Gaïus, IV, § 51.) Cette taxation a lieu ordinairement quand la réclamation ne porte ni sur une *certa pecunia*, ni sur une autre *certa res*, c'est-à-dire quand *incertum petimus.* (L. 39. D. 38, 1; Gaïus, III, § 224.)

La *condemnatio* était *incertæ pecuniæ infinita*, quand elle laissait au juge un pouvoir illimité pour fixer la somme à laquelle il pouvait condamner; par exemple : « *Quanti ea res erit, judex tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato,* » ou celle-ci : « *Quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet, ex fide bona ejus, id judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato.* » — La *condemnatio* était *incertæ pecuniæ infinita* dans les actions *in rem* et *ad exhibendum*, et sans doute aussi dans toutes les autres actions arbitraires. (Gaïus, IV, § 51; L. 18. D. 4, 3; L, 68. D. 6, 1.)

Il est inutile de faire remarquer que, dans la *condemnatio infinita*, l'appréciation du juge est toujours limitée par le *quanti ea res erit.* Or, que signifie cette expression? S'applique-t-elle à la véritable valeur de la chose (*vera rei æstimatio*) ou au *quod interest*, c'est-à-dire à l'intérêt que le demandeur avait à ce que l'obligation fût exécutée, intérêt qui peut être très supérieur à la valeur de la chose réclamée? Je crois que dans l'immense majorité des cas le *quanti ea res erit* se confond tout à fait avec le *quod interest.* (V. L. 2, pr.; L. 27, § 3. D. 9, 2; *Inst.*, § 10, IV, III; L. 1, pr. et L. 3, § 11. D. 43, 17; L. 1, pr. et § 5, D. 43, 4.) M. Accarias professe, il est vrai, que cette interprétation ne s'appliquait pas aux *condictiones*, tout au moins à celles qui dérivent d'une obligation de donner. Ce qui le prouverait, c'est qu'ici

les jurisconsultes se préoccupaient beaucoup de l'endroit et du moment où il fallait se placer pour estimer la chose due. (L. 22. D. 12, 1 ; LL. 3 et 4. D. 13, 3.) Or ces préoccupations n'auraient pas eu grand sens si le demandeur avait eu précisément droit au *quod interest*. — La question n'est pas assez intéressante pour être discutée.

Au surplus, que la somme soit ou non fixée dans la condamnation, le juge, en prononçant la sentence, doit toujours condamner à une somme déterminée. (Gaïus, IV, § 52.)

3272. Outre les restrictions dont nous venons de parler, il y avait encore d'autres circonstances qui pouvaient limiter la condamnation, et par suite desquelles, quoique la demande fût justifiée dans toutes ses parties, le débiteur ne devait pas être condamné pour le tout (*in solidum*) ; en voici quelques exemples :

Le père de famille, poursuivi à raison des obligations contractées, sans son ordre, par les personnes soumises à sa puissance, ne pouvait être condamné que jusqu'à concurrence de ce dont il avait profité (*de eo quod in rem ejus versum est*), et du pécule de celui qui avait contracté la dette (*de peculio*).

Le défendeur qui jouissait du bénéfice de *compétence* ne pouvait, en général, être condamné que *in id quod facere potest*. (§§ 37, 38, 40. *Inst.*, liv. IV, VI.)

Pareillement, quand un père de famille était actionné à raison des délits des personnes soumises à sa puissance, le juge ne devait le condamner que sous une alternative : *Publium Mævium Lucio Titio decem aureos condemno aut noxam dedere*. (§ 1, *Inst.*, IV, XVII.)

Enfin, dans les actions dites *arbitraires*, le juge ne devait condamner le défendeur qu'autant que celui-ci refusait de donner salisfaction au demandeur. (§ 31. *Inst.*, IV, VI.)

§ V. — RAPPORT ENTRE LES PARTIES PRINCIPALES DE LA FORMULE LEUR IMPORTANCE RESPECTIVE.

2273. Le plus souvent la formule ne contient pas simultanément les quatre parties que nous venons de définir.

Ainsi que nous l'avons déjà vu, l'*adjudicatio* ne se rencontre que dans les trois actions divisoires. — Dans les actions *in factum*, la *demonstratio* se confond avec l'*intentio ;* et la formule se compose seulement de l'*intentio* et de la *condemnatio*. — On ne rencontre donc les trois parties, *demonstratio*, *intentio* et *condemnatio*, que dans les actions *in jus*, et encore cela n'arrive-t-il pas toujours. En effet la *demonstratio* est inutile quand l'action est *in rem*, parce que le droit réel est toujours le même, quelle que soit sa cause ou son origine.

(L. 14, § 2. D. 44, 2.) Il en est de même dans l'*actio in personam*, qui tend à obtenir un *certum*, ou du moins une *certa pecunia;* car le motif, la base de cette prétention, n'a pas besoin d'être indiqué. (Gaïus, IV, §§ 34, 36, 41, 43.)

Si maintenant nous recherchons quelle est la valeur relative des parties de la formule, il est évident que la *demonstratio*, l'*adjudicatio* et la *condemnatio* ne peuvent jamais se trouver seules, c'est-à-dire sans *intentio*.

En effet l'*intentio*, c'est la prétention du demandeur ; or, là où il n'y aurait pas de prétention élevée, il n'y aurait pas de procès, et, partant, pas de formule : l'*intentio* est donc la partie fondamentale. L'*intentio* doit naturellement être accompagnée de la *condemnatio* : à quoi servirait, en effet, de soumettre au juge l'examen des prétentions du demandeur, si ce juge ne recevait pas en même temps le pouvoir de condamner le défendeur?

Il est cependant des cas dans lesquels l'*intentio* n'est point suivie de *condemnatio* : la formule, ainsi réduite à la seule *intentio*, prend alors le nom de *præjudicium* ou d'*action préjudicielle*. (Gaïus, IV, § 44.) Cela arrive quand il est nécessaire de faire statuer sur certaines questions de droit qui feront plus tard l'objet d'un *judicium* proprement dit. Par exemple : un patron se plaint d'être cité *in jus* par son affranchi, sans que celui-ci en ait obtenu la permission du magistrat ; mais l'affranchi se prétend ingénu : avant d'accorder la formule demandée, le préteur renverra les parties devant un juge pour faire statuer sur la question d'état ; le *præjudicium* donné en cette occasion sera ainsi conçu : « *Si paret Pamphilum esse libertum Mævii.* » — Au reste, les *præjudicia* ne sont pas toujours des instances préparatoires ; ils peuvent aussi avoir lieu comme questions principales et indépendantes de toute autre. (V. *Præjudicia;* L. 6. D. 40, 14.) En dehors du cas spécial des actions préjudicielles, l'*intentio* n'aurait pas de sens si elle n'était accompagnée de la *condemnatio* : aussi y a-t-il entre ces deux parties la connexité qui existe entre la cause et l'effet. Toutefois, en se rappelant que toute *condemnatio* est pécuniaire, même dans les actions *in rem*, on s'aperçoit facilement que, dans ce genre d'actions, la *condemnatio* ne correspond que très indirectement à l'*intentio ;* en effet, à cette question : *Si paret rem esse Titii*, la réponse devrait être : *Res est Titii*, ou bien encore : *Condemno Mævium ad rem restituandam Titio ;* on ne devrait donc pas condamner l'adversaire à une somme pécuniaire. Il est vrai que la condamnation à la somme d'argent, n'étant prononcée qu'autant que le défendeur refuse de restituer, *nisi restituat*, pourrait aussi être considérée comme une peine. Au

reste, le défaut d'harmonie entre l'*intentio* et la *condemnatio*, dans les actions *in rem*, autorise à conjecturer que peut-être, dans l'origine, les formules furent imaginées exclusivement pour les actions *in personam:*

Plusieurs ont pensé que, dans les actions divisoires, l'*adjudicatio* remplaçait la *condemnatio;* mais il paraît, au contraire, que la formule contenait tout à la fois et la condamnation et l'adjudication.

En effet l'*adjudicatio* peut bien conférer au juge le pouvoir d'attribuer la propriété des choses à partager ; mais elle ne comporte pas, du moins dans sa signification grammaticale et naturelle, le pouvoir de condamner l'une des parties à une somme quelconque : or, si le juge ne peut former des lots égaux, il faut bien cependant que, pour compenser l'inégalité des parts en nature, il ait le pouvoir de condamner à une soulte celle des parties à laquelle il attribue un lot trop fort ; c'est à cela que servait la *condemnatio*, laquelle sans doute était insérée, à la suite de l'*adjudicatio*, sous une forme conditionnelle.

ARTICLE III. — PARTIES ACCESSOIRES.

3274. Ces parties accessoires, qui peuvent accidentellement figurer dans la formule, sont, d'une part, les *exceptions*, *répliques*, *dupliques*, *tripliques*, etc.; d'autre part, les *prescriptions*. — Nous appelons ces parties accessoires (*adjectiones*), parce que, à la différence de celles dont nous avons parlé jusqu'ici, elles ne sont pas une conséquence directe et nécessaire de la demande et qu'elles ne figurent qu'accidentellement dans la formule, à raison de diverses circonstances plus ou moins étrangères à la demande considérée en elle-même.

§ Ier. — EXCEPTIONS.

3275. Quand l'*intentio* est prouvée, le juge doit condamner, sans pouvoir, du moins en général, s'occuper d'allégations qui seraient étrangères à la question posée dans l'*intentio*.

Si donc le défendeur n'entend se défendre que par la contradiction de l'*intentio*, en déniant qu'elle soit fondée, il n'est pas nécessaire de rien ajouter à la formule : le débat devant le juge s'engagera librement sur toutes les questions de fait et de droit qui peuvent naître de l'*intentio*. — Dans une action réelle, par exemple, le défendeur soutiendra que la chose revendiquée n'a jamais appartenu au demandeur, ou que, du moins, elle a cessé de lui appar-

tenir; et, à cette occasion, on pourra discuter les principes du droit civil sur les manières d'acquérir et de perdre la propriété.

Dans une action personnelle, la défense consistera à soutenir que l'obligation n'a jamais existé, ou que du moins elle s'est éteinte.

Mais l'*intentio* peut être fondée en droit civil; et cependant la condamnation, qui en serait la conséquence, se trouve contraire à l'équité et aux principes du droit prétorien. (Gaïus, IV, §§ 116 et 117.) Par exemple, la promesse extorquée par violence, par surprise ou par dol, n'en est pas moins obligatoire, d'après le droit civil; et pourtant il serait inique de condamner le défendeur à acquitter une telle obligation. (Gaïus, IV, § 118.) Cependant le juge, obligé de décider conformément aux principes du droit civil (V. plus loin : *Office de juge*) les questions résultant de l'*intentio*, ne pourrait, sans excéder ses pouvoirs, prendre en considération des motifs d'équité que ce droit ne reconnaît pas. En conséquence, si le défendeur veut pouvoir se servir, devant le juge, des moyens fondés sur l'équité, il doit, pendant qu'il est encore *in jure*, articuler ces moyens, et demander que le magistrat modifie le mandat du juge en l'autorisant, par une clause spéciale, placée à la suite de la formule, à absoudre, dans le cas où la condamnation, fondée en droit strict, conduirait à une iniquité. Cette restriction au pouvoir de condamner, que la formule pure et simple confère au *judex*, a reçu avec raison le nom d'*exception ;* c'est, en effet, une exception à la condamnation : « *Exceptio dicta est quasi quædam exclusio... ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est.* » (L. 2. D. 441.)

L'exception est toujours conçue en forme de condition négative : *Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit, neque fiat;* et encore celle-ci : *Si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit ne ea pecunia peteretur.* (Gaïus, IV, § 119; L. 21. D. 44, 1.) Par l'insertion d'une exception dans la formule, la condamnation se trouve donc subordonnée à une double condition : la première, que le demandeur prouvera sa demande; la seconde, que le défendeur ne pourra prouver son exception. (L. 9; L. 1. D. 44, 1; LL. 1 et 9, pr. D. 22, 3; L. 4, C. 2, 1.)

Dans les actions dites de *bonne foi*, le juge étant investi du pouvoir d'apprécier l'*intentio*, non d'après les principes du droit strict, mais d'après les règles de l'équité (*ex bona fide*), l'insertion, dans la formule, d'exceptions fondées sur l'iniquité de la demande devient inutile, puisque, d'après la nature même du mandat qui lui est donné, le juge ne doit condamner qu'autant que l'*intentio* lui paraîtra conforme à l'équité. (L. 21. D. 24, 3; L. 84, § 5. D. 30, 1.)

Jusqu'à présent l'exception nous est apparue comme fondée sur la nécessité de modifier les résultats souvent rigoureux du droit civil, en soumettant au juge l'appréciation de circonstances que ce droit ne reconnaît pas, et dont, par conséquent, le juge ne saurait tenir compte sans un mandat spécial. A ce point de vue, l'exception dérivait toujours du droit prétorien ; et, en effet, les allégations du défendeur étant reconnues par le droit civil, le préteur aurait refusé l'action réclamée par le demandeur, si toutefois celui-ci reconnaissait la réalité des allégations invoquées par le défendeur; sinon, il aurait renvoyé la cause devant le juré, lequel, sans qu'il fût besoin d'une exception, aurait trouvé, dans son pouvoir général, la compétence nécessaire pour tenir compte de moyens reconnus par le droit civil.

Il faut constater cependant que certaines exceptions reposaient sur le droit civil (exceptions *rei judicatæ*, *justi dominii*), sur des sénatus-consultes (exceptions : *restitutæ hereditatis*, — *senatus consulti Trebelliani*, — *senatus çonsulti Macedoniani*), sur des constitutions impériales (exception de *division* accordée au fidéjusseur par Adrien; exception de *compensation* introduite par Marc-Aurèle dans les actions de droit strict), et même sur des lois proprement dites (exception de cession de biens établie par la loi Julia; *exceptio legis Cinciæ*). Pourquoi donc ces modifications civiles du droit civil ne pouvaient-elles pas être appréciées par le juge, en vertu de son mandat général, et devaient-elles être invoquées sous forme d'exception ? Il est probable que les auteurs des lois, des sénatus-consultes, des constitutions impériales, craignirent de jeter, par leurs innovations, une trop grande perturbation dans le droit civil, et préférèrent imiter le droit prétorien, laissant subsister *en théorie* le droit du demandeur, et se contentant de fournir au défendeur un moyen de s'en garantir pratiquement, par voie d'exception. Je dis que le droit subsiste *en théorie ;* et cela est si vrai que le défendeur, qui n'invoquerait pas l'exception, serait parfaitement condamné.

Au surplus, malgré ce procédé indirect, l'action sera totalement refusée si le fait constitutif de l'exception est avoué par le demandeur, *in jure*. Cela explique la bizarrerie apparente qui résulte de ce que le même fait donnait lieu tantôt au refus de l'action, tantôt à une exception qui suppose nécessairement l'action préalablement accordée. (§ 7, *Inst.*, IV, VII ; LL. 1, 7, § 4, 6, 7 et 8. D. 14, 6; § 4, *Inst.*, II, XX ; L. 28. D. 46, 1.)

§ II. — RÉPLIQUES, DUPLIQUES, TRIPLIQUES.

3276. La *réplique* est à l'exception ce que l'exception est à l'*intentio*. Le demandeur, pour se garantir des effets de l'exception, peut toujours nier le fait sur lequel elle repose ; et alors il n'est pas besoin de rien ajouter à la formule. Mais, pour le cas où le défendeur établirait son exception, le demandeur peut aussi faire valoir des moyens en dehors de la vérité ou de la fausseté de cette exception : pour cela, il doit demander l'addition d'une *réplique*. En effet, l'exception, qui, au premier aspect, paraît équitable, peut n'être, en définitive, qu'un obstacle inique à la prétention du demandeur. Par exemple, un créancier est convenu avec son débiteur qu'il ne lui demanderait pas le payement ; puis il a fait avec lui une convention contraire, c'est-à-dire qu'il pourrait exiger ce payement? Si le défendeur invoque l'exception fondée sur le premier pacte, le demandeur pourra en détruire l'effet par une réplique fondée sur le pacte postérieur. La formule sera alors ainsi conçue : ACTION : *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium millia dare oportere, judex Numerium Negidium Aulo Agerio millia sestertium condemna;* EXCEPTION : *Si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit ne ea pecunia peteretur ;* RÉPLIQUE : *Si non postea convenit ut eam pecuniam petere liceret.* (Gaïus, IV, § 126.)

La réplique peut à son tour être paralysée par une duplique insérée sur la demande du défendeur; la duplique, à son tour, peut être paralysée par une triplique, et ainsi de suite. (Gaïus, IV, §§ 127, 128.)

En résumé, on voit que l'*intentio*, l'*exceptio*, la *réplique*, la *duplique*, etc., forment une chaîne de propositions subordonnées les unes aux autres : si le demandeur ne prouve pas son *intentio*, le juge doit absoudre, sans s'inquiéter des exceptions. — Si l'*intentio* est prouvée, le juge, avant de condamner, doit examiner l'exception. Si l'exception n'est pas prouvée, il doit condamner sans avoir à s'occuper de la réplique qui devient inutile ; si, au contraire, l'exception est vérifiée, le juge doit absoudre, à moins qu'il n'y ait une duplique, et ainsi de suite ; de telle façon qu'à chaque anneau de la chaîne se reproduit l'alternative de la condamnation ou de l'absolution.

§ III. — PRESCRIPTIONS.

3277. Les prescriptions étaient des clauses ajoutées à la formule, tantôt dans l'intérêt du demandeur, tantôt dans celui du défendeur (Gaïus, IV, § 132); elles étaient ainsi appelées parce qu'elles étaient inscrites en tête de la formule.

I. — Prescriptions dans l'intérêt du demandeur.

3278. Les prescriptions étaient fort utiles au demandeur, quand la réclamation avait pour objet une partie seulement des prestations successives auxquelles il pouvait avoir droit. Ainsi vous me devez 100 sesterces par an ; si j'agissais contre vous par l'action *incerti : Quidquid ob eam rem dare facere oportet*, l'obligation tout entière serait déduite *in judicium*, parce que les conséquences multiples d'une obligation principale ne sont pas regardées comme formant chacune un droit distinct. (LL. 15 et 16. D. 3, 5; L. 35, § 7. D. 39, 6.) Je ne pourrais toutefois obtenir que les termes échus; et cependant, quand, plus tard, je voudrais réclamer les termes postérieurs, mon action se trouverait éteinte *ipso jure*, à cause de la novation qui, comme nous le verrons plus tard, résulte de la *litis contestatio ;* tout au moins le débiteur pourrait me repousser par l'exception *rei in judicium deductæ*. — Pareillement, si vous m'avez vendu une chose *mancipi*, j'ai deux obligations à réclamer de vous : la mancipation et la tradition. Si j'agissais *ex empto* pour obtenir la mancipation, la totalité de mon droit étant déduite *in judiciun*, je serais plus tard non recevable à agir pour obtenir la tradition. — Dans ces cas, et autres semblables, pour éviter les inconvénients d'une demande trop vague, qui compromettrait l'avenir, je dois restreindre ma prétention : tel est l'objet des prescriptions insérées pour le demandeur. Ainsi, dans le premier exemple cité, le préteur, sur ma demande, inscrira, en tête de la formule, la prescription : « *Ea res agatur cujus dies fuit ;* » dans le second : « *Ea res agatur de fundo mancipando.* » (Gaïus, IV, § 141; Cicéron, *De finibus*, II, 2; *De oratore*, I, 37.)

Au surplus, comme, en agissant par action *incerti*, je ne puis encourir la peine attachée à la plus-pétition, le danger d'agir sans prescription ne porterait que sur les termes à échoir, et non sur les termes échus. (Gaïus, IV, § 54.)

Dans l'*intentio*, il faut nommer celui contre qui on agit; dans la *prescription*, celui avec qui on a contracté. Par exemple, j'agis contre vous à raison d'une promesse qui m'a été faite par votre esclave ; votre nom figurera dans l'*intentio*, celui de votre esclave dans la *præscriptio*. (Gaïus, IV, § 134 [1].)

Quelquefois la *præscriptio* se confond avec la *demonstratio* et la remplace. (Gaïus, IV, § 136.)

---

1. Dans ce texte, d'après M. de Savigny, il faut lire *factio* au lieu de *pacto*.

II. — **Prescriptions dans l'intérêt du défendeur.**

3279. Quant aux prescriptions inscrites dans l'intérêt du défendeur, elles étaient tombées en désuétude dès le temps de Gaïus, et s'étaient transformées en exceptions. (Gaïus, IV, § 133.) Ces prescriptions avaient pour objet d'empêcher que la décision à rendre sur la question actuellement en litige ne préjugeât, c'est-à-dire ne décidât implicitement une autre question plus grave, qui ne doit pas être ainsi jugée par avance. (L. 21. D. 44, 2; L. 54. D. 5, 1.) Pour parer à cet inconvénient, le préteur ajoutait à la formule, autrefois en forme de prescription, et au temps de Gaïus en forme d'exception, les clauses : « *Ea res agatur quod præjudicium hereditati non fiat ;* » « *quod præjudicium fundo partive ejus non fiat.* » (Gaïus, IV, § 133; L. 25, § 17. D. 5, 3; LL. 16 et 18. D. 44, 2; L. 37.D. 5, 1.)

Les prescriptions, considérées comme un genre particulier d'exceptions, ont donc un nom (*præjudicium*) et une tournure particulière (*quod* au lieu de *si non*); cependant on les trouve aussi désignées sous le nom d'exceptions et avec la forme de rédaction propre à ces dernières. (L. 25, § 17. D. 5, 3; L. 1, § 1. D, 10, 2; LL. 16 et 18. D. 44, 2.)

CHAPITRE III

MARCHE DE LA PROCÉDURE FORMULAIRE

ARTICLE PREMIER. — PREMIÈRE PARTIE DU PROCÈS : INSTANCE *IN JURE*.

3280. Cette première partie du procès comprend, ou du moins peut comprendre différents actes : la *vocatio in jus*, le *vadimonium*, la *denuntiatio*, l'*editio* et la *postulatio actionis*, la *litis contestatiò*, les *interrogatoires*, les *aveux* et les *serments* faits *in jure;* mais ces actes ne sont pas tous également nécessaires, et plusieurs doivent être considérés comme n'étant que des incidents.

De ces actes, les uns ont pour but d'assurer la comparution des parties ; les autres se réfèrent à la discussion elle-même.

§ Ier. — MOYENS D'ASSURER LA COMPARUTION DU DÉFENDEUR DEVANT LE MAGISTRAT

I. — **Ajournement (in jus vocatio)**

§ 3. « L'exercice de toute action commence par la citation (*in jus vocatio*), laquelle est réglée dans cette partie de l'édit où le préteur traite de la manière

de citer devant le magistrat (*de in jus vocando*) ; ainsi, la première chose à faire est de citer son adversaire *in jus,* c'est-à-dire devant le magistrat qui doit prononcer sur le droit.

Cette partie de l'édit, pour assurer aux ascendants, aux patrons et patronnes et même aux ascendants et descendants des patrons et patronnes l'honneur et le respect qui leur sont dus, leur attribue le privilége de ne pouvoir être cités *in jus* par leurs enfants ou affranchis, que lorsque ceux-ci en auront sollicité et obtenu la permission du préteur : il y a une peine de cinquante solides contre celui qui citerait sans permission son ascendant ou son patron.

3281. L'ajournement n'avait point perdu le caractère qu'il avait eu dans la procédure ancienne (n° 3233) : c'était toujours un acte purement privé. En théorie du moins, le demandeur pouvait encore employer la violence pour traîner son adversaire devant le tribunal du magistrat ; mais il est probable que cet usage des temps de barbarie dût tomber en désuétude, depuis que le préteur eut établi une amende contre celui qui, cité *in jus*, refusait de suivre le demandeur (Gaïus IV, § 46 ; L. 2, § 1. D. 2, 5), et surtout depuis que les magistrats purent interposer leur autorité pour obliger le défendeur à comparaître. Mais, si nous en croyons ce qu'Aulu-Gelle nous rapporte de la résistance du vieux républicain Labéon, il paraît qu'il ne fallait pas confondre la *vocatio per viatores*, laquelle n'appartenait qu'aux magistrats ayant juridiction, avec la *prensio per lictores*, laquelle appartenait aux magtstrats qui, comme les tribuns, avaient seulement le droit d'intercession. (Aulu-Gelle *Noct. attic.*, XIII, 12.)

Il était défendu d'employer la contrainte manuelle contre les matrones (Valèr. Max., II, 1, 5) et les filles impubères *alieni juris* (L. 22, pr. D. 2, 4.). — On ne pouvait pareillement citer les magistrats en exercice ni les prêtres occupés à un sacrifice, etc. (L. 2. D. 2, 4.). — Le descendant, pour citer son ascendant, l'affranchi, pour ajourner son patron, devaient obtenir d'abord la permission du préteur. (L. 4, § 1. D. 2, 4.) En cas de contravention, le préteur accordait au patron une action pénale pour faire condamner l'affranchi à une amende de cinquante *aurei*, selon Ulpien, de dix mille sesterces, d'après Gaïus. (L. 24. D. 2, 4 ; Gaïus, IV, § 46.) Le demandeur n'était point tenu, lors de la *vocatio in jus*, de faire connaître à son adversaire les motifs pour lesquels il le citait devant le magistrat ; mais il le faisait ordinairement, et c'est cette connaissance donnée extra-judiciairement qui constitue ce qu'on appelait *litis denuntiatio*. Nous allons y revenir tout à l'heure.

Cautio judicio sistendi [1]. — Le défendeur pouvait se dispenser de

1. Justinien se sert de cette expression ; Gaïus, au contraire, employait l'expression : *vadimonium*. Il ne faudrait pas en conclure que ces deux expres-

suivre le demandeur, en donnant caution de comparaître au jour convenu entre les parties. Il ne faut pas confondre cette caution, qui n'est qu'un simple *fidejussor*, avec le *vindex* dont nous avons parlé en traitant de la procédure des actions de la loi. Le *vindex* vient de la loi des Douze-Tables, le *fidejussor judicio sistendi causa* est une institution prétorienne (L. 1. D. 2, 6); le *vindex* prenait le procès pour son compte, le fidéjusseur s'engageait seulement à faire représenter le défendeur au jour fixé : et la preuve de cela, c'est que le fidéjusseur est libéré si, avant le jour de la comparution, le défendeur vient à mourir. (Paul. *Sent.* I, XIII (A) § 1; L. 4. D. 2, 8.) Au reste, comme le *vindex*, le *fidéjussor judicio sistendi causa* doit être solvable (*locuples pro qualitate rei*); et cette solvabilité s'estime, non pas seulement par la fortune du fidéjusseur, mais aussi par la facilité qu'on aura à recourir contre lui : *non tam ex facultatibus, sed etiam ex facilitate conveniendi.* (L. 1. D. 2, 6; LL. 2 et 7. D. 2, 8.) Il y a exception à la règle en faveur des *necessariæ personæ*, expression qui comprend les ascendants, le patron, la patronne, leurs enfants, etc.; dans ces cas, et autre semblables, le demandeur doit se contenter d'un fidéjusseur quelconque ; en cas de refus, il s'expose à une action de cinquante *aurei.* (L. 2. D. 2, 6.) Dans les autres cas, le demandeur peut discuter la solvabilité de la caution offerte ; mais s'il refuse un fidéjusseur évidemment solvable, on aura contre lui l'action d'injure. (L. 5, § 1. D. 2, 8.)

Ce genre de caution est un véritable *vadimonium*, quoique, sous ce nom, Gaïus n'ait traité que du *vadimonium* qui avait lieu an présence du magistrat. (Gaïus, IV, § 184 ; — n° 3234.)

II. Actionis ou litis denuntiatio.

3282. Dans l'*in jus vocatio* ancienne, le demandeur n'était point tenu de faire connaître à son adversaire l'objet de sa demande. Le défendeur devait suivre le demandeur devant le magistrat, et c'est là seulement que, pour la première fois, il avait connaissance de la nature de la prétention dirigée contre lui. Cela résulte de l'ensemble des sources et de plusieurs textes positifs :

SAT. : « *Age, ambula in jus leno.* — DORD. : *Quid me in jus vocas?*
SAT. : *Illei apud prætorem dicam; sed ego in jus voco.* »
(Plaute, *Persa*, IV, 9, vers 8 et 9.)

Ce mode d'ajournement était fort défectueux : d'une part, c'était

---

sions représentent des choses différentes. Le mode de garantir les promesses du défendeur est seul différent dans le *vadimonium* et dans le *cautio judicio sistendi.*

un obstacle aux satisfactions et aux transactions que le défendeur mieux instruit aurait pu offrir volontairement à son adversaire ; et, d'autre part, le défendeur, ne connaissant la demande que par l'*actionis editio* faite devant le magistrat, était le plus souvent obligé de réclamer, pour préparer sa défense, un délai que la justice ne permettait pas de lui refuser. C'était multiplier inutilement les comparutions devant le magistrat. Aussi, dès le temps de Térence, l'usage avait déjà modifié le mode d'ajournement : le demandeur faisait connaître à son adversaire la nature et l'objet de l'action qu'il se proposait de diriger contre lui (*litem denuntiare*) : « *Nunc vide, utrum vis, argentum accipere, an causam meditari tuam. Delibero hoc, dum ego redeo leno.* » (Terent. *Adelphi*, II, 1, *in fine.*)

Sur cette indication, le défendeur pouvait offrir satisfaction ou convenir avec son adversaire d'un délai pour comparaître devant le magistrat ; de cette manière, le défendeur ayant pu préparer sa défense, il n'y avait plus d'obstacle à ce que la discussion s'engageât et se terminât dès la première comparution.

Cette amélioration, introduite par l'usage, fut consacrée par un décret de Marc-Aurèle, et devint par la suite la forme générale de l'ajournement.

Au reste, il ne faut pas confondre la *denuntiatio actionis* par laquelle, au moment même de l'*in jus vocatio*, le demandeur déclarait à son adversaire quelle action il se proposait d'intenter contre lui, avec l'*editio actionis*, qui avait toujours lieu devant le préteur. L'*editio* était obligée, la *denuntiatio* était purement facultative ; mais elle devait être d'un usage fréquent à cause de son utilité évidente dans l'intérêt des deux parties.

III. — **Vadimonia.**

3283. I. Après l'édition de l'action, quand le défendeur réclamait un délai ; ou quand, par un autre motif, la cause ne pouvait être terminée le jour même de la comparution, il y avait lieu au *vadimonium* judiciaire, c'est-à-dire que le défendeur devait promettre de se représenter à jour fixe (n° 3234).

L'édit prétorien avait déterminé avec soin les formes et les effets des *vadimonia*.

II. Le *vadimonium* se faisait de plusieurs manières : *purum jurejurando*, *cum satisdatione*, *recuperatoribus suppositis* : — *purum*, quand le défendeur ne faisait qu'une simple promesse sans serment ni caution ; *jurejurando*, quand le défendeur confirmait sa promesse par serment, ce que nous appellerions chez nous caution juratoire;

cum satisdatione, quand il fournissait un fidéjusseur ; enfin *recuperatoribus suppositis*, quand, au moment même où la promesse avait lieu, on nommait des récupérateurs chargés de condamner le défendeur au montant du *vadimonium*, s'il manquait au jour convenu. (Gaïus, IV, § 185.)

Mais la promesse de se présenter aurait été illusoire si elle n'eût été accompagnée, dans tous les cas, d'une clause pénale, par laquelle le débiteur et ses cautions s'engageaient à payer au demandeur une certaine somme dans le cas de non-comparution. Cette somme, qu'on désigne aussi sous le nom de *vadimonium*, quoique cette expression convienne mieux à la promesse elle-même, variait suivant les cas : dans les actions *judicati* et *depensi*, le montant du *vadimonium* était égal à la valeur du litige, *quanti ea res erit ;* dans les autres cas, il était déterminé par le serment du demandeur, sans pouvoir excéder cinquante mille sesterces. (Gaïus, IV, § 186 ; L. 4, § 5 ; L. 12 ; L. 14. D. 2. 11.)

III. Le *vadimonium* ayant pour but la comparution de la partie citée participe de la nature de la *vocatio in jus* : aussi les mêmes personnes qu'on ne pouvait citer sans la permission du préteur ne pouvaient non plus, sans cette permission, être contraintes au *vadimonium*. (Gaïus, IV, § 187.)

IV. Le délai du *vadimonium* était fixé de gré à gré par les parties, sinon par la stipulation du demandeur. Mais sans doute le préteur intervenait quand les parties ne pouvaient s'entendre. (L. 8. D. 2, 11 ; Gaïus, IV, § 184.) — Le *vadimonium* réglait aussi le *lieu* de la comparution, quand le lieu n'était pas déterminé par la force même des choses. Par exemple, quand le magistrat sous l'autorité duquel avait lieu le *vadimonium* était reconnu incompétent pour statuer sur la cause, le défendeur s'obligeait sans doute à comparaître devant le magistrat compétent.

V. Quant aux effets du *vadimonium*, ils variaient suivant les cas. — Si les deux parties comparaissaient au jour fixé, le *vadimonium* était réputé non avenu, le défendeur et ses cautions étaient libérés. — Il en était de même si, le défendeur se présentant (*occurrere ad vadimonium*, *vadimonium sistere*, *obire*), le demandeur faisait défaut. Mais le demandeur défaillant était-il définitivement déchu ou avait-il le droit de recommencer plus tard le procès, comme cela a lieu chez nous après un congé-défaut? C'est un point assez difficile à décider. — Si, au contraire, c'était le défendeur qui faisait défaut (*vadimonium deserere*), le demandeur acquérait, par ce seul fait, deux sortes de droits : 1° il pouvait agir *ex stipulatu*, tant contre le défendeur que contre ses cautions, en payement de la peine stipulée

dans le *vadimonium* ; 2° il pouvait obtenir du prêteur l'envoi en possession des biens du défendeur (*missio in possessionem bonorum*), dont nous allons parler. — Au reste, le défendeur qui n'avait pas comparu pouvait se faire relever des effets de la désertion du *vadimonium*, en faisant valoir quelque cause légitime d'excuse : ces causes d'excuse étaient fort nombreuses. (LL. 12, § 1 ; 14, § 1 ; 2 pr.; 5, § 1 ; 2; 8; 10 pr., et 2. D. 2, 11.)

IV. — **Missio in possessionem bonorum.**

3284. Dans les divers modes d'ajournement que nous avons décrits jusqu'à présent, nous avons toujours supposé que le demandeur parvenait à rencontrer, en public, le défendeur, pour le conduire de gré ou de force devant le magistrat (*in jus*), et y lier l'instance (*litem contestari*). — Mais comment engager le litige, si le défendeur est absent, s'il se cache, s'il se tient obstinément renfermé dans sa maison, ou si enfin, par tout autre moyen, il parvient à se soustraire à l'*in jus vocatio* du demandeur? Que décider aussi, si, après avoir fait le *vadimonium*, il manque à sa promesse et ne se présente pas?

Quel parti prendre enfin, si, amené devant le magistrat, il refuse de concourir aux actes qui sont nécessaires pour que l'instance puisse s'engager contradictoirement?

3285. En règle générale, quand le débiteur se soustrait à la demande de celui qui se prétend son créancier, et que personne ne veut prendre sa défense, il est réputé *indefensus* ; et, comme tel, il est traité comme si déjà il avait été condamné (*pro damnato*). On peut user, à son égard, de toutes les voies de droit qu'on pourrait employer après jugement contradictoire. Toutefois, comme l'ancien droit ne connaissait que l'exécution sur la personne (*manus injectio*), en admettant même, avec Bethmann Hollweg, que la *manus injectio pro judicato* s'appliquât aussi à l'*indefensus*, le créancier, dont le débiteur se cache, n'en aurait pas été beaucoup plus avancé. S'il rencontrait son débiteur, il était bien plus naturel de le traîner devant le magistrat que d'exercer sur lui une voie d'exécution, qui ne pouvait être que provisoire ; car, bien que l'*indefensus* fût assimilé au *damnatus*, cette assimilation n'était pas tellement complète, que le défendeur ne fût admis à contester encore la créance pour laquelle il était poursuivi. — Ainsi l'exécution sur la personne de l'*indefensus* ne pouvait avoir lieu que dans le cas où le défendeur, comparaissant devant le magistrat, refusait de concourir à la formation de l'instance.

3286. Mais, dans tous les autres cas, comment triompher de la mauvaise volonté du débiteur? — Il ne paraît pas que l'ancienne législation eût rien réglé à cet égard. C'était là une lacune importante, sans doute, mais moins cependant qu'il ne nous le paraît à nous autres modernes. En effet, dans les premiers siécles de la République, il n'était pas facile à un citoyen de se soustraire à la rencontre de son adversaire : rester à Rome, c'était se condamner à un emprisonnement volontaire dans sa propre maison, c'était se priver de l'exercice de ses droits politiques, de cette vie publique du forum, dont le citoyen était si jaloux ; fuir cette patrie, si chère à ses enfants, s'exiler à l'étranger, c'était perdre sa qualité de citoyen et voir ses biens adjugés aux créanciers comme *bona vacantia.*

Quand la conquête eut étendu le territoire de la République, et que les citoyens attachèrent moins de prix aux droits politiques, les défendeurs récalcitrants éprouvèrent moins de difficulté à se soustraire à l'*in jus vocatio* ; mais aussi le droit prétorien vint combler la lacune du droit civil, en substituant, à l'action directe sur la personne, une action sur les biens : c'est l'origine des *missiones in possessionem bonorum.* — Nous étudierons complètement ces moyens d'exécution dans la *sixième partie* de ce livre III ; quant à présent, nous devons examiner : 1° dans quels cas il y avait lieu à la *missio;* 2° quels en étaient les effets, tant sur les biens ainsi enlevés au débiteur, que sur le sort de la demande elle-même.

3287. L'envoi en possession est ordonné, toutes les fois que le défendeur peut être réputé *indefensus.* Cela arrive : 1° si le débiteur se soustrait frauduleusement (*fraudationis causa latitat*) à l'*in jus vocatio*, soit en se cachant, soit en s'éloignant, soit en se renfermant dans son domicile (LL. 18 et 19. D. 2, 4 ; L. 7, § 1. D. 42, 4); 2° si, après avoir fait le *vadimonium* avec le demandeur, il manque à sa promesse, et ne comparaît pas, *si vadimonio non stetit* (L. 2, pr. D. 42, 4); 3° si, comparaissant devant le magistrat, il refuse de répondre et de lier l'instance (L. 52. D. 50, 17) ; 4° s'il est absent sans avoir un représentant (L. 13. D, 42, 4) ; 5° s'il se donne en adrogation (Gaïus, III, § 84, IV, § 80) ; 6° s'il meurt, et que personne ne veuille se porter son héritier. (Gaïus, II, § 167 ; III, § 78 ; L. 1, § 1. D. 28, 8.)

Cet envoi en possession n'était point une simple mesure conservatoire, un séquestre, c'était un véritable acte d'exécution qui conduisait, au moins en général, à la vente des biens dont la possession avait été ainsi attribuée au demandeur. Il embrassait la *totalité* des biens de l'*indefensus.* — Quant à la vente en elle-même, elle avait pour le débiteur des conséquences très-graves : non seulement il y perdait sa fortune ; mais il encourait l'infamie, et, avec elle, la perte

des droits civiques. Appliquée à celui qui, par mauvaise foi, se soustrait à l'action de la justice, cette rigueur n'a certes rien d'excessif.

Mais parmi les *indefensi* se trouvent souvent des personnes qui le sont sans leur faute, par exemple, les impubères non pourvus de tuteurs, ceux qui sont absents pour un service public, etc. Dans ces divers cas, néanmoins, l'envoi en possession pouvait et devait être obtenu ; parce que, quelque excusable que puisse paraître le défendeur, cela ne doit pas paralyser le droit du demandeur. On conciliait ces intérêts contradictoires en accordant la possession au demandeur, mais en retardant la vente jusqu'à ce que l'empêchement du défendeur eût cessé. (Paul, *Sent.*, V, 5 (B), §§ 1 et 2; LL. 33, 35, 39, pr. et § 1. D. 42, 5.)

3288. L'envoi en possession ne préjugeait rien définitivement sur la légitimité de la demande à l'occasion de laquelle il était obtenu; et cela était juste, puisque, selon toute apparence, le préteur accordait la *missio* sans exiger du demandeur la preuve que sa demande était fondée. Sans doute, quand cela était évidemment contraire au droit, le préteur refusait la *missio* (L. 50. D. 15, 1), à peu près comme chez nous, les juges, tout en donnant défaut, ne doivent cependant condamner le défaillant qu'après avoir vérifié la demande ; mais on comprend que cette vérification, faite sans contradicteur, devait être presque toujours illusoire.

Du reste l'envoi en possession était réputé nul si, plus tard, l'*indefensus* venait à prouver que la demande était mal fondée. (L. 12. D. 42, 5 ; Gaïus, III, § 220.) Deux causes prévenaient, ou du moins tempéraient l'abus qu'on aurait pu faire de la *missio*, au préjudice de l'*indefensus*. — D'abord la vente des biens entraînait d'assez longs délais; et, jusqu'à ce qu'elle fût consommée, le défendeur pouvait se faire remettre en possession de ses biens, en offrant de se défendre, et en donnant caution pour garantie de son offre. (Gaïus, III, § 78, IV, § 102.) — D'un autre côté, le *bonorum emptor* était considéré comme une sorte d'héritier contre lequel chaque créancier devait prouver la légitimité de sa créance.

3289. Quand la demande est une action *in rem* portant sur un objet déterminé, la nature des choses indique un moyen plus simple, plus direct et aussi moins violent de sortir de l'embarras où le demandeur se trouve placé par la contumace de son adversaire. Ce moyen est d'envoyer le demandeur en possession de la chose litigieuse, ce qui rejette sur l'autre partie l'obligation d'attaquer et de prouver. Cela s'était déjà pratiqué ainsi, dans la procédure des actions de la loi, contre le possesseur qui ne pouvait fournir la caution *pro præde litis et vindiciarium*.

Toutefois, pendant longtemps, on accorda l'envoi en possession de *tous* les biens, aussi bien quand l'*indefensus* était attaqué par action réelle que lorsqu'il l'était par action personnelle.

L'envoi en possession, réduit *à la chose en litige*, ne fut d'abord admis que pour deux cas seulement : celui où le posseseur, ayant nié sa possession, avait été convaincu de mensonge ; et celui où le possesseur ne fournissait pas caution pour garantir la restitution de la chose et des fruits. Mais ce tempérament à l'ancienne rigueur fût, dans la suite, étendu à plusieurs autres cas, et devint peut-être même la règle générale pour toutes les actions *in rem*, ainsi que pour les interdits.

§ II. — PROCÉDURE BILATÉRALE EN PRÉSENCE DU MAGISTRAT. — *LITIS CONTESTATIO.*

3290. Voyons maintenant ce qui se passait devant le magistrat, quand, après les délais du *vadimonium*, les parties venaient enfin engager définitivement le procès. (Cicéron. *Part. orat.* c. XXVIII; *Pro Cæcin.* c. III ; *In Verr.*, IV, LXVI ; *De invent.* II, c. XIX ; Asconius, *In Verr.* c. III.)

Le demandeur *édite* et *demande l'action*, le défendeur *propose ses exceptions*, le préteur *rédige la formule* qui donne aux plaideurs le pouvoir d'agir devant le juge (*in judicio*). Nous allons reprendre successivement, dans les paragraphes suivants, ces trois parties du débat qui avait lieu *in jure*, c'est-à-dire devant le magistrat.

3291. I. **Editio actionis.** — L'*editio actionis*, qu'il ne faut confondre ni avec la *denuntiatio actionis* ni avec la *postulatio actionis*, était l'acte par lequel les parties étant une fois en présence du magistrat, le demandeur indiquait au défendeur l'action qu'il se proposait de demander.

L'*editio actionis* n'était assujettie à aucune forme particulière ; elle pouvait se faire de vive voix ou par écrit, ou même simplement en indiquant sur l'*album* l'action dont on comptait se servir. (L. 1, § 1. D. 2, 13.) Mais le demandeur n'était pas irrévocablement lié par l'*editio* et pouvait encore choisir une autre formule jusqu'à la *litis contestatio*, ou, comme le disent les jurisconsultes, tant que *res non est in judicium deducta ;* car *edita actio futura litis tantum speciem demonstrat.* (L. 3. C. 2, 1.)

L'action une fois *edita*, le défendeur pouvait à son choix engager immédiatement le procès, ou obtenir un délai pour préparer ses moyens. Dans le premier cas, le demandeur se faisait donner l'action dont il désirait se servir, et le défendeur proposait ses moyens ; dans le second cas, il y avait lieu au *vadimonium*. (n° 3283)

3292. II. **Postulatio actionis.** — Le demandeur demande à haute voix, au magistrat, l'action qu'il a préalablement indiquée à son adversaire dans l'édition de l'action (*actionis postulatio*). Il pouvait choisir dans les diverses formules relatées dans l'album, et même demander éventuellement plusieurs actions à la fois : *Quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quæ potius actio teneat; nam duas dictamus, protestati ex altera nos velle consequi quod nobis contingit.* (L. 1, § 4. D. 43, 3.) En un mot, il pouvait apporter à sa demande toutes les modifications nécessaires pour éviter de *de causa cadere : ut causa eadat qui non quemadmodum oportet.* Cela était utile toutes les fois qu'une demande, conçue en termes trop généraux aurait exposé le demandeur à perdre son procès par plus-pétition ; mais, à la différence de ce qui avait lieu dans les actions de la loi, l'illégalité des expressions employées par le demandeur ne pouvait plus être une cause de déchéance, puisque tout reposait sur la formule qui était rédigée par le magistrat lui-même.

Le défendeur ne pouvait s'opposer à la concession de l'action par des motifs tirés du fait, parce que la question soumise au magistrat n'était pas de savoir si les obligations du demandeur étaient vraies ou fausses, mais seulement si, en les supposant vraies, elles étaient de nature à entraîner la condamnation que le demandeur réclamait contre le défendeur.

En conséquence, ce dernier se bornait à soutenir qu'en droit l'action demandée n'était pas admissible. Quand l'évidence du droit ne permettait pas de contester l'admissibilité de l'action, ou quand le préteur l'avait déclarée admissible, il ne restait plus au défendeur qu'une seule chose à faire : c'était de demander subsidiairement que l'on insérât, dans la formule, les exceptions que les faits de la cause pouvaient présenter.

Le magistrat, après avoir entendu les deux parties, accordait ou refusait l'action ; il pouvait et devait la refuser quand elle était inadmissible, soit en elle-même, soit par la manière dont elle était présentée : « *Velut si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. Sed et officio prætoris continetur ex hujusmodi stipulationibus actionem denegari.* » (L. 27. D. 45, 1.) — Quand la demande paraissait fondée en droit, le magistrat accordait la formule, et nommait le juré devant lequel le procès serait porté. Cette nomination avait lieu d'après les principes que nous avons déjà fait connaitre. (N^os^ 263, 264.)

Quand tout était terminé devant le magistrat, on disait du procès : *Judicium est constitutum, acceptum, susceptum ; res in judicium est deducta ; lis inchoata, cœpta ; lis contestata est*, et autres expressions

semblables. C'est ici le lieu de nous occuper de la nature et des effets de la *litis contestatio*.

3293. III. **Litis contestatio.** — Dans la procédure formulaire, cette expression est détournée de sa signification primitive. (N° 3237). Comme, probablement, le magistrat rédigeait par écrit la formule d'action et en remettait aux plaideurs une copie authentique, il devenait inutile de faire constater par témoins le débat qui avait eu lieu devant lui, puisque les éléments et la clôture de ce débat se trouvaient constatés par la formule elle-même. Les expressions *litis contestatio*, *litem contestari*, ne désignent donc plus une invocation solennelle de témoins, mais seulement l'époque précisément correspondante à celle où, dans la procédure des actions de la loi, cette invocation avait lieu. Il serait possible, cependant, que l'usage d'appeler des témoins eût passé, quoique sans utilité, dans la procédure formulaire, à peu près comme, dans le testament civil, la mancipation demeura longtemps usitée, *dicis gratiæ et propter veteris juris imitationem*. (Gaïus, II, §§ 104 et 105.) Quoi qu'il en soit, la *litis contestatio* désigne certainement dans tous les cas, la clôture de la partie du procès qui se passe devant le magistrat; elle avait donc nécessairement lieu *in jure*.

Voyons maintenant quels étaient les effets légaux de la *litis contestatio* : ces effets sont nombreux ; mais la plupart peuvent se rattacher à l'espèce de novation qui s'opérait lors de la *litis contestatio*. Nous allons les examiner séparément.

3294. 1° *Engagement contradictoire de l'instance.* — La *litis contestatio* engage définitivement le procès, et rend possible le jugement final, nonobstant l'absence de l'une des deux parties. De ce qui a été dit plus haut sur la *vocatio in jus*, il résulte que la procédure romaine ne donnait aucun moyen d'engager le procès contre le défendeur, qui, en se cachant, ou autrement, parvenait à se soustraire à l'*in jus vocatio* : le demandeur pouvait seulement obtenir l'envoi en possession des biens de l'adversaire, ce qui était un moyen indirect de forcer celui-ci à comparaître. Mais, quand une fois la *litis contestatio* avait eu lieu, on pouvait juger le défendeur, lors même qu'il ne se serait pas présenté devant le juge.

3295. 2° *Novation judiciaire et nécessaire.* — L'effet le plus remarquable de la *litis contestatio* est certainement l'espèce de novation qu'elle opère dans le droit des plaideurs. (L. 3, § 11, D. 15, 1.)

Cet acte du procès produit une obligation *quasi ex contractu*, par laquelle les deux parties sont obligées de subir le *judicium*, et de se soumettre à la sentence que le juge prononcera plus tard. —

Ce rapport légal nouveau remplace et détruit le rapport légal qui existait précédemment entre les parties ; en ce sens, que le demandeur ne pourra plus à l'avenir se fonder sur cet ancien rapport, pour agir une seconde fois contre le défendeur. Toutefois, cette extinction n'est pas toujours directe et immédiate.

Quand l'action est *personnelle*, conçue *in jus*, et qu'il s'agit d'un *legitimum judicium* (voy. plus loin : chap. IV), le droit primitif du demandeur est pleinement et directement éteint (*ipso jure tollitur*) : si donc, plus tard, il voulait agir encore contre son débiteur, l'action lui serait refusée, en supposant avoué le fait de la *litis contestatio;* et, dans tous les cas, cette action nouvelle demeurerait stérile, puisque, sans avoir besoin d'obtenir aucune exception, le défendeur pourrait repousser la demande, en prouvant que la créance réclamée a été précédemment éteinte. (Gaïus, IV, § 107.)

Quand la demande ne réunit pas les trois caractères qui viennent d'être signalés, l'extinction du droit du demandeur n'est plus immédiate et directe : le défendeur attaqué de nouveau ne pourra s'opposer à la concession réitérée de l'action, il pourra seulement demander qu'on insère dans la formule l'exception *rei in judicium deductæ* ; et, par là, il arrivera indirectement à éviter la condamnation. (Gaïus, IV, § 106.)

Mais pourquoi cette différence? Elle se justifie aisément. — 1° Dans l'action réelle, la novation directe est impossible ; car le droit réel n'est point, comme l'obligation, susceptible d'être nové. — 2° Dans l'action conçue *in factum*, la prétention du demandeur, se fondant sur un fait, on ne concevrait pas qu'un acte de procédure pût rendre ce fait faux, de vrai qu'il était auparavant. — Enfin, quand le *judicium* n'est pas *legitimum*, mais seulement *imperio continens*, un moyen tiré de l'*imperium* du magistrat ne peut détruire directement une prétention fondée sur le droit civil.

C'est ici le lieu de faire remarquer que la sentence du juge produira plus tard des effets analogues et parallèles à ceux de la *litis contestatio*. En effet, la sentence produit aussi une sorte de novation : et, dans les mêmes cas où de la *litis contestatio* résulte l'extinction directe (*ipso jure*) ou indirecte (*per exceptionem rei in judicium deductæ*) de l'obligation, la sentence conduit pareillement à cette extinction, soit directement (*ipso jure*), soit indirectement (*per exceptionem rei judicatæ*). Ces deux novations successives sont exprimées par les jurisconsultes dans cette phrase technique : *Ante litem contestatam debitorem dare oportere. Post litem contestatam condemnari oportere. Post condemnationem iudicatem facere oportere.* (Gaïus, III § 180.)

3296. Mais la novation nécessaire, produite par la *litis contestatio*, diffère essentiellement de la novation volontaire qui résulterait d'une stipulation intervenue entre les parties :

La novation conventionnelle anéantit l'obligation avec tous ses accessoires. — Il n'en est pas de même de la *litis contestatio* : la nouvelle obligation comprend, non-seulement le principal, mais aussi les accessoires de l'obligation antérieure, tels que gages, priviléges et intérêts [1] ; et cela doit être ; car il serait absurde qu'un créancier rendît sa position pire en exerçant son droit : « *Non solet deterior conditio fieri eorum qui litem contestati sunt, quam si non : sed plerumque melior. Nemo enim in persequendo deteriorem causam, sed meliorem facit.* » (LL. 86 et 87. D. 50, 17.) — Cependant il ne faudrait pas pousser cela trop loin : en effet, il est certain qu'en attaquant l'un des coobligés on perd son action contre les autres; et notamment, en attaquant le débiteur principal, le créancier perd son recours contre la caution, et réciproquement.

Voici encore une autre différence entre la novation volontaire et la novation nécessaire : cette dernière laisse subsister une obligation naturelle qui rend le débiteur non recevable à intenter la *condictio indebiti*. (LL. 60 et 28. D. 12, 6.)

3297. M. Demangeat a vivement combattu cette théorie de la novation produite par la *litis contestatio* : « Voir une novation dans l'extinction qu'entraîne forcément la *litis contestatio*, c'est se permettre de réformer la langue des jurisconsultes romains, c'est donner arbitrairement et sans aucune espèce d'utilité au mot *novatio* un sens que certes ils n'ont jamais songé à lui donner, eux pour qui l'*animus novandi* est la condition essentielle et indispensable de toute novation. » (T. II, p. 511, 512.) M. Demangeat reconnaît, il est vrai, que la *litis contestatio* éteint l'obligation qui est déduite *in judicium;* il reconnaît aussi que si le créancier veut utiliser cet effet

---

1. M. Demangeat (T. II, p. 512) déduit de cette différence l'explication d'un fragment de Paul inséré au Digeste et ainsi conçu : *Lite contestata usuræ currunt* (L. 35. D. 22, 1) : « Ce texte ne signifie point que la *litis contestatio* fait courir les intérêts : pour les faire courir, il suffit souvent de la mise en demeure, et d'autres fois ni la *litis contestatio* ni aucun acte du créancier ne pourrait les faire courir. Que signifie donc notre petit texte? Il signifie que, si une obligation productive d'intérêts est déduite *in judicium*, les intérêts n'en continueront pas moins à courir, tandis qu'au contraire le cours des intérêts s'arrêterait immédiatement si l'obligation qui les produit était novée. En effet, il est certain que la L. 35 *De usuris* a été extraite du même passage de Paul que la L. 18 *De novat.*, car l'un et l'autre texte porte cette *inscriptio :* Paulus, Lib. 57 *ad edictum*. Or, dans la L. 18 *De novat.*, il est dit : *Novatione legitime facta, liberantur hypothecæ et pignus, usuræ non currunt.* Évidemment, le jurisconsulte Paul, dans son commentaire sur le liv. 57 de l'édit prétorien, présentait le contraste des effets de la novation et des effets de la *litis contestatio.* »

extinctif de la *litis contestatio*, pour faire une novation par chang e ment de créancier, il le peut parfaitement. Puis il s'élève contre l'expression de *novation nécessaire !*

Nous répondrons tout d'abord que cette expression de novation nécessaire est depuis longtemps consacrée par MM. de Savigny, *System*, t. VI, § 258; de Keller, *Der römische Civilprozess und die Actionen in summarischer Darstellung*, § 60 (traduc. de M. Capmas); de Vangerow, *Lerhbuch*, t. I, § 160, Machelard, *Des obligations naturelles*, p. 845 et suiv.), et que ces autorités méritaient peut-être une discussion plus complète.

Nous répondrons encore qu'il nous est bien difficile de comprendre cette espèce, dans laquelle on profiterait de l'effet extinctif de la *litis contestatio* pour faire une novation par changement de créancier.

Nous répondrons enfin que, dans la *litis contestatio*, il y a substitution d'une obligation nouvelle à une obligation antérieure qui disparaît, et que c'est là le caractère particulier de la novation. Nous ne prétendons pas évidemment, ce qui serait certes contre tout bon sens, que la novation résultant de la *litis contestatio* est identiquement la même que celle qui résulte d'une *stipulatio* ou d'un *nomen transcriptitium;* et c'est pourquoi on a justement donné à cette modification du droit des parties le nom de novation judiciaire, pour la distinguer précisément de la novation proprement dite ou volontaire. Si les jurisconsultes romains n'avaient pas opposé la novation nécessaire à la novation proprement dite, Paul ne dirait pas dans la loi 29 (D. *De novat.*) : « *Aliam causam esse novationis voluntariæ, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt.* »

3298. Je ne puis résister au désir de citer *in extenso* le passage de M. de Keller auquel j'ai fait allusion plus haut. Le voici :

« Le droit, fondement primitif de l'action, est éteint par la *litis contestatio* (*tollitur*, *dissolvitur litis contestatione*).

« Mais en s'éteignant ce droit donne naissance à un droit nouveau, à une obligation nouvelle, en un mot, à un *condemnari oportere* réglé par le *formula* (*incipit autem teneri reus litis contestatione, et... condemnari oportere*).

« Double effet, qui par lui-même, par la réunion de ses deux éléments, entraînait pleinement l'idée d'une véritable novation, toutes les fois que le fondement de l'*actio* était une *civilis obligatio* et que, d'autre part, le *judicium* réunissait les conditions nécessaires pour constituer un *judicium legitimum*, c'est-à-dire un *judicium* ayant une forme légale, la forme voulue par le droit civil. Et de là l'expression proverbiale : *ante litem contestatam dare reum oportere, post litem contestatam condemnari oportere.*

« Mais d'ailleurs cette novation, — au sujet de laquelle, il faut bien le dire, la plupart des auteurs, trop exclusivement préoccupés des différences de forme et de sens grammatical qui peuvent exister entre les termes qui servent à l'exprimer, ont trop souvent perdu de vue les changements réels auxquels est exposé en lui-même, tant subjectivement qu'objectivement, le *dare oportere* dans son passage au *condemnari oportere*, — cette novation, disons-nous, ne tombe-t-elle pas sous les yeux, lorsque d'un contrat ou de tout autre fait de la vie sociale pouvant avoir cet effet (stipulation, contrat littéral, payement de l'indû, etc.) vient à naître une obligation simple et précise, telle que *H. S. X. M. dare oportere*, et que plus tard cette même obligation se trouve enfermée (*deducta*) dans une formule semblable, je le suppose, à l'*actio de certa credita pecunia?* Et combien d'autres éléments de novation peuvent encore se présenter dans les *formules*, si l'on songe qu'on peut y trouver : de nouvelles conditions mises à l'obligation primitive (*exceptiones* et autres semblables), la substitution, au moyen de la *condemnatio quanti ea res est*, ou autre analogue, d'une dette pécuniaire à une dette qui ne l'était pas, des changements dans les personnes ou sujets (un cessionnaire à la place du créancier primitif, le père en place du fils obligé), des restrictions relativement au montant de la dette (par ex. *duntaxat de peculio*, *de in rem verso*, *quantum facere possit*), et autres encore.

« Sans doute la novation, ici, diffère de la novation ordinaire, en ce qu'elle repose plutôt sur une nécessité de droit que sur la pure volonté des parties ; et cette différence entre la NOVATIO VOLUNTARIA et la NOVATIO NECESSARIA [1] établirait entre elles une distinction dont l'importance se faisait surtout sentir par certaines règles spéciales qui, dans le cas de la *novatio necessaria*, admettaient, d'une part le maintien et le transport à la nouvelle dette des accessoires de la dette primitive, — tels que priviléges, gages, cours des intérêts, — et, d'autre part, la permanence d'une *obligatio naturalis* avec ses suites ordinaires. »

3299. M. Accarias, sans accepter absolument cette théorie, reconnaît la tendance qu'avaient les jurisconsultes romains à rapprocher la novation de la *litis contestatio*, et même à la confondre ; il

---

1. « Sur l'exactitude de cette expression et les doutes qu'elle peut soulever : Kel. L.c. § 9 et L. 22. D. *de admin. tut.* (26, 7.) L. 2, § 8. D. *de her vend.* (18, 14, L. 26, § 2. D. *de jurej.* (12. 2) ; comp. aussi L. 66. D. *de fidej.* (46. 1.) — Mais c'est tomber d'autre part, dans une véritable pétition de principe, que de faire entrer d'abord, dans la notion de la *novatio*, tous les signes distinctifs de la *novatio voluntaria*, et d'en tirer ensuite des conséquences contre la *novatio necessaria*. Bek. *Cons.* p. 302.

constate que Scévola les fait rentrer dans un même genre (L. 60, D. 46, 1); que Paul oppose la *novatio voluntaria* au *judicium acceptum*, ce qui paraît signifier que la *litis contestatio* contient une *novatio necessaria;* enfin que Papinien s'exprime d'une façon encore plus significative quand il écrit (*Fr. Vat.* § 263) : « *Inchoatis litibus actiones novavit*, « ce qui revient à dire de la façon la plus nette que la *litis contestatio* est une forme de novation.

3300. 3° *Détermination des éléments du litige.* — Un autre effet de la *litis contestatio* est de déterminer l'étendue du litige, ainsi que le personnel des plaideurs et du juge.

Elle détermine l'étendue du litige. En effet, le droit du demandeur, auparavant douteux et indéterminé, est limité et précisé par la formule qui devient ainsi la source d'un droit positif pour les deux parties. Aussi le juge ne pourra-t-il faire porter sa sentence que sur les questions comprises dans la formule : *Ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest.* (L. 18, D. 10, 3.) Ainsi, par exemple, celui qui a agi mal à propos *de peculio*, quand il pouvait obtenir tout ce qui lui était dû en agissant *quod jussu*, ne peut plus revenir à la première action, sauf le cas de restitution pour cause de dol. (L. 4, § 5. D. 14, 5.)

Elle détermine la personne des plaideurs, comme on peut le voir dans les exemples suivants. — Quand il y a plusieurs débiteurs, le demandeur peut, à son choix, attaquer l'un d'entre eux ; mais, son choix une fois consommé par la *litis contestatio*, il ne peut plus varier : son action contre les autres est éteinte. (L. 2. D. 45, 2.) — Dans l'action noxale, celui qui, comme propriétaire de la noxe, a fait *litis contestatio* avec le demandeur, devient personnellement obligé à soutenir le procès, lors même qu'il perdrait la propriété de l'esclave ou de l'animal qui a causé le dégât. (L. 1, § 13. D. 9, 1.) Pareillement, les actions populaires deviennent la propriété de celui qui les a intentées. (L. 32, pr. D. 35, 2.)

Enfin la *litis contestatio* détermine le juré qui doit connaître ; et, comme nous l'avons vu précédemment, c'était seulement en cas de nécessité absolue que les parties pouvaient obtenir le remplacement du juré désigné dans la formule.

Cependant il devient quelquefois nécessaire de transférer l'action à d'autres plaideurs ou à un autre juge, par exemple, en cas de mort, et dans quelques autres circonstances encore. (LL. 17, 18 pr. ; 46, 57, 76. D. 3, 1 ; LL. 17 ; 27 ; 42, § 7 ; 46, D. 3, 3 ; L. 8, § 1. D. 27, 7 ; L. 29. D. 38, 1.)

3301. Ce changement, qu'il porte sur l'une ou l'autre des parties, s'appelle dans tous les cas *translatio judicii;* il est l'œuvre du ma-

gistrat lui-même et suppose une *causæ cognitio* (*Frag. Vat.* § 341; LL. 17 à 27. D. 3,3.)

La translation de l'instance s'opérait différemment, suivant qu'il s'agissait d'un changement dans les parties ou d'un changement de juge.

S'agissait-il de substituer : le procureur au maître, le maître au procureur, ou enfin un procureur à un autre procureur? La translation s'opérait par un simple changement de nom dans la *condemnatio* de la formule; car l'*intentio* étant rédigée au nom du représenté, même quand le procès avait été commencé par un représentant, la substitution du représentant à un autre ne pouvait avoir d'influence sur l'*intentio*. (Gaïus, IV, § 86; LL. 17. pr. et 46. D. 3, 3.) Dans le même sens, on comprend que la *translatio* s'opérait par la même méthode s'il s'agissait de changer l'*actor* d'une *universitas*. (L. 6, § 3. D. 3, 4), ou de remplacer le tuteur sorti de charge par son pupille devenu pubère.

S'agissait-il de substituer les héritiers aux plaideurs décédés pendant le litige? La *translatio* s'opérait encore au moyen de simples changements de noms dans la *condemnatio.;* et le nom du défunt continuait à figurer dans l'*intentio*. Pour s'expliquer ce résultat, il faut se rappeler que, pour apprécier l'*intentio*, le juge doit se reporter au temps de la *litis contestatio*, c'est-à-dire à une époque où celui qui est aujourd'hui représenté par des héritiers était encore vivant. (L. 8. § 1. D. 27, 7; Gaïus, IV, 34; L. 93. D, 46, 3.)

Enfin on procédait encore de même : pour transférer contre le père, *de peculio*, l'action intentée contre le fils décédé pendant le litige (L. 57. D. 5, 1); pour transférer contre l'affranchi ou le *statu-liber* l'action *noxale* d'abord engagée contre le maître (L. 15. D. 9, 4); ou pour transférer l'*actio injuriarum* du père au fils injurié. (L. 17, § 14. D. 47, 10.)

3302. Quant à la *mutatio judicis*, elle n'était guère admise que par nécessité, par exemple si le juge veut invoquer une excuse, s'il meurt ou devient incapable, ou s'il jure *sibi non liquere*. (L. 76. D. 5, 1; L. 6. D. 27, 7.) Dans tous les cas, cette *translatio* ne nécessitait aucune modification dans les parties constituantes de la formule. (LL. 17 et 18, pr.; L. 46; L. 76. D. 5, 1.) On remplaçait seulement le nom du juge primitivement institué.

3303. Il faut bien remarquer que ces diverses *translationes* ne changent rien, en principe, au caractère primitif et aux effets du *judicium*. Par exemple : 1° un maître est poursuivi à raison d'un vol commis par son esclave; or, s'il était condamné, il n'encourrait pas l'infamie, puisqu'il ne s'agit pas de son propre fait. *Pendente*

judicio, ce maître meurt instituant précisément pour héritier l'esclave délinquant. Il y aura *translatio judicii* sur la tête de ce dernier; mais cet esclave n'encourra pas, s'il est condamné, l'infamie, que n'aurait pas encourue le *de cujus*.

2° Le tuteur, s'il ne produit pas les pièces justificatives de son compte, peut être condamné à la somme fixée par le demandeur; or cette sanction ne s'applique pas à ses héritiers. Cependant, si la poursuite a commencé contre le tuteur, et qu'il vienne à mourir, les héritiers subiront le sort qu'il eût subi lui-même. (L. 8. D. 27, 7.)

De ceci résulte qu'une fois le droit porté en justice, le demandeur n'est plus réellement libre de le céder, parce que le cessionnaire ne pourrait obtenir condamnation, en son propre nom, que si le magistrat consentait à une *translatio judicis*.

3304. 4° *Perpétuation des actions*. — Malgré la novation qu'elle renferme, et peut-être à cause de cette novation même, la *litis contestatio* rend perpétuelles les actions qui n'étaient auparavant que temporaires. Ainsi les actions prétoriennes, qui, en général, s'éteignent si elles ne sont pas intentées dans l'année, deviennent perpétuelles dès qu'il y a une fois *litis contestatio*. (L. 8. D. 27, 7; L. 29, D. 46, 2; L. 24. D. 40, 12.)

L'action d'injures, qui s'éteint quand le demandeur est décéde sans l'avoir exercée, devient transmissible à ses héritiers, quand elle a été déduite *in judicium*. (L. 13. D. 47, 10.). — Enfin les actions pénales, qui, si elles n'ont pas été intentées du vivant du délinquant, ne sont point accordées contre ses héritiers, ou du moins ne le sont que jusqu'à concurrence des valeurs dont le délit les aurait enrichis, passent, avec tous leurs effets, contre ces mêmes héritiers, quand une fois il y a eu *litis contestatio* avec leur auteur.

3305. 5° *Détermination de l'époque à considérer pour apprécier la demande*. — L'époque de la *litis contestatio* est importante à bien connaître, parce que c'est à elle que le juge devra se reporter pour diverses appréciations. Cette matière est fort difficile; il y a diverses distinctions importantes à faire : pour certaines choses, et dans certains cas, le juge doit se reporter au moment de la *litis contestatio*; dans certains autres cas, au contraire, il doit prendre en considération le moment où il prononce la sentence.

3306. I. Quand il s'agit d'examiner si l'action est fondée, le juge doit se reporter à l'époque de la *litis contestatio*; et cela est vrai, non seulement pour les actions de droit strict, mais aussi pour les actions *in rem*; car les questions posées : « *si paret dare oportere, si paret ejus esse*, » se réfèrent évidemment à l'époque où l'action a été délivrée. (LL. 18 et 20. D. 6, 1; L. 8, §§ 4 et 5. D. 8, 5.) —

Peut-être, dans les actions de bonne foi, le juge, étant autorisé à juger *ex æquo et bono*, pouvait-il prendre en considération les circonstances postérieures. (L. 27, § 1 et 2. D, 6, 1.)

3307. II. Mais on doit, du moins ordinairement, s'attacher à l'époque de la sentence pour la fixation des restitutions, et en général pour tout ce qui concerne plus particulièrement la *condemnatio*. Dans l'action en revendication, le défendeur ne peut être condamné qu'autant qu'il possède encore au moment de la sentence, à moins que ce ne soit par dol qu'il ait cessé de posséder. (L. 27, § 1; L. 42, D. 6, 1.) On suit la même règle dans l'action *ad exhibendum*, (laquelle, quoique personnelle, doit être dirigée contre le possesseur), dans l'action de *dépôt*, et suivant Ulpien, dans l'action *de peculio*, quant à la question de savoir quelle est la consistance du pécule. (L. 7, § 4 et 7; L. 8. D. 40, 4; L. 1, § 21. D. 16, 3; L. 30. D. 15, 1.) — Enfin, c'est encore au temps de la sentence qu'il faut se reporter pour les estimations nécessaires au bénéfice de compétence. (L. 63. D. 17, 2.)

3308. III. Que décider si, depuis la *litis contestatio*, le défendeur, prévenant la sentence, s'exécute volontairement et donne satisfaction au défendeur? — Doit-il être absous? Doit-il être condamné? D'abord, quant aux actions *arbitraires*, il est positif que le défendeur doit être absous, puisqu'il devrait l'être lors même qu'il ne restituerait que pour obéir au *jussus* du juge. (§ 31, *Inst.*, IV, VI.) Il en doit être ainsi, à plus forte raison, dans les actions de *bonne foi*, à cause du *liberum officium* donné au juge, qui ne doit juger que *ex æquo et bono* : or, qu'y aurait-il de plus contraire au *bonum et æquum* que de condamner celui qui a déjà satisfait? (Gaïus, IV, § 114.) Mais, relativement aux actions de droit *strict*, les deux écoles étaient divisées : les Sabiniens voulaient que le défendeur fût absous : « *Et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia judicia esse absolutoria;* » les Proculéiens décidaient, au contraire, qu'il devait être condamné : « *Quia judicii accipiendi tempore in ea causa fuit ut damnari debeat.* » (Gaïus, IV, § 114.)

L'opinion des Sabiniens a été préférée par Justinien. (*Inst.*, IV, XII, § 2.) Au reste, nous présumons que l'une et l'autre école devait admettre des tempéraments à son opinion. Ainsi, d'une part, les Sabiniens faisaient sans doute exception à leur principe quand les plaideurs avaient engagé le procès *per sponsionem* : il ne devait pas, en effet, dépendre de l'une des parties de se soustraire aux conséquences de cette gageure; et, d'un autre côté, il est probable que les Proculéiens avaient trouvé quelque moyen d'échapper à l'iniquité d'une condamnation prononcée contre celui qui déjà volontairement aurait satisfait à la demande.

3309. IV. Enfin, qu'arriverait-il si le corps certain, faisant l'objet du procès, venait à périr après la *litis contestatio*? On peut dire pour le défendeur que, puisqu'il eût pu se libérer par la restitution de la chose, il doit être pareillement libéré par la perte fortuite de la chose litigieuse. Mais on peut répondre, pour l'opinion la plus rigoureuse, que depuis la *litis contestatio* le demandeur est de mauvaise foi et en demeure. (LL. 35 et 75. D. 50, 16.) Adrien avait admis cette dernière opinion pour la pétition d'hérédité. Dans la loi 40, D. *De petit. hæreditatis*, Paul cherche à tempérer la rigueur de cette décision.

3310. V. Chez nous, la demande en justice interrompt la prescription du possesseur; il n'en était pas de même à Rome. L'usucapion continuait à courir et pouvait s'accomplir pendant le litige, c'est-à-dire après la *litis contestatio*. Mais le défendeur, qui avait usucapé, contractait l'obligation de faire avoir la chose au demandeur, et non seulement la chose elle-même, mais encore tous les accessoires (*causa rei*); par exemple, le part de l'esclave, les hérédités et les legs que l'esclave revendiqué aurait acquis dans l'intervalle. De plus, le défendeur pourrait être contraint de donner caution *de dolo*, pour le cas où il aliènerait ou hypothèquerait la chose en litige, etc. On appliquait la même règle aux servitudes. (LL. 18 et 20. D. 3, 32; L. 8, § 4. D. 8, 5.)

Il n'en saurait être de la *possessio longi temporis* comme de l'usucapion : en effet, la possession *longi temporis* n'étant point une manière d'acquérir la propriété, mais une simple exception accordée au possesseur, il est évident que le temps écoulé depuis la *litis contestatio* ne pouvait, en aucune manière, compromettre le droit du demandeur. (L. 10, C. 7. 33.)

3311. 6° *Inaliénabilité de la chose litigieuse.* — La *litis contestatio* produisait encore des effets remarquables relativement à la chose litigieuse. La loi des Douze-Tables défendait, sous peine d'une amende du double, de consacrer aux dieux la chose en litige. (L. 3. D. 44, 6.) Cette disposition fut généralisée par l'interprétation, mais surtout par un édit d'Auguste : toute aliénation de la chose litigieuse fut défendue, sous peine d'une amende égale à la valeur de la chose, tant contre le vendeur que contre l'acquéreur, si celui-ci avait connaissance du litige. De plus, l'aliénation était paralysée par l'exception *rei litigiosæ*. (LL. 1 et 22. D. 49, 14; Gaïus, IV, § 117.)

Dans l'action en partage, une fois le *judicium acceptum*, aucun des copartageants ne peut aliéner sa part. (L. 13. D. 10, 2; §§ 1 et 2, C. 3, 37.)

3312. 7° *Possibilité d'une sentence nonobstant le défaut de l'une des parties.* — Nous avons vu que, dans la procédure devant le magistrat, la présence simultanée des deux parties était constamment nécessaire. A partir de la *litis contestatio*, au contraire, le défaut de l'une des parties ne constitue pas un obstacle définitif à la marche de la procédure. Celle-ci se trouve seulement momentanément suspendue, jusqu'à ce que la partie présente ait accompli devant le magistrat, qui a délivré la formule, diverses formalités prévues pour cette situation spéciale. Voici en quoi elles consistent : le magistrat publie, à dix jours au moins d'intervalle, trois édits successifs, portant que, si l'absent ne se présente pas dans un certain délai, l'affaire sera néanmoins jugée. Le dernier de ces édits constitue une véritable mise en demeure, et c'est pourquoi on le qualifie de *peremptorium*. Si l'absent continue à se dérober, une citation notifiée suffit pour que le procès reprenne sa marche. Il va sans dire, d'ailleurs, que l'affaire peut néanmoins être tranchée, s'il y a lieu, en faveur de l'absent. (LL. 68 à 71, 73, pr. D. 5, 1 ; L. 53, §§ 1 à 3. D. 42, 1 ; L. 1, C. 7, 43.)

§ III. — DES DIVERS INCIDENTS QUI MODIFIENT OU REMPLACENT LA *LITIS CONTESTATIO*.

3313. Il nous reste maintenant à examiner divers incidents qui peuvent se présenter devant le magistrat, et qui modifient ou remplacent la *litis contestatio*, en ce sens que, comme elle, ils font naître entre les parties une obligation *quasi ex contractu*, qui est substituée au rapport légal qui existait entre elles auparavant. Ces incidents sont : l'*interrogatio in jure*, la *confessio in jure* et le *jusjurandum in jure*.

I. — Interrogatio in jure.

3314. Les interrogations *in jure* ne ressemblaient ni aux interpellations solennelles des actions de la loi, ni à notre interrogatoire sur faits et articles. Ces interrogations, qui pouvaient être adressées à l'une des parties, soit par l'autre partie, soit par le magistrat lui-même, n'avaient, en effet, d'autre but que d'arriver à obtenir certains renseignements nécessaires à la rédaction de la formule. Voyons dans quels cas ces interrogations étaient permises ; quels en étaient les effets ; et dans quel sens il faut entendre qu'elles finirent par tomber en désuétude. (L. 11, § 9. D. 11, 1.)

L'un des cas où l'*interrogatio* avait lieu le plus fréquemment était celui des actions intentées contre un héritier. J'agis par la

condictio certi contre une personne que je présume être l'héritier de mon débiteur : il faut bien que je m'assure si mon adversaire est réellement héritier, et pour quelle part ; car s'il n'est pas héritier, le procès est inutile ; s'il est héritier, mais seulement pour une certaine quote-part, je suis exposé à perdre mon procès par plus-pétition, en lui demandant au delà de sa part héréditaire dans la dette. (LL. 1 et 2, 3, 9, § 6. D. 11, 1.)

Pareillement, si j'intente une action *noxale*, une action *de peculio*, ou une action *damni infecti*, il faut bien que je m'assure d'abord si celui que j'attaque est maître, père ou propriétaire. (LL. 7, 8, 9, 20, § 2. D. 11, 1.) — Il en faut bien dire autant du cas où j'agis en *revendication* : j'ai intérêt à demander à mon adversaire s'il possède le fonds pour le tout ou seulement pour une partie, car j'ai le droit de me faire envoyer en possession de la partie pour laquelle je n'ai pas de contradicteur. (L. 20, § 1. D. 11, 1.) — L'âge de l'adversaire pouvait être aussi l'objet d'une interrogation. (L. 11, pr. D. 11, 1.)

L'interrogé peut quelquefois obtenir un délai pour répondre; par exemple, celui à qui on demande s'il est héritier peut demander un délai pour délibérer sur son acceptation ou sur sa répudiation. (LL. 5 et 6. D. 11, 1.) Au reste, nul n'est tenu de répondre sur ce qui ne lui est pas personnel. (LL. 9, §§ 3 et 4; L. 19. D. 11, 1.)

En cas de difficulté, c'est à l'équité du magistrat qu'il appartient de décider quelles interrogations doivent être permises. (L. 21. D. 11, 1.)

Quant aux effets de l'interrogation, ils varient suivant que le défendeur affirme ce qui n'est pas, nie ce qui est, ou refuse de répondre.

Dans le premier cas, le défendeur est tenu *quasi ex contractu*, comme il le serait si la réponse était vraie. Par exemple, celui qui, sans être héritier, s'attribue cette qualité dans sa réponse, sera tenu comme s'il était réellement héritier. Il en est de même de celui qui, attaqué par action noxale comme propriétaire d'un esclave, répond faussement qu'il en est propriétaire : « *Fides enim ei contra se habebitur* ». Cette réponse a, en outre, l'effet de libérer le véritable débiteur. (L. 11, §§ 1 et 9; LL. 4, 7, 8, 20, 18. D. 11. 1.)

Dans le second cas, c'est-à-dire si le défendeur nie une qualité qui lui appartient véritablement, il sera tenu *in solidum* en punition de son mensonge. Ainsi celui qui, étant héritier pour moitié, a répondu ne l'être que pour un quart, sera obligé à payer toute la dette.

Pareillement, le maître de l'esclave noxal, qui aura nié en être

le propriétaire, sera tenu *in solidum*, c'est-à-dire sans avoir la faculté d'abandonner en noxe l'auteur du dégât. (LL. 11, §§ 3 et 17. D. 11, 1.)

Enfin, si le défendeur refuse de répondre ou ne fait que des réponses ambiguës, il est tenu *in solidum*, comme dans le cas de négation. (LL. 7 et 11, §§ 4, 5, 6 et 7. D. 11, 1.)

Mais, pour que l'interrogation produise les résultats qui viennent d'être indiqués, plusieurs conditions sont requises. Il faut : 1° que la chose avouée soit possible en fait et en droit, par exemple : que l'on puisse être propriétaire de ce que l'on a avoué être sien,... que l'âge de celui dont on s'est dit le père ou le fils ne contredise pas évidemment l'aveu,... que le prétendu esclave ne soit pas *sui juris*, etc. ; 2° que l'aveu ait lieu *in jure* ; 3° que celui qui interroge ait réellement action contre quelqu'un, à raison du fait avoué ou dénié ; 4° que la fausseté de la réponse soit le fait du dol ou d'une faute lourde ; 5° enfin, que le répondant ne se soit pas rétracté quand les choses étaient encore entières, c'est-à-dire avant la délivrance de la formule. (LL. 1 ; 4, § 1 ; 11 ; 12 ; 13 ; 14 ; 15 ; 16 ; 17. D. 11, 1.)

Les formules d'actions, données par le préteur à la suite de ces interrogations, sont nommées *interrogatoriæ actiones*. — Toute action peut ainsi se convertir en une action interrogatoire. (L. 22. D. 11, 1.)

II. — **Confessio in jure.**

3315. La *confessio* spontanée dont nous devons maintenant nous occuper diffère essentiellement de celle que l'on pouvait provoquer par une *interrogatio i jure*. D'une part, elle porte sur le fond même de la contestation, tandis que l'autre se réfère seulement à certaines circonstances dont la connaissance est nécessaire pour la rédaction de la formule. D'une autre part, les effets de la confession spontanée sont beaucoup plus étendus, puisque le *confessus pro judicato habetur*, ce qui n'a jamais lieu pour celui qui est interrogé.

1° La loi des Douze-Tables mettait celui qui avait *confessé* sur la même ligne que celui qui avait été condamné : *æris confessi debitique triginta dies*... Aussi, Paul nous dit-il : « *Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur* ». (L. 1. D. 42, 2.) En conséquence, quand le débiteur a avoué la dette, le créancier peut employer les mêmes voies d'exécution que s'il y avait jugement prononcé. (Paul, *Sent.* II, 1, § 5.)

Toutefois cela n'est vrai qu'autant que l'aveu porte, comme a

sentence, sur une somme déterminée : *Certum confessus pro judicato erit, incertum non erit.* Si donc l'aveu ne porte que sur une quantité indéterminée, ou sur un corps certain, le magistrat doit presser le défendeur de préciser une somme certaine. (L. 6. pr. et § 1. D. 42, 2.)

Si le défendeur s'y refuse, on nomme un juge, non pour examiner s'il y a eu obligation, mais seulement pour procéder à l'estimation de la chose avouée par le défendeur. L'action qui est ainsi donnée à la suite de l'aveu se nomme *actio confessoria* : « *Notandum*, dit Ulpien, *quod in hac actione quæ adversus confitentem datur*, JUDEX NON REI JUDICANDÆ, SED ÆSTIMANDÆ *datur*, NAM NULLÆ PARTES SUNT JUDICANDI IN CONFITENTES. » (L. 25, § 2. D. 9, 2.)

2° Quand le demandeur confesse la vérité des contradictions opposées par le défendeur, le magistrat refuse purement et simplement l'action demandée.

III. — **Du serment déféré devant le magistrat** (*Jusjurandum in jure*)

3316. Les Romains connaissaient plusieurs espèces de serments : 1° le serment déféré *in jure;* 2° le serment déféré *in judicio* ; 3° le serment extra-judiciaire ; 4° le serment déféré d'office par le juge.

De ces serments, les uns étaient appelés judiciaires, les autres nécessaires, les autres volontaires ; mais les interprètes ne sont pas d'accord sur la distinction des serments volontaires et nécessaires, ce qui, d'ailleurs, n'a pas grande importance. Le serment dont nous avons à nous occuper ici est le serment déféré *in jure;* cependant, pour ne plus revenir sur cette matière, nous dirons aussi quelques mots des autres serments.

Le serment, déféré par l'une des parties à l'autre, est un moyen excellent de terminer promptement le procès. On ne voit pas quelles raisons pourrait alléguer, pour s'y refuser, celui que son adversaire prend ainsi pour juge du différend. Aussi le droit prétorien contenait-il à ce sujet les dispositions suivantes : *Eum a quo jusjurandum petetur solvere aut jurare cogam; si is cum quo agetur conditione delata juraverit... ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo.* (L. L. 3, 7, 34 § 6. D. 12, 1.) Quand l'une des parties défère le serment à l'autre, celle-ci doit payer ou jurer ; telle est du moins la règle ordinaire ; mais il y a des exceptions.

Le premier moyen et le plus général pour échapper à l'alternative où l'on se trouve placé par la délation du serment consiste

à le référer à son adversaire ; car celui qui a déféré le serment ne peut avoir de motifs plausibles pour se soustraire à une nécessité qu'il a le premier imposée. (L. 34, § 7. D. 12, 1.) — On peut être dispensé de jurer, soit par l'adversaire lui-même, soit par le magistrat. — Certaines personnes ne peuvent, à raison de leur qualité, être forcées au sermeut : Tels sont les vestales et les flamines. — Enfin on peut demander à celui qui a déféré le serment, de jurer lui-même qu'il n'a point agi par esprit de chicane, *calumnia*. (L. 34, §§ 4, 7 ; L. 37. D. 12, 1.)

Mais pourrait-on refuser de jurer en offrant de prouver? Je ne le pense pas, malgré l'assertion de Quintilien qui paraît ne se rapporter qu'au serment *in judicio*. (Quint. *Inst. orat.* V, 6.)

Hors ces cas d'exception, celui à qui le serment est déféré dans le cours d'une instance doit ou le prêter ou le référer, sinon il perd son procès : si c'est le défendeur, le préteur le condamne immédiatement à payer; si c'est le demandeur, l'action lui est refusée. (L. 34. §§ 6 et 7. D. 12, 1.)

IV. — **Des autres espèces de serments judiciaires ou extra-judiciaires.**

3317. I. *Serment déféré (in judicio).* — Le serment peut être aussi déféré devant le juge (*in judicio*), comme moyen de prouver les allégations contenues dans la formule.

Comme celui dont nous venons de parler, ce serment est *nécessaire*, en ce sens que celui à qui il est déféré doit jurer, référer ou perdre son procès : ainsi donc, suivant que le refus vient du demandeur ou du défendeur, le juge absout ou condamne celui-ci. (L. 34. D. 12, 1.)

II. *Serment volontaire.* — Quant au serment déféré en dehors de toute instance, celui à qui un tel serment est déféré est libre de le prêter ou de le refuser, sans pouvoir le référer. Mais, si une fois il a consenti à le prêter, cette convention forme une sorte de transaction conditionnelle, à laquelle le droit prétorien fait produire des effets très-analogues à ceux de la *litis contestatio* : « *In locum litis contestatæ succedit.* (L. 28, § 2. D. 5, 1.)

Quand, sur la proposition de l'autre partie, le créancier aura affirmé par serment la vérité de sa créance, le préteur lui accordera une action *in factum*, dans laquelle le juge n'aura plus à examiner s'il y avait réellement obligation, mais seulement s'il y a eu serment : « ... *Per quam non quæritur an ei pecunia debeatur, sed an juraverit* ». (§11. *Inst.*, IV, VI.) — Si, au contraire, le créancier vrai ou prétendu

ayant déféré le serment, l'adversaire a juré qu'il ne devait rien, l'action primitive est éteinte comme elle le serait par la *litis contestatio*. Toutefois cette extinction n'a jamais lieu *ipso jure*, mais seulement *per exceptionem*. Si donc, plus tard, le créancier demande l'action correspondante à sa créance, il devra l'obtenir ; mais le défendeur, en faisant insérer dans la formule l'exception *jurisjurandi*, et en prouvant devant le juge le fait du serment, devra être renvoyé absous. L'exception de serment produit même une extinction plus complète que la *litis contestatio* ; car elle ne laisse pas même subsister d'obligation naturelle [1]. (L. L. 40 et 27. D. 12, 1 ; L. 43. D. 12, 6).

III. *Serment déféré d'office.* — Ce serment peut être déféré par le juge lorsque l'insuffisance des preuves n'a produit que des doutes (L. 3, C. 4, 1 ; L. 31. D. 12, 1), et aussi, — dans le cas où il est certain que le défendeur doit être condamné, — pour déterminer la quotité de la condamnation : c'est ce qu'on appelle *jurare in litem*.

Au reste, le *jusjurandum in litem*, admis seulement dans les actions *réelles*, dans les actions personnelles de *bonne foi*, et dans l'*actio ad exhibendum*, n'enchaîne pas le juge, qui peut encore, soit absoudre complètement le défendeur, soit le condamner à une somme moindre que celle fixée par le serment du demandeur. (L. 4, §§ 2, 3, 4 ; L. 8 ; L. 10. D. 12, 3.)

ARTICLE II. — DEUXIÈME PARTIE DU PROCÈS : *INSTANCE IN JUDICIO*

3318. L'instance devant le juge forme le *judicium* proprement dit : nous devons étudier à ce sujet : 1° la comparution des parties devant le juge ; 2° la procédure devant le *judex* ; 3° les divers genres preuves ; 4° la sentence ; 5° et enfin l'office du juge.

§ Ier. — MOYENS D'ASSURER LA COMPARUTION DES PARTIES.

3319. Quand une fois la formule a été délivrée aux parties, il leur reste à aller devant le juge désigné. Il est probable, au moins dans les premiers temps de la procédure formulaire, que la *compe-rendinatio* était encore en usage, et que les parties s'ajournaient réciproquement à comparaître le troisième jour devant le juge. Il paraît d'ailleurs que les parties ne se donnaient pas de garanties pour assurer cette comparution : *Litigantes accepto judicio non stipulationibus mutuis promisisse, sed denuntiatione tantum reciproca se*

1. Voir M. Accarias, n° 724.

invicem monuisse, ut adessent apud judicem. (Ascon. *in Verr.* I, 9.)

La comparution des parties devant le juge n'étant l'objet d'aucune garantie spéciale, nous devons maintenant rechercher ce qui arrivait quand l'une des parties ne se présentait pas. Il faut distinguer plusieurs hypothèses :

I. Si c'est le demandeur qui fait défaut, le défendeur pourra exiger que l'affaire soit jugée immédiatement : mais la non-comparution du demandeur n'entraîne pas nécessairement l'absolution du défendeur, et celui-ci pourra être absous ou condamné. (L. 28, D. 49, 1 ; L. 27, § 1, D. 40, 12.) Au reste, lors même que le défendeur ne requérait pas jugement, le demandeur, qui ne provoquait pas la décision du juge, s'exposait à un danger très-réel, à savoir, la péremption de l'instance et par suite la déchéance de la formule obtenue.

II. Si c'est le défendeur qui fait défaut, on ne peut procéder immédiatement au jugement de l'affaire ; et le demandeur qui veut obtenir jugement doit recourir à une procédure particulière, destinée à constater la contumace de son adversaire.

A cet effet, le demandeur se présente de nouveau devant le magistrat, qui, sur sa demande, rend des ordonnances (*edicta*) par lesquelles il enjoint au défendeur de comparaître. Ces ordonnances sont renouvelées deux ou trois fois, à des intervalles de dix jours au moins ; la dernière contient la menace : « *Etiam absente diversa parte, cogniturum se et pronuntiaturum* ».

Ce dernier édit est appelé *peremptorium* parce que *perimit disceptationem, et ultra non patitur adversarium tergiversari.* (LL. 68, 69, 70, 71. D. 15, 1.) Quelquefois, à raison des circonstances, le magistrat accorde de prime-abord l'*edictum peremptorium* (L. 72. D. 5, 1), qui est dit alors *unum pro omnibus.* Si, après l'édit péremptoire, le défendeur ne se présente pas, il est *contumace*, et le procès peut être jugé pendant son absence, après toutefois une dernière citation. (L. 73. D. 5, 1.) Quelquefois, sans qu'il y ait besoin du *peremptorium edictum*, la cause peut être jugée malgré l'absence du défendeur, si celui-ci a reçu un avertissement spécial. (L. 2. C. 7, 43.)

Le défendeur contumace doit-il nécessairement être condamné? On pourrait le croire d'après Hermogénien : *Contumacia eorum qui jus dicenti non obtemperant litis damno exercetur ;* mais ce passage doit être combiné avec ce que dit Ulpien : *Absens, si bonam causam habet, vincet.* (L. 53. D. 42, 1 ; L. 73 pr. D. 5, 1.)

Le défendeur, qui s'est laissé condamner par défaut, ne peut ni appeler ni *revocare in duplum :* il n'a d'autre recours que la *restitutio in integrum* qu'il ne peut obtenir qu'en justifiant de justes causes d'absence. (L. 73, § 3. D. 5, 1 ; L. 1. C. 7, 65 ; Paul *Sent.* V. 5 (A) § 7.)

La sentence rendue par défaut est radicalement nulle, si la procédure de contumace n'est pas régulière ; et, dans tous les cas, si le défendeur était déjà mort au moment où il a été condamné. (L. L. 54, et 59, § 3. D. 42, 1.)

Si, après le *peremptorium edictum*, le demandeur ne se présente pas, il n'encourt aucune déchéance ; il est seulement obligé d'en obtenir un autre. (L. 73 § 2. D. 5, 1.)

§ II. — PROCÉDURE DEVANT LE JUDEX.

3320. Devant le juge, comme devant le magistrat, les plaidoiries étaient orales et publiques. — On pouvait plaider tous les jours excepté les jours néfastes et les jours fériés. (Titre *De feriis*, au Digeste.)

Les parties devaient produire les rescrits impériaux, les réponses des prudents rendues pour l'affaire, et arriver munies de toutes leurs preuves. Après la production des documents et l'audition des témoins, venaient les plaidoiries (*causæ peroratio*).

Le juge pouvait ordonner des remises, soit pour l'administration des preuves, soit pour préparer sa sentence. Il pouvait consulter les magistrats, sur les points de droit, mais non sur les points de fait; il pouvait aussi se faire assister par les personnes dont les lumières lui inspiraient confiance.

§ III. — DES PREUVES.

3321. Examinons à cet égard à qui incombe l'obligation de prouver et quels étaient les différents genres de preuves ordinaires devant les tribunaux romains.

En général, c'est à celui qui affirme à prouver : *Ei incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat.* (L. 2. D. 22, 3.)

Celui qui affirme est en général le demandeur ; de là la maxime : *Actori incumbit onus probandi.* C'est en effet au demandeur à justifier sa demande. Mais, à son tour, le défendeur aura à prouver les allégations par lesquelles il prétend repousser les prétentions du demandeur : *Reus excipiendo fit actor* ; mais il faut remarquer que le mot *excipiendo* est purement énonciatif, et que la règle s'applique non-seulement aux exceptions, mais aux défenses proprement dites. (LL. 12, 19, 1. D. 23, 3.)

Les moyens de preuve sont : les *témoins*, les *titres*, le *serment* et l'*aveu*.

Les *témoins* désignés par les parties sont cités par le magistrat :

en général, ils doivent déposer oralement, publiquement et à l'audience. Ils peuvent être interpellés par les deux parties et par leurs avocats. (Quintil. *Inst. Orat.* V. 7.) — Le juge ne doit pas suivre absolument les témoignages ; il ne doit pas les compter, mais les peser et examiner quelle impression lui en est restée. (LL. 2 ; 3 pr. et §§ 1, 2 ; 21, § 3. D. 22. 5.) — On repoussait les témoignages des parjures, des gens notés d'infamie, des impubères, etc., des ascendants dans les causes de leurs descendants, et réciproquement, du mari pour sa femme, de l'affranchi pour son patron. (LL. 3, § 5 ; 13 ; 16 ; 19. D. 22, 5.)

La *preuve par écrit* (*tabulæ*, *instrumenta*) n'était pas assujettie à des règles formelles : le juge pouvait toujours apprécier la foi due aux titres. En général il fallait que l'écrit émanât de la personne à qui on voulait l'opposer. Mais aussi, en général, nul n'était tenu de produire les titres qu'il avait en sa possession.

Nous avons déjà parlé du *serment* et de l'*aveu*.

§ IV. — DE LA SENTENCE.

3322. L'instance devant le juge est terminée par la sentence (*sententia*). Dans l'origine la sentence devait être prononcée en langue latine ; dans la suite le grec fut toléré, puis formellement admis. Le juge était tenu de prononcer la sentence de vive voix, à l'audience (*pronuntiare*). Mais il pouvait l'écrire d'avance, pourvu qu'il en donnât lecture à l'audience, *ex tabella pronuntiare*. Dans la suite, la rédaction par écrit devint obligatoire : *ex periculo recitare*.

Il ne faut pas confondre la sentence proprement dite, qui terminait le litige (*sententia*), avec les différentes décisions que le juge pouvait rendre, dans le cours de l'instance, pour préparer la sentence elle-même (*interlocutiones*, *jussus*, *mandata*). Le juge pouvait toujours révoquer ou modifier les décisions préparatoires ; mais la sentence une fois prononcée était irrévocable : *Judex qui semel sententiam dicit judex esse desinit*. (LL. 14 ; 52 ; 55. D. 42, 1.)

Conformément à l'alternative posée par la formule, le juge doit condamner ou absoudre le défendeur ; cependant il peut se soustraire à la nécessité de prononcer, en jurant *sibi non liquere*. (Cicéron, *Pro Cluent.* 47, 28, 38.) Nous avons déjà dit que, quelle que fût la nature du procès, même quand le demandeur réclamait un corps certain, le juge ne devait pas condamner le défendeur à restituer ou à donner la chose en nature, mais bien à payer une somme d'argent dont le montant était fixé de diverses manières, suivant les circonstances et la nature de l'action. (Gaïus, IV, § 48.)

La sentence devait, à peine de nullité, préciser et déterminer la somme à laquelle le défendeur était condamné : aussi regardait-on comme nulle, la sentence qui aurait condamné à payer *ce qui est dû;* car une telle sentence n'était pas considérée comme terminant le litige, mais comme faisant naître *ex lite lites novas*. Toutefois la condamnation *ad id quod petitum est* était valable, quand l'*intentio* avait pour objet une somme déterminée. (Gaïus, IV, § 52; LL. 4 § 5 et 6; 5 § 1; 59 pr., §§ 1 et 2. D. 42, 1.)

3323. La sentence, régulièrement rendue, constitue la chose jugée, *res judicata*, dont nous devons dès à présent faire connaître les principaux effets.

Il faut un terme aux procès; de là la maxime : *Res judicata pro veritate habetur*. (L. 207. D. 50, 17.) Tel est donc l'effet général de la sentence, que la décision qu'elle renferme est légalement réputée être la vérité.

3324. La sentence est à l'instance devant le juge, ce que la *litis contestatio* est à l'instance devant le magistrat; elle produit une novation qui éteint le rapport légal préexistant, soit *ipso jure*, quand l'action est personnelle, conçue *in jus*, et qu'il s'agit d'un *judicium legitimum;* soit *exceptione rei judicatæ*, quand l'action ne réunit pas ces trois caractères. De même que la *litis contestatio* substitue, au rapport préexistant, le rapport judiciaire : *Condemnari vel absolvi oportet*; de même la sentence substitue, au *condemnari vel absolvi oportet*, l'obligation nouvelle : *judicatum facere oportet*. (Gaïus III, §§ 180, 181; IV, §§ 106, 107, 108; LL. 3, § 11; 9. D. 15, 1.)

Cette novation résultant de la sentence prononcée, produit même certains effets plus importants que ceux qui dérivent de la *litis contestatio*. Ainsi, pendant l'instance, le défendeur pouvait se libérer par l'offre d'une satisfaction égale à la demande : désormais le demandeur, ayant obtenu condamnation, pourra repousser cette offre et poursuivre l'exécution de la sentence. — D'un autre côté, pendant l'instance, si la chose due vient à périr fortuitement, le défendeur en général doit être absous : après la sentence au contraire, le défendeur supporte les risques.

3325. Toutefois, les effets de la sentence sont bien différents suivant qu'elle prononce absolution ou condamnation. Dans le premier cas, elle ne produit qu'un effet purement négatif; elle éteint les rapports préexistants, sans leur en substituer de nouveaux. Dans le second cas, au contraire, non-seulement elle détruit le rapport préexistant; mais en outre, au droit, quel qu'il fût, sur lequel le demandeur fondait sa réclamation, elle substitue une créance purement pécuniaire, que le demandeur peut faire valoir par l'action *judicati*.

Ainsi en résumé, et en laissant de côté le cas particulier où la novation s'opère *ipso jure*, si le défendeur gagne son procès, l'absolution ne produit à son profit que l'exception *rei judicatæ*, au moyen de laquelle il pourra repousser toute prétention que le demandeur voudrait élever par la suite, en se fondant sur les causes qui on fait l'objet du premier procès. — Si au contraire c'est le demandeur qui triomphe, la condamnation lui procure, dans tous les cas l'action *judicati*, et aussi l'exception *rei judicatæ*, dans le cas, par exemple, où le défendeur voudrait plus tard revendiquer comme sienne la chose dont le demandeur a été déclaré propriétaire dans le premier procès : « *Nam cum judicatur rem meam esse, simul judicatur illius non esse* ». (L. 40, § 2. D. 3, 3 ; LL. 15, 19, 30, § 1. D. 44, 2.) Nous reviendrons sur l'action *judicati*, en parlant de l'exécution des jugements, et sur l'exception rei *judicatæ*, en traitant des exceptions.

3326. Nous verrons tout à l'heure, aux péremptions d'instance, que l'instance peut se dénouer avant la sentence, le juge se trouvant ainsi dessaisi, sans avoir jugé. Il va sans dire qu'il en sera de même si l'une des parties succède à l'autre, ou à son patrimoine, par exemple à titre d'héritier ou d'adrogeant ; en effet, il y a là une véritable *confusion*, nul ne pouvant avoir de droit ni d'action contre soi-même.

§ V. — OFFICE DU JUGE.

(*Inst.*, IV, XVII.)

3327. C'est tout à fait à la fin des *Actions* que les *Institutes* traitent l'*office du juge*. Il nous semble plus rationnel de placer ici cette matière, pour donner une idée complète de ce qu'était l'instance *in judicio*.

Pr. Il nous reste à parler de l'office du juge. Le juge doit avant tout s'appliquer à ne juger que conformément aux lois, aux constitutions et à la coutume.

§ 1. Le juge chargé de prononcer sur une action noxale, s'il pense que le maître doit être condamné, doit formuler la condamnation de cette manière : Je condamne Publius Mævius à donner dix écus d'or à Lucius Titius, ou à lui faire l'abandon noxal.

§ 2. Quand il s'agit d'une action réelle : si le juge prononce contre le demandeur, il doit absoudre le possesseur : si au contraire il prononce contre le possesseur, il doit lui ordonner (*jubere*, *jussus*) de rendre la chose et les fruits. Si le possesseur prétend ne pouvoir opérer présentement cette restitution, et demande un délai, on doit le lui accorder, s'il ne paraît pas faire cette demande dans des vues frauduleuses ; et à la charge par lui de garantir par fidé jusseur le payement de l'estimation du litige, dans le cas où il ne restituerait pas dans le délai fixé.

Pour la pétition d'hérédité on suit, à l'égard des fruits, les mêmes règles

que pour la revendication d'un objet particulier. Quant aux fruits que le possesseur n'a pas perçus par sa faute, on n'en tient compte, dans l'une et l'autre action, qu'autant que le défendeur possédait de mauvaise foi (*prædo*); quand il était de bonne foi, on ne tient compte ni des fruits consommés, ni des fruits non perçus; mais une fois la demande formée, on tient compte tant des fruits non perçus par la faute du possesseur que de ceux qu'il a consommés.

§ 3. Dans l'action *ad exhibendum*, il ne suffit pas que le défendeur exhibe la chose elle-même; il doit en outre exhiber tout ce qui s'y rattache (*rei causam*), de façon à ce que le demandeur soit dans la même position (*causa*) que si la chose eût été exhibée à l'époque où la demande a été formée. En conséquence si, pendant la durée du litige, l'usucapion s'est accomplie au profit du possesseur, il n'en doit pas moins être condamné. Le juge doit en outre tenir compte des fruits perçus dans le temps intermédiaire, c'est-à-dire dans le temps qui s'est écoulé depuis que l'action a été obtenue, jusqu'au jour du jugement. Si le défendeur à l'action *ad exhibendum* prétend qu'il ne peut exhiber présentement et qu'il demande un délai, on doit le lui accorder, s'il ne paraît pas demander ce délai dans des vues frauduleuses; mais à la charge par lui de garantir la restitution. Si, malgré l'ordre du juge, le défendeur n'exhibe pas immédiatement, ou s'il ne donne pas caution d'exhiber plus tard, il doit être condamné à une somme égale à l'intérêt qu'avait le demandeur à ce que l'exhibition eût lieu dès le commencement.

§ 4. Dans l'action *familiæ erciscundæ*, le juge doit adjuger aux divers héritiers les divers objets qui composent l'hérédité, de façon à ce que chaque objet n'appartienne qu'à un seul héritier. Si par suite de ces adjudications l'un des lots se trouve trop fort, on doit condamner l'héritier, auquel il est attribué, à payer à l'autre une soulte en argent, ainsi que nous l'avons déjà dit.

Chaque héritier doit être aussi condamné envers son cohéritier à raison, soit des fruits ou choses héréditaires qu'il aurait perçus seul, soit des biens dépendant de la successsion, qu'il aurait détériorés ou consommés.

Les mêmes règles sont suivies dans le cas où il y a plus de deux héritiers.

§ 5. On suit la même marche pour l'action *communi dividundo*, quand elle porte sur plusieurs objets.

Mais si elle est intentée à l'occasion d'un seul objet, par exemple d'un fonds de terre, il faut distinguer : si le fonds peut être commodément partagé, le juge doit en adjuger une portion à chaque copartageant et condamner celui dont le lot serait trop fort, à payer une soulte aux autres; si, au contraire, la chose ne peut être divisée sans inconvénients, si, par exemple, il s'agit d'un esclave ou d'un mulet, le juge devra l'adjuger en entier à l'un des copartageants et condamner celui-ci à payer aux autres une soulte en argent.

§ 6. Dans l'action *finium regundorum* (en bornage), le juge doit examiner si l'adjudication est nécessaire : elle ne l'est que dans un seul cas, savoir : s'il est reconnu avantageux d'assigner aux fonds des limites plus faciles à distinguer que les limites anciennes. Dans ce cas, il faut adjuger à l'une des parties une portion du fonds de l'autre et la condamner à payer une soulte en argent.

Dans cette action il faut aussi condamner celui qui, par mauvaise foi, aurait commis quelque méfait relativement aux limites; celui qui, par exemple, aurait enlevé les pierres ou coupé les arbres qui formaient les limites.

Enfin on peut encore par cette action être condamné à raison de la contumace (désobéissance, rébellion), quand par exemple on s'est opposé à un arpentage ordonné par le juge.

§ 7. L'adjudication faite en vertu de l'une des actions dont nous venons de parler, transfère immédiatement à l'adjudicataire la propriété de la chose adjugée.

3328. Les fonctions du juge, comme celles de nos jurés, sont tout à la fois un droit et une charge : un droit, car le juge, qui n'est qu'un simple particulier, se trouve investi du pouvoir de juger ses concitoyens ; une charge, car il ne peut, sans cause légitime, se dispenser de connaître de l'affaire qui lui est renvoyée.

Le mot *officium* désigne l'ensemble des pouvoirs et des obligations du juge. Plusieurs jurisconsultes romains avaient composé des ouvrages spéciaux sur l'office du juge ; quelques fragments de ces traités ont été conservés dans le *Digeste*. Les *Institutes* de Justinien contiennent même, nous venons de le voir, un titre spécial *De officio judicis ;* mais la matière y est à peine ébauchée.

Comme l'office du juge varie selon la nature des diverses espèces d'actions, nous ne pouvons en indiquer ici que les traits généraux, l'étude complète de l'*officium judicis* embrassant précisément l'étude détaillée des diverses actions. C'est ce que n'a pas compris Justinien, dans le texte cité plus haut ; en effet, après avoir énoncé la seule règle générale de sa législation sur l'office du juge, il se jette immédiatement dans une série d'explications spéciales à quelques actions spéciales.

3329. Le juge ne décidait pas moins sur le *droit* que sur le *fait :* cette proposition ne peut plus aujourd'hui faire l'objet d'un doute. Il est vrai que le juge était lié par la formule ; mais cette formule était extrêmement élastique, même dans les cas où, comme dans les actions de droit strict, les pouvoirs du juge étaient le plus restreints.

Ainsi, dans ces questions : *Si paret Titium dare oportere Mævio...* *Si paret hanc rem esse Sempronii ex jure Quiritium...* le juge avait nécessairement à examiner les principes du droit civil sur l'acquisition de la propriété, sur la formation des obligations, c'est-à-dire de véritables questions de droit. — Pareillement, dans les actions *in factum*, qui paraissent au premier coup-d'œil ne soulever qu'une pure question de fait (*si paret deposuisse*), n'est-il pas évident qu'il ne suffira pas de constater la remise, et qu'il faudra, en outre, apprécier si cette remise a les caractères juridiques qui constituent le dépôt ? Il faut en dire autant des actions pénales de vol, d'injure, etc.

Le juge devra non-seulement reconnaître le fait matériel, mais le qualifier.

3330. Le premier et le principal devoir du juge est de juger conformément aux lois, aux constitutions, aux usages : « *Imprimis illud observare debet judex ne aliter judicet quam quod legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est.* ». (Pr. de n. t.) Il faut

ajouter à cette énumération les *sénatus-consultes* et les *réponses des prudents*, c'est-à-dire tout ce qui constitue le droit civil par opposition au droit prétorien.

3331. En effet, quelle que fût l'autorité des édits prétoriens, leur observation n'entrait pas, du moins directement, dans l'office du juge. En d'autres termes, pour appliquer les moyens fondés sur le droit civil, le juge n'avait pas besoin que ces moyens lui fussent formellement soumis : c'était son devoir et son droit de les apprécier. Au contraire, il ne pouvait prendre en considération les moyens fondés sur le droit prétorien qu'autant que le magistrat avait eu soin de rédiger la formule en conséquence. Ainsi, par exemple, quand une dette n'a pas été éteinte par un mode du droit civil, mais que cependant il s'est passé un de ces événements qui, d'après le droit prétorien, dispensent le débiteur de payer, le juge devra condamner celui-ci, à moins que le magistrat n'ait inséré une exception dans la formule. — Pareillement, dans le cas inverse, si une demande n'est fondée que sur le droit honoraire, le magistrat devra rédiger la formule *in factum*, c'est-à-dire en évitant, au moins dans la forme du langage, de poser une question de droit; car autrement le juge, obligé de décider d'après les principes du droit civil, rejetterait nécessairement la demande comme mal fondée en droit; c'est pourquoi, dans cette hypothèse, la formule ne devra pas porter : *s'il paraît que Titius doit à Mœvius, condamnez;* mais seulement : *s'il paraît que tel fait a eu lieu, condamnez.* (V. n° 3263.)

3332. Au reste, le devoir de juger selon les lois est tellement rigoureux, que la sentence, qui serait directement contraire aux lois, serait radicalement nulle, sans que la partie qui a succombé ait besoin de recourir à la voie d'appel. De plus, le juge qui a violé la loi encourt la peine de la déportation. (L. 19. D. 49, 1; L. 2. C. 7, 64; Paul, *Sent.*, V, 25, § 4.)

3333. Le second devoir du juge est de se conformer à la formule, fallût-il pour cela violer le sens commun et l'équité.

Cette règle, excellente quand le magistrat avait la conscience et l'intelligence de ses devoirs, était parfois fort dangereuse. Mais elle explique : 1° pourquoi les inexactitudes commises dans la rédaction de la formule lient le juge, qui ne saurait les rectifier, même sur la demande des parties; 2° pourquoi les exceptions ne peuvent, en général, être proposées *in judicio;* 3° pourquoi le juge *fait le procès sien*, lorsqu'il excède les pouvoirs que la formule lui confère.

3334. Cette subordination du juge à la formule ou au magistrat explique pourquoi ce dernier, après la délivrance de la formule,

conserve une certaine surveillance sur la suite de l'affaire ; il est en réalité le conseiller et le mandant du juge ; il peut donc le révoquer, prendre des mesures pour le contraindre à juger, et, sur sa demande, résoudre les questions de droit que le procès soulève. (LL. 58 ; 49, § 1 ; 74 pr. ; 79, § 1. D. 5, 1.) — C'est encore le magistrat qui, une fois la sentence rendue, sera compétent pour en assurer l'exécution, et trancher les difficultés que peut soulever cette exécution. (L. 15, pr. D. 42, 1.)

CHAPITRE IV

PÉREMPTIONS D'INSTANCES

3335. Il y a ici une distinction capitale à faire entre les *judicia legitima* et les *judicia quæ imperio continentur*. Le *judicium* est appelé *legitimum*, quand l'instance est engagée, à Rome ou dans le rayon d'un mille autour de Rome, devant un seul juge (*unus judex*), et entre parties qui jouissent toutes du droit de cité romaine. Le *judicium* est dit *imperio continens*, quand il ne réunit pas ces trois caractères. (Gaïus, IV, §§ 103, 104 et 105.) Nous n'avons aucune espèce de renseignements sur l'origine de cette distinction, que nous ne connaissons que par le manuscrit de Gaïus : tout ce que nous savons, c'est qu'elle ne se liait pas à la division des actions en civiles et prétoriennes ; car une action, même prétorienne, intentée à Rome, entre citoyens romains et devant un seul juge, formait un *judicium legitimum*.

Quoi qu'il en soit, il est certain que cette distinction avait une influence très notable, tant sur les effets de la *litis contestatio* et de la *sententia* que sur la durée de l'instance.

3336. I. *Judicia legitima*. — La durée des *judicia legitima* paraît avoir été illimitée dans l'origine. La loi *Julia* la réduisit à dix-huit mois : *Lege Julia litem anno et sex mensibus mori.* (Gaïus, IV, § 104.) Ainsi, à partir de la *litis contestatio*, ou de la délivrance de la formule, les parties n'eurent plus que dix-huit mois pour obtenir sentence de juge : après ce délai, l'instance était périmée.

A Rome, la plupart des procès constituaient des *legitima judicia ;* mais le préteur, en nommant le juge, pouvait, du consentement des parties, abréger les délais, et ensuite proroger le délai convenu, pourvu qu'il n'excédât pas le *tempus legitimum*. (L. 2, § 2 ; L. 32. D. 5, 1 ; L. 13, § 1. D. 2, 1.)

3337. II. Le *judicium imperio continens* finit avec les pouvoirs du magistrat qui l'a introduit : *Tamdiu valent, quamdiu is qui ea præ-*

cepit imperium habebit. (Gaïus, IV, § 105.) Le délai n'était donc que relatif; et, dans les actions délivrées par le magistrat vers la fin de ses fonctions, les parties pouvaient ne pas avoir le temps nécessaire pour se faire juger. Aussi, dans les provinces, où tous les *judicia* étaient *imperio continentia*, les plaideurs se pressaient en foule au commencement de l'année judiciaire, pour obtenir les formules d'action. Quand il n'y avait pas de raison pour expédier de suite certaines affaires, le sort réglait l'ordre dans lequel les demandes d'actions seraient examinées par le magistrat : « *Quia in ordinem dicebantur causæ propter multitudinem vel tumultum festinantium, cum erat annus litium.* (Servius, *ad Virgil. Æneid.*; II, 102.)

La durée relative fixée aux *judicia imperio continentia* dut tomber en désuétude sous les empereurs, qui renouvelèrent les administrateurs des provinces, sans avoir égard aux époques ordinaires. (Tacit., *Annal.*, I, 80; IV, 6.)

CHAPITRE V

DE QUELQUES PROCÉDURES EXCEPTIONNELLES

3338. Dans les quatre chapitres qui précèdent, nous avons tracé le tableau de la procédure ordinaire; mais il y avait plusieurs circonstances dans lesquelles on s'écartait du droit commun pour suivre une marche spéciale.

Il faut citer notamment : 1° les divers cas où le magistrat statuait lui-même sur le fond, sans renvoi à un *judex*; 2° les procès dans lesquels la solution de la question technique était confiée aux *agrimensores*; 3° la procédure des interdits; 4° celle des restitutions en entier, etc.

3339. Comme, dans la plupart de ces cas, la spécialité de la forme tenait à la nature particulière de l'action (*lato sensu*), pour éviter de scinder la forme d'avec le fond, dans des matières exceptionnelles où cette scission pourrait exposer le lecteur à des rapprochements laborieux, et l'auteur à des répétitions fastidieuses nous renverrons à la *troisième partie* de ce livre celles de ces exceptions qui se rattachent à la nature diverse des droits sanctionnateurs : nous dirons seulement ici quelques mots sur la procédure sans *judex*, et sur celle où figuraient les *agrimensores*.

3340. *Procédure sans judex.* — A l'époque même où la procédure formulaire était en pleine vigueur, il arrivait souvent que le magistrat, au lieu de renvoyer l'affaire à un juge, la retenait à son tribunal, et prononçait lui-même le jugement sur le fond. Cette pro-

cédure exceptionnelle est désignée, dans les textes, par diverses expressions : *cognitio*, *cognitio extraordinaria*, *actiones extraordinariæ*, *judicia extraordinaria*. La demande s'appelait alors plus spécialement *persecutio*, et le jugement prononcé par le magistrat, *decretum*. (L. 1, § 7. D. 50, 13 ; L. 178, § 2. D. 50, 16.)

Le préteur statuait lui-même (*cognoscebat extra ordinem*) dans tous les actes de juridiction volontaire, et même, en matière de juridiction contentieuse, sur les fidéicommis, les restitutions en entier, l'exécution des jugements, les envois en possession de biens, etc.

3341. La marche de cette procédure différait essentiellement de celle de la procédure ordinaire. Il y avait, il est vrai, *vocatio in jus ;* mais il n'y avait ni *édition d'action*, ni *formule*, ni par conséquent de véritable *litis contestatio :* le préteur, après avoir pris connaissance de l'affaire, prononçait le jugement qu'il faisait exécuter ensuite, notamment par *pignoris capio*. (L. 1, § 3. D. 25, 4 ; L. 19, pr. D. 2, 1.)

Il pouvait aussi nommer des arbitres (*executores*), pour faire exécuter la sentence et régler le mode et la nature des prestations qui pouvaient être dues. (L. 10. D. 2, 8 ; L. 37. D. 41, 5 ; L. 7. D. 42, 2.)

Au surplus, la procédure extraordinaire n'est pas nécessairement sommaire : le *summatim cognoscere*, qui indique les décisions rendues d'après la vraisemblance et sur preuve incomplète, ne se rencontre pas dans toutes les *cognitiones extraordinariæ* et, réciproquement, il se présente quelquefois dans la procédure ordinaire. (L. 3, § 9 et 13. D. 40, 4. L. 40. D. 9, 2.)

3342. *Controversiæ agrariæ.* — La législation romaine concernant la délimitation des fonds de terre était très compliquée, et l'on distinguait jusqu'à quinze espèces de controverses relatives aux limites (*controversiæ agrariæ.*)

Dans le jugement de ces controverses, la question technique n'était point tranchée par le juge, mais par les *agrimensores*, qui faisaient de l'étude de ces questions une profession spéciale.

Leur rôle n'est pas bien connu ; ils ne constituaient pas une classe de jurés ; mais, d'autre part, il paraît bien certain, au moins pour plusieurs controverses, que l'*agrimensor* était plus qu'un expert ordinaire, et que les juges devaient se conformer à sa décision.

Quoi qu'il en soit, il est certain que l'intervention de l'*agrimensor* donnait à la procédure un caractère spécial, puisque les auteurs opposent souvent l'*ars mensoria* au *jus ordinarium :* « *In hac controversia plus potestatis habet jus ordinarium quam ars mensoria.* » Frontin, p. 41.)

3343. *Autre cas.* — Il y avait encore d'autres cas dans lesquels il n'y avait pas intervention d'un *judex ;* citons seulement : la demande en exécution d'un fidéicommis (Gaïus, II, § 278) ; la demande à l'effet d'obtenir l'*in integrum restitutio*, du moins avec une distinction qui sera étudiée plus loin (L. 13, § 1. D. 4, 4) ; enfin la demande en payement d'honoraires, là où il n'y a pas eu *locatio operarum.* (D. 50, 13.) Ajoutons que, dans l'appel, l'affaire n'est jamais renvoyée à un juge : *appellatio pendet in numero cognitionum.* (L. 5. C. 7, 66.)

TROISIÈME SECTION. — PROCÉDURE DITE EXTRAORDINAIRE.

CHAPITRE I

CARACTÈRES DE CETTE PROCÉDURE

3344. I. **Origine de la procédure nouvelle.** — La procédure extraordinaire sans *judex* dont nous venons de parler avait existé de tout temps à Rome. Peut-être même est-elle la plus ancienne ; car il est déjà fait mention de la *persecutio*, par opposition à la *petitio* et à l'*actio,* dans la formule de la stipulation aquilienne ; d'un autre côté, si l'on adopte l'opinion de M. Heffter, le juge serait resté étranger à l'action *sacramenti* jusqu'à la loi *Pinaria.* Quoi qu'il en soit, ces procédures exceptionnelles se multiplièrent sous les empereurs : si nous en croyons Julien et Callistrate, il paraît que de leur temps il dépendait à peu près des magistrats de renvoyer au juge ou de connaître eux-mêmes. (LL. 8 et 9. D. 1, 18.) Enfin Dioclétien et Maximien, par une constitution de l'an 294, convertirent l'exception en règle générale. Ils enjoignirent aux présidents des provinces de statuer eux-mêmes sur tous les procès, en leur permettant toutefois de renvoyer la connaissance du litige aux juges pédanés (n° 299), mais seulement quand les affaires seraient de peu d'importance, ou lorsque des occupations plus pressantes ne leur permettraient pas de vaquer eux-mêmes à l'administration de la justice. (L. 2, C. 3, 3.)

Quoique la constitution de Dioclétien et Maximien ait été rendue spécialement pour les provinces, il paraît bien certain que l'*ordo judiciorum* tomba en même temps à Rome et dans toute l'Italie : *Omnia judicia facta sunt extraordinaria.* (*Inst.*, pr., III, XII.) D'ailleurs en 342 l'empereur Constance abolit toutes les formules : *Juris formulæ occupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radici-*

tus amputentur. (L. 1. C. 2, 58.) Enfin en 428 Théodose et Valentinien suppriment la nécessité d'une formalité, *impetratio actionis*, qui était évidemment un vestige de la délivrance d'une formule par un magistrat plus élevé que celui qui doit juger. (L. 2. C. 2, 58.)

3345. II. **Son influence sur les actions.** — La nature des actions subit nécessairement de profondes altérations, par suite de l'abolition de l'*ordo judiciorum*.

Dans la procédure formulaire, on avait justement défini l'action : le droit de poursuivre devant des jurés... *jus persequendi in judicio*... En effet, nul ne pouvait introduire une instance sans en avoir préalablement obtenu la permission, le droit, c'est-à-dire la formule. Depuis Dioclétien, chacun peut, à ses risques et périls, introduire une instance, sans avoir aucune permission à demander ; l'action est encore, il est vrai, le *droit de poursuivre* : mais ce droit sanctionnateur est désormais la suite nécessaire de la violation du droit sanctionné ; et il n'est plus nécessaire qu'il soit accordé d'une manière spéciale par le magistrat. Les mots *in judicio* ont aussi perdu la signification technique qu'ils avaient dans l'ancienne définition ; et c'est à tort que Justinien a conservé une expression qui ne convenait plus de son temps.

Sous le point de vue de la forme extérieure, la différence n'est pas moins tranchée : l'action formulaire était un acte émané de l'autorité publique, un véritable arrêt interlocutoire rendu par le magistrat ; sous Justinien, ce n'est plus que l'expression d'une prétention bien ou mal fondée, mais en définitive un acte purement privé.

3346. III. **Son influence sur les exceptions.** — C'est surtout dans la matière des exceptions que l'on peut se convaincre de l'absence complète de discernement des compilateurs aux ordres de Justinien : sans tenir aucun compte des changements radicaux survenus dans l'organisation judiciaire et dans la procédure, ils ont reproduit littéralement toutes les définitions et les explications écrites par les jurisconsultes sous l'empire de la procédure formulaire. Dans cette procédure, ainsi que nous l'avons dit, l'exception était une restriction, apportée par le magistrat, au pouvoir de condamner que la formule conférait au juge, et nous avons vu que la nécessité des exceptions reposait uniquement sur ce que le juge n'eût pu, sans ces restrictions, prendre en considération certaines circonstances dont l'appréciation ne rentrait pas de plein droit dans son office. Mais quel sens tout cela peut-il avoir sous Justinien, puisque, de son temps, il n'y a plus de formule, et que le magistrat, chargé de statuer sur le fond, peut, en vertu de sa

juridiction, prendre en considération, soit pour condamner, soit pour absoudre, aussi bien les motifs qui ne reposent que sur le droit prétorien que ceux qui résultent du droit civil? Il est évident que l'ancienne nature des exceptions n'existe plus, et qu'elles rentrent désormais dans les défenses ordinaires.

CHAPITRE II

MARCHE DE LA PROCÉDURE SOUS LES EMPEREURS CHRÉTIENS

ARTICLE PREMIER. — MOYENS D'ASSURER LA COMPARUTION DES PARTIES.

3347. I. Dans l'ancienne procédure, le demandeur citait son adversaire *in jus* : là il éditait son action ; puis le défendeur obtenait un délai pour préparer ses moyens, en promettant de se représenter devant le magistrat au jour fixé par le *vadimonium*. Mais dès le temps de Marc-Aurèle l'embarras et les lenteurs résultant de la *vocatio*, de l'*editio*, du *vadimonium* et de la double comparution pouvaient être évités au moyen de la *denuntiatio actionis*. A cet effet, le demandeur faisait connaître au défendeur la nature de la réclamation qu'il se proposait d'intenter contre lui (*denuntiabat actionem*) : on convenait d'un jour pour la comparution ; les parties se présentaient au jour convenu, et l'instance *in jure* se terminait ainsi d'un seul coup, au moyen d'une seule comparution (*lis contestabatur*). Les avantages que les deux parties retiraient de cette manière d'introduire l'instance rendirent de plus en plus fréquent l'usage des *denuntiationes*, qui devinrent, sous les empereurs chrétiens, le mode ordinaire d'ajournement.

Jusqu'à Constantin, la *denuntiatio* était, comme la *vocatio in jus*, un acte purement privé, fait en présence de témoins : cet empereur en fit un acte public. La citation était constatée dans un procès-verbal dressé par un officier public ayant le *jus actorum conficiendorum* (L. 2, C. Th., *De denunt.;* L. 9, C. Th., *De infirm. his quæ...*) ; on remettait sans doute au défendeur une copie authentique de ce procès-verbal, qui, quant à l'instruction du procès, tenait ainsi lieu tout à la fois et de l'ancienne *vocatio* et de l'ancienne *actionis editio*. Mais rien n'autorise à penser que la citation, introduite par Constantin, exigeât le concours d'une autorité judiciaire proprement dite, ni surtout la coopération du juge devant lequel devait être porté le procès. (L. 14, § 4. C. 1, 2 ; L. 41. C. 1, 3 ; L. 20. C. Th.

5, 13; LL. 3 et 8. C. Th., *De donat.*) Dans certains cas particuliers, le demandeur présentait au juge une requête (*libellus*) contenant un exposé de sa demande, avec prière de faire comparaître le défendeur : le magistrat en faisait donner connaissance au défendeur par le ministère d'un huissier (*viator*). Ce mode d'ajournement était déjà suivi au temps des jurisconsultes classiques pour les *extraordinariæ cognitiones;* il le fut plus tard, dans les causes sommaires qui n'exigeaient pas de *litis denuntiatio*. (L. 2, C. Th. *De denunt.;* L. 1. C. Th., *De act. cess. temp.;* L. 9. C. Th., *De infirm. his;* L. 1, § 1. D. 2, 12; L. 1, §§ 2 et 3. D. 25, 4; L. 2. § 1. D. 2, 5.)

3348. II. Quelquefois on s'adressait à l'empereur, qui, par un rescrit, renvoyait les parties devant le gouverneur de la province. Ces rescrits, très fréquents dans le Bas-Empire, devinrent à la fin une manière régulière de commencer l'instance. Le rescrit impérial était déposé *apud acta*, et le magistrat le faisait signifier au défendeur (*rescripti editio*). (C. Th. 1, 2; C. 1, 19 à 22.)

Conventio était l'expression générique pour les deux modes d'ajournement qui viennent d'être décrits; on les trouve aussi désignés par ces phrases techniques : *Solemni modo litem insinuare*, ou *intimare*, *rescriptum edere*, ou *solemniter intimare.* (L. 1, § 1. C. Th., *De act. cert. temp.;* L. 1. C. Th., *De denunt.;* L. 1. C. Th., *Utrubi;* L. 2. C. Th., *Unde vi*.)

3349. III. Quant aux délais dans lesquels le défendeur était tenu de comparaître, nous ne les connaissons pas mieux que ceux de l'ancien *vadimonium*. Quelques constitutions parlent d'un délai de quatre mois. (L. 3. C. Th., *De dilat.*) Au fond, cela est peu important; il suffit de savoir qu'il existait un intervalle quelconque entre la citation et la comparution.

D'après une constitution de Valentinien, il paraît que ce délai ne pouvait être prolongé; (L. 4, C. Th., *de denunt.*) mais, sans doute, il pouvait être abrégé dans les causes urgentes. Probablement aussi, le jour de la comparution était indiqué par la *denuntiatio.*

Le demandeur, qui ne se présentait pas au jour fixé, *causa cadebat* (L. 1. C. Th., *De temp. curs.*); le défendeur qui faisait défaut était traité comme contumace. (C. Th. Nov. 12, c. 15.) Quand la non-comparution, au terme fixé par la *litis denuntiatio*, provenait de la faute du juge, celui-ci était tenu d'indemniser les parties. Dans ce cas, comme dans tous ceux où la partie défaillante avait une cause d'excuse, on pouvait obtenir de l'empereur la *reparatio denuntiationis* et un nouveau délai de quatre mois au plus. (LL. 1 et 2. C. Th., *De temp. curs.;* L. *unic.* C. Th., *De secund. lap.*) Mais, après un second défaut (*ex secundo lapsu*), il n'y avait plus de répa-

ration possible. Quand une des parties mourait pendant le procès, les héritiers jouissaient d'un nouveau délai, qui ne commençait à courir que du jour de l'adition d'hérédité. (LL. 3 et 4. C. Th., *De temp. cursu.*)

3350. IV. Justinien introduisit un mode de citation qui suppose l'intervention du juge, et qui paraît n'être que la citation *per libellum*, régularisée et généralisée.

Le demandeur présentait au tribunal sa demande par écrit (*libellus conventionis*), avec requête tendant à ce qu'elle fût communiquée au défendeur. — Le *libellus conventionis* contenait un exposé sommaire des moyens et de la demande. Il devait être signé du demandeur ; ou, si celui-ci ne savait pas écrire, il devait l'être par un *tabularius*. — Le demandeur y prenait l'engagement : 1° de lier l'instance contradictoirement dans le délai de deux mois, sous peine de payer au défendeur le double des frais déjà dépensés ; 2° de poursuivre l'instance jusqu'à sentence définitive ; et, en cas de non-succès, de rembourser au défendeur tous les frais. Ce double engagement était garanti par serment ou par caution, laquelle ne pouvait excéder 36 solides pour le premier, et s'élevait ordinairement, pour le second, à la dixième partie du litige. (§§ 24, 33-35. *Inst.*, IV, VI. L. 1, pr. D. 2, 13 ; nov. 112, ch. 2 ; nov. 53, pr. et ch. 1 et 2 ; nov. 96, pr. et ch. 1.)

Sur cette requête intervenait une ordonnance du juge (*sententia, interlocutio, præceptum*) qui rejetait ou accueillait la requête. (L. 25, §§ 1 et 2 ; L. 33, pr. §§ 2 et 5 ; L. 37, § 2. C. 1, 3). — Dans le premier cas, la procédure se trouvait arrêtée dès son début, et le procès ne pouvait avoir lieu. Mais, sans doute, le juge ne refusait ainsi au demandeur la faculté d'engager le litige qu'autant que la demande était évidemment non recevable ou mal fondée. — Dans le second cas, l'ordonnance contenait ordre d'assigner le défendeur (*commonitio, sententia commonitoria, admonitio, conventio, citatio*) ; et l'exécution en était mandée, soit verbalement, soit par écrit, à un huissier du tribunal : c'était une véritable ordonnance de *soit communiqué*. (L. 1, § 3. C. 7, 17 ; L. 5. C. 8, 40 ; L. 17, § 1. C. 12, 1 ; L. 12, § 2 et L. 14. C. 12, 19.) En vertu de cette ordonnance, l'un des huissiers du tribunal (*executor*) notifiait l'assignation au défendeur ou à ses représentants légaux. (L. 6. C. 8, 4.) L'huissier recevait du défendeur des épices déterminées par l'objet de la demande ; il se faisait remettre un récipissé de la citation (*libellus responsionis, contradictorii libelli*) ; enfin il faisait donner au défendeur caution de comparaître (*cautio in judicio sisti*). — Par cette caution, le défendeur s'engageait à se présenter au jour fixé par l'assignation,

et à rester dans l'instance jusqu'au jugement définitif : elle remplaçait donc, tout à la fois, et l'ancien *vadimonium*, et la caution *de re defendenda*. Régulièrement, le défendeur devait garantir son engagement par fidéjusseur solvable. Le montant du cautionnement était fixé par le juge, d'après l'objet de la demande. (L. 25, § 1 ; L. 4, § 1. C. 1, 3.) — Si le défendeur ne pouvait fournir caution, il était placé sous la garde de l'huissier, ou retenu en prison jusqu'au jour de la comparution. (L. 1. C. 3, 2 ; L. 6. C. 9, 4.) Étaient affranchies de cette rigueur les femmes et certaines personnes privilégiées. Quand le défendeur était propriétaire, ou qu'il appartenait à la classe des *illustres*, on se contentait de sa simple caution juratoire. (L. 15. D. 2, 8.) — Il ne paraît pas probable qu'on respectât encore l'ancien principe, qui défendait de citer le défendeur dans sa propre maison.

Le délai accordé au défendeur fut d'abord de dix jours ; Justinien le porta à vingt jours. (Nov. 53, ch. 3.)

3351. V. Dans l'ancien *ordo judiciorum*, nous avons vu un double système tendant à assurer la comparution des parties, soit *in jure*, soit *in judicio*. Sous les empereurs chrétiens, les deux parties du procès se trouvant confondues, on devait soit opter entre les deux systèmes anciens, soit les fondre en un système unique, accommodé aux nécessités de la nouvelle organisation. Justinien n'a pas agi ainsi ; il a reproduit la règle de l'un et l'autre système, sans s'inquiéter de leurs contradictions. Nous n'aborderons pas cette matière toute spéciale, nous contentant de renvoyer aux §§ 248 à 251 du *Traité des actions* du président Bonjean.

Disons seulement qu'on retrouve, sous les empereurs chrétiens, les édits dont nous avons parlé (nos 3312, 3319), y compris l'édit péremptoire ; mais la nouvelle procédure est moins rigoureuse que l'ancienne ; en effet : 1° le défendeur qui se cache n'est plus considéré *pro damnato* ; 2° la *missio in bona* n'est ordonnée qu'après que, le demandeur ayant prouvé son droit, le défendeur a été condamné ; 3° l'envoi en possession ne porte plus en général sur tous les biens du défendeur, mais seulement sur la quantité nécessaire pour satisfaire le demandeur. De plus, la vente ne peut avoir lieu qu'après un délai assez long, et, jusque-là, le défendeur peut se faire relever du défaut et se défendre, en offrant caution et en remboursant tous les frais faits par le demandeur.

Quoi qu'il en soit, le contumace est condamné aux frais, alors même qu'il gagne son procès ; il est déchu du droit d'appel.

3352. VI. *Impetratio actionis*. — Quoique, depuis l'abolition de l'*ordo judiciorum*, les formules d'action n'existassent plus, il resta

encore pendant quelque temps des vestiges de l'ancienne manière de procéder : le demandeur devait, lors de l'enregistrement au greffe, soit de la *denuntiatio*, soit du rescrit impérial, demander la formule d'action qu'il aurait sollicitée autrefois pour obtenir d'être renvoyé devant un juge (*actionem postulare*, *impetrare*). Celui qui aurait négligé de remplir cette formalité préliminaire aurait été repoussé plus tard par l'exception *non impetratæ actionis*. C'est seulement sous Théodose et Valentinien que cette exception fut supprimée. (L. 1. C. Th., *de omis. act. imp.*; L. 2. C. 2, 58.)

ARTICLE II. — PROCÉDURE BILATÉRALE.

3353. I. La marche de cette procédure ne paraît pas avoir été réglée d'une manière très précise. Le juge avait, sur la direction de l'instruction, un pouvoir à peu près arbitraire : et ce fait s'explique aisément, si on se rappelle que la procédure nouvelle n'est que l'ancienne *cognitio extraordinaria* des temps classiques, procédure dans laquelle tout dépendait de la volonté du magistrat.

On n'avait point limité le nombre des productions à faire par les parties : aussi chacune d'elles pouvait multiplier, à peu près sans limites, les productions de preuves et de moyens qu'elle jugeait utiles à sa défense. Toutefois, pour empêcher que l'un des plaideurs n'abusât de cette faculté, pour retarder indéfiniment la décision, Justinien décida que, lorsque l'une des parties déclarerait n'avoir plus rien à produire, le juge pourrait rendre son jugement, après avoir accordé à l'adversaire trois délais, d'un mois chacun, pour compléter sa production. (Nov. 115, ch. 2.)

3354. II. Dans la procédure extraordinaire, la distinction précédemment étudiée entre les *judicia legitima* et les *judicia imperio continentia* disparaît, car nous ne trouvons pas un seul point sur lequel cette distinction ait une influence dans la nouvelle procédure.

Or, comme dans la procédure formulaire les péremptions d'instance étaient intimement liées à cette distinction, les règles de ces péremptions durent être remaniées et rendues uniformes. — Tout d'abord, en 424, Théodose le Jeune, par la constitution qui posait le principe général de la prescription trentenaire des actions, décidait en même temps qu'une instance serait éteinte si elle n'aboutissait pas à un jugement dans les trente années qui suivraient la *litis contestatio*. (*L. unic.*, § 1. C. Th., *De act. cert. temp.*) La *litis contestatio* prolongeait donc de trente années la force vivace d'un droit quelconque. — Puis Justinien décide que la péremption d'instance,

à la différence de la prescription de l'action, s'opérera par un délai de trois années ; ce délai part de la *litis contestatio*, ne peut être interrompu par aucun acte de procédure, et emporte *ipso jure* dessaisissement du juge. (L. 13, § 1. C. 1, 13.) Mais l'innovation remarquable de Justinien consiste en ce que la péremption d'instance, qui, auparavant, entraînait la perte du droit lui-même, n'anéantit que la procédure, l'action pouvant être de nouveau introduite en justice. Cette différence provient de la modification qui va être étudiée dans les effets de la *litis contestatio* sous la procédure extraordinaire. Mais par une singulière bizarrerie Justinien décide que l'action ne sera prescrite, à la suite d'une péremption d'instance, que par un délai de quarante années à compter du dernier acte de procédure. De telle sorte que l'instance périmée a pour résultat de favoriser le demandeur, puisque le droit du jugement intervenu sur cette instance se prescrivait par trente ans. (L. 1, § 1. C. 7, 40.) — La péremption triennale comportait quelques exceptions, notamment dans l'action de dol, l'action relative aux naufragés, la restitution en entier.

3355. III. L'office du juge se résume en une règle unique : obéir aux lois. Au jour fixé par la *denuntiatio*, les parties comparaissent devant le magistrat : celui-ci examine d'abord l'admissibilité de l'action et les fins de non-recevoir tirées, soit de l'incompétence, soit des nullités de la *denuntiatio*, soit enfin de ce que le délai de l'ajournement n'est pas encore expiré. Ensuite viennent les témoignages, puis les plaidoiries, enfin la sentence.

3356. IV. Par une règle empruntée aux *cognitiones extraordinariæ*, l'instance peut désormais se terminer par la condamnation du demandeur, résultat impossible dans le système formulaire, qui ne permettait au juge que de condamner ou d'absoudre le défendeur.

Une innovation importante, c'est celle d'après laquelle la condamnation n'est plus nécessairement pécuniaire ; autant que possible, elle doit porter sur l'objet même de la demande, et ceci s'applique, non seulement aux actions réelles, mais aussi aux actions personnelles, même tendant *ad faciendum* :

§ 32. Il faut que, dans tous les cas, la sentence du juge porte sur une somme d'argent déterminée, ou sur une chose également déterminée ; lors même que l'action aurait eu pour objet une quantité indéterminée.

3357. V. Nous allons voir que la *litis contestatio* ne produit plus l'effet novateur qui en dérivait sous la procédure formulaire. C'est la *sentence* intervenue qui va désormais produire cette modification

du droit primitif. Toutefois, comme tous les *judicia* peuvent être considérés comme *imperio continentia*, la chose jugée n'éteint plus qu'*exceptionis ope* le rapport qui existait auparavant entre les parties (*Inst.*, IV, XIII, § 5); d'un autre côté, lorsqu'il y a plusieurs débiteurs tenus *de eadem re*, l'autorité de la chose jugée ne profite pas à ceux qui n'ont point été poursuivis et condamnés. (L. 28. C. 8, 41.) Enfin le droit nouveau, né de la condamnation, jadis perpétuel, est soumis, nous l'avons vu, à la prescription de trente ans.

3358. VI. *Litis contestatio*. — C'est la *litis contestatio*, cette partie fondamentale de la procédure *in jure*, qui subit les plus grandes transformations dans la procédure extraordinaire, précisément parce que l'instance *in jure* disparaît avec l'*ordo judiciorum*.

Dans les temps primitifs, la *litis contestatio* était une invocation solennelle de témoins ; dans la procédure formulaire, c'était l'obtention de la formule. Mais que peut-elle être dans le système que nous examinons ? A quel fait faut-il s'arrêter pour en déterminer l'époque précise ?

Il est certain que, même au temps de Justinien, on ne confondait pas l'ajournement avec la *litis contestatio*; la novelle LIII, c. 3, déclare expressément que, jusqu'à la *litis contestatio ;* les parties ne sont point encore liées ; que notamment elles peuvent encore récuser le juge, ce qui ne serait plus possible après la *litis contestatio.* D'un autre côté, dans la procédure nouvelle, il fallait bien qu'avant de plaider au fond le demandeur exposât ses prétentions, afin que le défendeur pût opposer certains moyens, notamment les exceptions dilatoires, qu'il n'aurait plus été temps de présenter, quand une fois le débat aurait été engagé sur le fond.

Nous croyons, en conséquence, que, dans la procédure nouvelle, la *litis contestatio* n'était autre chose que l'exposé contradictoire et sommaire de l'affaire, qu'on présentait au juge au commencement du débat. Comme la formule qu'il remplaçait, cet exposé avait pour but de préciser les questions de fait et de droit que le juge aurait à résoudre. La loi 1, au Code (3, 9), confirme pleinement notre système; mais il est évident, ou que cette constitution a été mal à propos attribuée à Antonin, ou qu'elle a été altérée par les compilateurs : en effet, si l'idée qu'elle donne de la *litis contestatio* est en parfaite harmonie avec la procédure nouvelle, elle ne convient au contraire en aucune façon à la procédure suivie au temps d'Antonin.

Au reste, quoique ce soit encore par la *litis contestatio* que la demande est déduite *in judicium*, il est certain, d'autre part, que la *litis contestatio* avait perdu plusieurs de ses anciens effets ; par exemple :

1° Ce n'est plus elle, mais seulement le jugement définitif, qui éteint l'action primitive : aussi l'erreur commise dans la demande peut-elle être réparée pendant toute la durée de l'instance. — De même les moyens de défense, qui, sous le système formulaire, devaient, à peine de déchéance, être invoqués *in jure*, peuvent maintenant être invoqués et plaidés jusqu'à la sentence.

2° La *translatio judicii*, qui suppose une modification dans la formule, disparaît. (N^os^ 3300 et suiv.) Cependant la mort, la révocation, ou la démission du juge, la disparition d'une des parties, peuvent nécessiter des remplacements dont le magistrat est juge et qui sont autorisés par lui.

3° La *litis contestatio* n'opère plus novation. Tout d'abord elle n'éteint pas, même *exceptionis ope*, le droit primitif déduit *in judicium*. C'est pourquoi : *A*. Malgré la péremption de la première instance, le demandeur peut parfaitement reprendre l'exercice de son action ; (n^os^ 3295 et suiv.) ; *B*. Le créancier qui a agi avant le terme peut renouveler son action après l'arrivée du terme (L. 1. C. 3, 10) ; *C*. La poursuite dirigée contre l'un de plusieurs fidéjusseurs ne libère pas les autres. (L. 28. C. 8, 41.) — En second lieu, la *litis contestatio* ne crée pas un droit nouveau, si bien que la condamnation doit porter autant que possible sur la chose demandée. Mais ce qui précède n'est absolument vrai que sous Justinien ; jusqu'à lui, la *litis contestatio* dut garder son effet extinctif dans les deux hypothèses qui viennent d'être énumérées. (A et C.)

4° L'ancienne règle, d'après laquelle le juge devait se reporter au moment de la *litis contestatio* pour apprécier l'existence du droit, n'est pas changée ; toutefois la citation en justice suffit pour empêcher les actions de s'éteindre *tempore* ou *morte* pendant le cours de l'instance. (L. 10. C. Th., 1, 2 ; L. 1, § 1. C. Th. 4, 14 ; L. 1. C. 1, 20.)

5° A partir de la *litis contestatio*, le demandeur ne peut disposer de son droit d'action, et, si la demande a pour objet un *corps certain*, le défendeur ne peut l'aliéner. Toute convention contraire serait nulle, et le procès continuerait entre les mêmes parties. Cette décision, émanée de Constantin (L. 2. C. 8, 37), fut confirmée par Justinien. (L. 4. C. 3, 9.)

TROISIÈME PARTIE[1]

DIVERSES ESPÈCES D'ACTIONS

CHAPITRE Ier. — ACTIONS CIVILES. — ACTIONS PRÉTORIENNES.
CHAPITRE II. — ACTIONS QUI VALENT PAR ELLES-MÊMES. — ACTIONS FICTICES.
CHAPITRE III. — ACTIONS DIRECTES. — ACTIONS UTILES.
CHAPITRE IV. — ACTIONS *in jus*. — ACTIONS *in factum*.

SECTION Ire. *Actions proprement dites.*

CHAPITRE V. ACTIONS *in rem*. — ACTIONS *in personam*.

ARTICLE Ier. ACTIONS RÉELLES.

§ I. ACTIONS RÉELLES CIVILES.
- I. Revendications.
- II. Action confessoire.
- III. Action négatoire.
- IV. Pétition d'hérédité.

§ II. ACTIONS RÉELLES PRÉTORIENNES.
- I. Action publicienne.
- II. Action contra-publicienne.
- III. Action paulienne.
- IV. Action quasi-servienne.
- V. Action servienne.

ARTICLE II. ACTIONS PERSONNELLES.

§ I. — ACTIONS PERSONNELLES CIVILES.

§ II. ACTIONS PERSONNELLES PRÉTORIENNES.
- I. Action *de pecunia constituta*.
- II. Action *de jurejurando*.
- III. Action *de peculio*.

CHAPITRE VI. — ACTIONS PRÉJUDICIELLES.
CHAPITRE VII. — ACTIONS *rei*, — *pœnæ*, — *rei vel pœnæ persecutoriæ*.
CHAPITRE VIII. — ACTIONS : AU SIMPLE, AU DOUBLE, AU TRIPLE, AU QUADRUPLE.
CHAPITRE IX. — ACTIONS : DE DROIT STRICT, — DE BONNE FOI, — ARBITRAIRES.
CHAPITRE X. — ACTIONS QUI FONT OBTENIR TANTOT TOUT CE QU'ON DEMANDE, TANTOT MOINS, OU CIRCONSTANCES QUI EMPÊCHENT LE DEMANDEUR D'OBTENIR TOUT CE QUI LUI EST DU.
CHAPITRE XI. — ACTIONS PERPÉTUELLES. — ACTIONS TEMPORAIRES.
CHAPITRE XII. — ACTIONS TRANSMISSIBLES. — ACTIONS NON TRANSMISSIBLES.
CHAPITRE XIII. — ACTIONS NOXALES. — ACTIONS : *quod jussu*, — *exercitoria*, — *institoria*, — *de in rem verso*, — *tributoria*.

SECTION II. — *Exceptions; répliques; dupliques.*
SECTION III. — *Prescriptions.*
SECTION IV. — *Interdits.*
SECTION V. — *Restitutions en entier.*
SECTION VI. — *Stipulations prétoriennes, ou cautions*
SECTION VII. — *Novi operis nunciatio.*

N. B. Voir les tableaux détaillés de ces diverses matières, en tête des sections II, III, IV, V et VI.

---

1. Voir le tableau général, p. 67.

PRÉLIMINAIRES

3359. Dans cette troisième partie, nous allons pénétrer plus avant dans la nature intime des diverses espèces d'actions. Nous allons les considérer, et dans leurs rapports avec les droits positifs qu'elles sont destinées à protéger, et dans les formes spéciales auxquelles plusieurs d'entre elles sont assujetties; nous allons aussi tenir compte de la diversité de leur origine, et de celle des sources de droits d'où elles dérivent; nous allons enfin reconnaître et expliquer, si faire se peut, eu égard à toutes ces circonstances, et à beaucoup d'autres qu'il est superflu d'énumérer d'avance, les degrés divers de leur énergie coercitive.

On a déjà dit que, dans son acception la plus large, le mot *action* comprenait toutes les espèces de droits sanctionnateurs, savoir : 1° les *actions proprement dites*, réelles et personnelles; — 2° les *exceptions*, *répliques*, *dupliques*, etc.; — 3° les *restitutions en entier*; — 4° les *prescriptions*; — 5° les *interdits*; — 6° les *stipulations prétoriennes*. Toutes ces choses étaient en effet, des moyens juridiques d'*obtenir*, de *recouvrer*, ou de *conserver* la jouissance des avantages qui, à des titres divers, pouvaient appartenir aux citoyens romains. Mais si, à ce point de vue général, les six classes d'actions qui viennent d'être énumérées paraissent se confondre par l'unité du but, elles diffèrent néanmoins profondément entre elles sous beaucoup d'autres rapports, ainsi qu'on le verra dans la suite de ce livre.

PREMIÈRE SECTION. — ACTIONS PROPREMENT DITES.

3360. On entend ici, par *actions proprement dites*, les formules dont la nature juridique a été développée dans la deuxième section de notre seconde partie. Des trois systèmes de procédure qui furent successivement en usage dans les tribunaux romains, la procédure

formulaire mérite surtout de fixer notre attention, non seulement parce que cette procédure est la plus rationnelle qui ait jamais existé, mais aussi parce que seule elle peut donner la clef des écrits des grands jurisconsultes romains.

C'est donc principalement en se plaçant au point de vue de cette procédure que nous allons maintenant étudier les diverses espèces d'actions. On aura soin toutefois d'indiquer les modifications subies et notamment quel sens et quelle valeur pouvaient avoir, sous Justinien, les doctrines des anciens jurisconsultes.

3361. L'analyse approfondie à laquelle les jurisconsultes romains avaient soumis les actions leur avait fait découvrir entre elles un grand nombre de nuances plus ou moins tranchées : de là plusieurs divisions des actions, selon les divers points de vue sous lesquels elles peuvent être considérées. De ces divisions, les unes paraissent complètement indépendantes de la formule : telles sont les divisions en *civiles* et *prétoriennes*, en *directes* et *utiles*, en *perpétuelles* et *temporaires;* elles ont pu être conservées en entier par Justinien. — D'autres divisions tiennent, au contraire, exclusivement à la rédaction, au libellé, de la formule, par exemple celle des actions *in jus* et *in factum*. Les divisions de cette nature ont dû tomber avec l'*ordo judiciorum*, et ne peuvent présenter aucun sens dans le droit de Justinien. — Enfin, dans quelques divisions, et notamment dans celle des actions *in rem* et *in personam*, le libellé de la formule a certainement exercé une influence marquée; quoique l'on puisse, à la rigueur, les concevoir, au moins en grande partie, abstraction faite de toute formule, les divisions de cette dernière classe ont pu survivre à l'abolition de la procédure formulaire, et passer dans la législation de Justinien, mais avec des modifications plus ou moins profondes, dans les définitions qu'en avaient données les jurisconsultes qui écrivaient sous l'empire de la procédure formulaire.

CHAPITRE PREMIER

ACTIONS CIVILES. — ACTIONS PRÉTORIENNES.

3362. I. Les actions *civiles* ou légitimes sont celles qui viennent du droit civil : *Ex legitimis et civilibus causis descendunt. Legibus constitutæ, aut certo jure civili comprobatæ.* (§ 3, *Inst.* IV, VI.)

Le mot *jus civile* comprend ici, non seulement les lois proprement dites, les sénatus-consultes, les plébiscites, les constitutions impériales et les réponses des prudents, mais encore le droit non pro-

mulgué, qui n'a d'autre origine que la coutume ou l'interprétation des jurisconsultes. Parmi les actions civiles, on doit surtout compter les actions de la loi, les actions fictives de la première classe, la revendication, les actions confessoire et négatoire, les actions garantissant les obligations *qui naissent ex contractu*, *quasi ex contractu*; enfin la plupart de celles qui résultent *ex delicto* ou *quasi ex delicto*.

II. On appelle *prétoriennes* ou *honoraires* celles que le préteur à créées en vertu de sa juridiction : *Quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet... Quæ ex ipsius prætorio jurisdictione substantiam capiunt.* (§§ 7, 8, 10, 12, *Inst.* IV, VI.) Toutes les actions étaient formulées dans l'*album;* aussi dit-on quelquefois, même en parlant des actions civiles : *Prætor proposuit* (L. 1 ; D. 5, 4. Gaïus, IV, § 47); mais cela ne les rendait pas prétoriennes, car leur force et leur efficacité n'avaient pas pour fondement l'autorité du magistrat. Les actions prétoriennes sont fort nombreuses : *Alias innumerabiles*, disent Gaïus et Justinien, après en avoir énuméré un grand nombre.

3363. Cette première division n'est que l'expression de l'antagonisme perpétuel qui existait entre le droit civil et le droit prétorien. Cet antagonisme, qui forme peut-être le caractère le plus saillant et le plus original du droit romain, est, en général, mal compris par les modernes. Habitué qu'il est à l'unité dans la législation, notre esprit s'explique difficilement comment, à une même époque et dans un même pays, la même matière de droit pouvait se trouver régie simultanément par deux législations différentes, souvent contradictoires. Il nous semble qu'un tel état de choses aurait dû amener d'inextricables conflits et jeter le désordre dans la société. Il n'en était rien cependant, et, parmi les riches sujets de méditation que présente le droit romain, ce n'est certes pas l'un des moins intéressants, que le spectacle des tempéraments à l'aide desquels, tout en respectant, dans la théorie, les principes de l'ancien droit civil, on était parvenu à leur substituer dans la pratique des principes entièrement différents. Cette notion est si essentielle à l'intelligence du droit romain, qu'on croit devoir lui donner ici quelques développements.

3364. Le droit civil proprement dit n'est que le développement logique des principes déposés dans les Douze Tables, et dans quelques autres lois qui, vu leur ancienneté, peuvent se confondre avec les Douze Tables elles-mêmes. Nous avons dit en son lieu comment, avec le temps, ce droit, sévère jusqu'à la barbarie, se trouva n'être plus en harmonie avec les mœurs; comment aussi il se trouva insuf-

fisant à régir les rapports nouveaux et compliqués auxquels avait donné naissance la richesse croissante, fruit de la conquête du monde.

3365. Considérées dans leurs rapports avec le fond des choses, les innovations prétoriennes se présentent sous une triple forme. — Quelquefois elles *confirment* le droit civil, en ajoutant, aux garanties dont il entoure déjà les droits privés, de nouveaux moyens plus énergiques ou plus expéditifs de les faire valoir. — Le plus souvent le préteur *complète* le droit civil, il supplée à ses lacunes, en réglant, par son édit, des rapports sur lesquels le droit civil était absolument muet. — Il est évident que, dans ces deux premiers cas, il ne saurait y avoir de conflit proprement dit entre l'action civile et l'action prétorienne. Mais là ne se bornaient pas les empiétements législatifs du préteur.

3366. I. Non content de *confirmer* et de *compléter* le droit civil, le préteur ne craignait pas de le *corriger*, de le contredire, dans une foule de circonstances, soit en accordant à une personne ce qui, d'après le droit civil, appartenait à une autre ; soit en donnant force et valeur à des actes absolument nuls d'après le droit civil ; soit même, à l'inverse, en rescindant des actes que le droit civil considérait comme valables.

Dans ces cas, et dans tous les autres où le droit prétorien se met ainsi en contradiction plus ou moins directe avec le droit civil, il y a ou du moins il peut y avoir conflit d'actions. — Comment échapper à ce conflit? Laquelle de ces deux législations faire prévaloir?

Il est évident que, dans la pratique, le droit prétorien devait, du moins en général, l'emporter sur le droit civil; sans quoi les innovations prétoriennes n'auraient eu aucun sens ; et cependant il n'en résultait ni l'abrogation ni même l'inapplication absolue des règles civiles. Voici les tempéraments assez simples au moyen desquels on était arrivé à ce remarquable résultat.

3367. II. Les réclamations fondées sur le droit prétorien, mais contraires au droit civil, devaient, en général, être formées dans un *délai fort court* ; celles au contraire, qui reposaient sur le droit civil, étaient *perpétuelles ;* cette simple différence dans la durée des actions suffisait déjà, dans la plupart des cas, pour mettre un terme au conflit entre les deux législateurs. En effet, par cela seul que la partie protégée par l'Édit prétorien laissait expirer le délai dans lequel sa réclamation pouvait être formée, la cause rentrait tout naturellement sous l'application des principes du droit civil : le conflit entre les deux législations n'existait donc que pour un temps fort court.

D'ailleurs, simple magistrat chargé de l'application des lois, le préteur n'aurait point osé, au moins dans l'origine, se mettre en contradiction ouverte avec la loi : il était donc naturellement conduit à tourner les difficultés qu'il ne pouvait aborder de front. Aussi aura-t-on souvent, dans la suite de cet ouvrage, l'occasion de remarquer que les innovations prétoriennes acquièrent un caractère plus net, plus direct, plus hardi, à mesure que le temps vient consolider et légitimer ce qui n'était d'abord qu'une usurpation : c'est ainsi que, peu à peu, les actions *fictices* furent remplacées par des actions *in factum*, et les *interdits* par des actions proprement dites.

3368. En publiant l'Édit perpétuel, Adrien avait donné aux principes prétoriens la légitimité qui jusque là leur avait manqué : dès lors, il semblerait que le droit prétorien, élevé par cette adoption au niveau du droit impérial, et par conséquent du droit civil, aurait dû quitter les formes indirectes qui, auparavant, avaient été son caractère nécessaire. Il n'en fut pas ainsi, cependant; Adrien ne sanctionna pas seulement les principes du droit prétorien : il en adopta aussi les formes et les allures; de telle sorte que depuis, comme auparavant, les théories prétoriennes continuèrent à se produire, comme législation d'un ordre subordonné au droit civil, du moins pour la théorie; car il est d'ailleurs constant que, dans la pratique, elles prévalaient presque toujours sur les principes de l'ancien droit civil.

Et comme, d'un autre côté, la division des actions civiles et prétoriennes n'était point dépendante de la procédure formulaire, cette distinction put être conservée par Justinien, avec à-peu-près tous les effets qu'elle avait eus au temps des grands jurisconsultes.

CHAPITRE II

ACTIONS QUI VALENT PAR ELLES-MÊMES. — ACTIONS FICTICES.

3369. Aux actions qui valent par elles-mêmes, et dont l'*intentio* exprime directement et sans détour les points de fait et de droit dont la vérification doit entraîner la condamnation, Gaïus oppose les actions fictices (*fictiones*, *fictitiæ actiones*), dans lesquelles la condamnation est fondée sur une fiction, c'est-à-dire sur la supposition d'un droit, d'un fait ou d'une qualité qui en réalité n'existe pas.

Il y a deux espèces d'actions fictices : les unes imitent les anciennes actions de la loi (*ad legis actiones exprimuntur*); les autres n'ont aucun rapport avec les actions de la loi, et reposent sur des fictions d'une autre nature (*alterius generis fictiones*). (Gaïus, IV, §§ 10, 34.)

3370. Nous n'avons que des renseignements très incomplets sur cette première classe d'actions fictices : Gaïus est le premier qui nous en ait révélé l'existence; et malheureusement il manque une page entière dans la partie du manuscrit où il en était traité. Nous savons seulement que ces formules donnaient aux juges le pouvoir de condamner le défendeur à la même somme que si le demandeur eût agi par action de la loi. Ainsi, dans la formule donnée au publicain (fermier des impôts) à l'imitation de la *pignoris capio*, nous voyons que le contribuable était condamné à payer la même somme que s'il y avait eu réellement prise de gage. (Gaïus, IV, § 32.) — Cet exemple est le seul qui nous ait été conservé; mais il est certain que toutes les actions de la loi, à l'exception de la *condictio*, avaient été imitées d'une manière analogue. On peut conjecturer, avec beaucoup de vraisemblance, que l'action réelle *per sponsionem* n'était qu'une imitation de l'action *sacramenti*. (Gaïus, IV, §§ 33, 93, 94.)

Ces formules furent sans doute produites par la transition de l'ancienne procédure au système formulaire : on cessa de remplir les solennités de l'action de la loi; mais le juge se conduisait comme si elles eussent été accomplies; c'était donc encore sur une action de la loi supposée que le juge basait sa sentence. Aussi, quoique fictices, ces actions étaient civiles, puisqu'elles ne prenaient pas leur origine dans la juridiction du préteur.

3371. Il en est autrement des actions fictices de la seconde classe, qui sont toujours prétoriennes. Les précédentes reposaient sur la supposition que telle ou telle action de la loi avait été exercée; dans celles que nous examinons maintenant, on suppose seulement un fait ou une qualité qui n'existe pas, mais ces suppositions n'ont rien de commun avec les actions de la loi (*alterius generis fictiones*). Ces fictions remontent à l'époque très ancienne où l'usurpation prétorienne, encore timide, n'aurait point osé créer une action qui ne reposât pas sur un rapport de droit civil. Quand ce rapport manquait, et que cependant la prétention paraissait équitable, le préteur autorisait, dans certains cas, le juge à condamner, comme si le rapport eût existé. Plus hardis dans la suite, les magistrats se débarrassèrent de ces entraves, et créèrent des actions *in factum*, dans lesquelles ils autorisaient la condamnation sans se référer à aucun principe de droit civil réel ou fictif; aussi plusieurs actions *fictices*

dans l'origine furent-elles, plus tard, remplacées par des actions *in factum*. Passons maintenant à l'examen des diverses actions fictices en particulier.

3372. 1° *Actio serviana.* — Le *bonorum possessor*, n'étant plus héritier d'après le droit civil, ne peut exercer les diverses actions directes ; il ne le peut, ni pour les actions réelles (*neque quod defuncti fuit potest intendere suum esse*), ni pour les actions personnelles (*neque id quod defuncto debebatur potest intendere dari sibi oportere*) ; mais le préteur lui suppose la qualité d'héritier ; et l'*intentio*, modifiée par cette supposition, était alors ainsi conçue, pour l'action réelle : « *Judex esto : si Aulus Agerius Lucii Titii heres esset, tum si is fundus de quo agitur ex jure Quiritium ejus esset....;* » pour l'action personnelle : « *Si Aulus Agerius Lucii Titii heres esset, tum si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem millia dare oportere.* » (Gaïus, IV, § 34.)

3373. 2° *Actio rutiliana.* — Cette supposition de qualité avait aussi lieu en faveur de l'*emptor bonorum*. Mais il existait pour l'*emptor bonorum* une autre combinaison connue sous le nom d'*action rutilienne*. Dans cette action, l'*intentio* était rédigée au nom de celui dont le demandeur avait acheté les biens, et la condamnation était conçue au profit de l'*emptor*.

Cette combinaison était aussi en usage pour ceux qui agissaient pour autrui. (Gaïus, IV, §§ 35, 36.)

3374. 3° *Actio publiciana.* — Pour exercer l'action en revendication proprement dite, il faut avoir sur la chose la propriété quiritaire : par conséquent la revendication n'appartient, ni à celui qui aurait la chose *in bonis*, ni à plus forte raison à celui qui en serait simple possesseur de bonne foi, tant qu'ils n'ont pas acquis par usucapion le domaine quiritaire. Cependant si, avant que l'usucapion soit accomplie, la possession vient à leur être enlevée, le préteur feindra qu'ils ont déjà achevé l'usucapion qui, en réalité, n'est encore que commencée, et donnera une formule ainsi conçue : *Judex esto : si quem hominem Aulus Agerius anno possedisset tum si eum hominem de quo agitur ejus ex jure Quiritium esse oporteret.* (Gaïus, IV, § 36.)

3375. 4° *Action contre-publicienne.* — Il y avait une action qui reposait sur une fiction inverse de celle de *la publicienne* : le préteur y supposait que le défendeur n'avait point usucapé ce qu'en réalité il avait usucapé. Cette action, sur laquelle nous reviendrons dans la cinquième division, ne paraît pas avoir eu un nom particulier ; (§ 5. *Inst.* IV, VI.) ; mais à cause de sa nature même, on pourrait la nommer *contre-publicienne*.

3376. 5° *Action paulienne*. — Cette action reposait aussi sur une fiction; mais, dans la suite, le préteur remplaça l'action paulienne fictice par une action *in factum* sans fiction. (§ 6, *Inst*. IV, VI.)

3377. 6° Les actions civiles ou pénales établies par les lois ne pouvaient être intentées ni par un étranger ni contre lui; le préteur les donnait néanmoins, mais en supposant à l'étranger la qualité de citoyen : *Si paret ope consiliove Dionis filii furtum factum esse pateræ aureæ quamobrem eum, si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret...* (Gaïus, IV, § 34.)

3378. 7° Pareillement, quand notre débiteur subit un changement dans son état civil (*capite minutus*); par exemple quand il se donne en adrogation, il cesse de nous devoir; et, d'après le droit civil, nous perdons les actions que nous pouvions avoir contre lui, sans en acquérir contre celui en la présence duquel il est tombé. Pour prévenir un résultat si inique, le prêteur accordait au créancier une formule dans laquelle il supposait le changement d'état non avenu, et faisait ainsi revivre des obligations que la subtilité du droit civil avait éteintes. (Gaïus, IV, § 37.)

3379. Sous Justinien il ne pouvait plus être question des actions fictices de la seconde espèce; elles avaient été remplacées, pour la plupart, depuis longtemps, par des actions *in factum*.

CHAPITRE III

ACTIONS DIRECTES. — ACTIONS UTILES.

3380. L'expression d'*action directe* est prise dans des sens très divers, et par opposition tantôt à *actions utiles* (L. 37. D. 44, 7); tantôt à *actions in factum* (§ 16. *Inst*. IV, VI); tantôt à actions *contraires* (L. 18, § 4. D. 13, 6.); tantôt, enfin, aux actions qui se donnent contre le père de famille à raison des obligations contractées par ses fils de famille ou ses esclaves. (§ 5. *Inst*. IV, VIII). — Ici, et par opposition à *utile*, elle sert à indiquer que l'action est donnée précisément dans le cas pour lequel elle avait été primitivement créée. (§ 16. *Inst*. IV, III; § 34, *Inst*. II, I; L. 9, § 2, D. 41, 1.)

L'expression *action utile* indique une action étendue, par l'interprétation ou par l'usage, du cas pour lequel elle avait été imaginée, à un cas analogue. Le mot *utile* vient sans doute de ce que ces extensions n'avaient lieu que lorsque l'utilité publique ou privée en faisait sentir le besoin. Quelquefois l'action utile était à son tour donnée utilement, c'est-à-dire étendue à un cas qui s'éloignait encore

davantage de celui pour lequel avait été instituée l'action directe; c'était une extension de l'extension.

Ces extensions avaient lieu, tantôt à l'aide de fictions analogues à celles que nous avons fait connaître dans la division précédente; tantôt en rédigeant *in factum* une action qui, dans l'origine, était conçue *in jus*, comme nous le verrons dans la division suivante.

Il est évident que ce dernier mode d'extension ne pouvait s'appliquer aux actions qui auraientdéjà été *in factum;* mais quand une action originairement conçue *in jus* est étendue par une formule *in factum*, elle est qualifiée indifféremment d'*utilis* ou d'*in factum*. C'est ce qui était arrivé notamment pour l'action de la loi Aquilia. (LL. 7, § 3; 9, §§ 2 et 3; 11, § 1; 29, § 5; 49; 53. D. 9, 2.)

3381. L'action *directe* de la loi Aquilia suppose la réunion de deux circonstances : 1° que la personne contre qui cette action est intentée ait causé le dommage *corpore suo*, c'est-à-dire directement et immédiatement, en touchant la chose soit avec les mains, les pieds, la tête, ou toute autre partie du corps, soit avec un instrument qu'elle a personnellement dirigé; 2° que le dommage ainsi causé constitue une destruction, une dégradation physique et matérielle d'une chose appartenant à autrui, *corpus læsum*. (§ 16, *Inst.*, IV, III; LL. 7, § 1; 9 pr. et § 1; 11 § 1; 11, § 5; 29, § 2. D. 9, 2.) — Si la première condition vient à manquer, si l'auteur du dommage ne l'a point causé directement, *corpore suo*, et qu'il en ait été la cause médiate plutôt que l'auteur immédiat, si, par exemple, au lieu de donner lui-même la mort à votre esclave, soit en le frappant soit en le poussant dans le fleuve, il a seulement occasionné la mort de cet esclave, en lui conseillant de monter sur un arbre, ou de descendre dans un puits, il n'y a plus lieu à l'action *directe*, mais seulement à l'action *utile* de la loi Aquilia. (§ 16. *Inst.*, IV, III; Gaïus, III, § 219.)

Le résultat de cette action utile est du reste, en définitive, le même que celui de l'action directe. (L. 47, § 1. D. 3, 5.) Si ces deux conditions viennent à manquer; si le fait, tout en vous causant un préjudice, ne constitue aucune destruction ni dégradation physique de votre propriété; si, par exemple, trouvant votre esclave enchaîné, je le détache par un sentiment de compassion et que je favorise ainsi sa fuite, il n'y a plus lieu ni à l'action directe, ni même à l'action utile, mais bien à une action *in factum* : « *Si* NON CORPORE *damnum datum* NEQUE CORPUS LÆSUM *fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit, eum non sufficiat neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit* IN FACTUM *actione teneri.* » (§ 16. *Inst.*, IV, III, L. 27, §§ 14 et 20. D. 9, 2.) — Ici l'action *in factum*

est évidemment une action *utile*, car elle a pour but d'étendre l'application de la loi Aquilia à une hypothèse que cette loi n'avait point prévue. Mais en quoi cette action *in factum* différait-elle de l'action *utile* dont il a été précédemment parlé? C'est là une question fort obscure, sur laquelle les anciens interprètes s'étaient beaucoup et inutilement tourmentés. Aujourd'hui, grâce aux lumières nouvelles fournies par le manuscrit de Vérone, on peut conjecturer, avec beaucoup de vraisemblance, que, parmi les actions utiles, celles qui avaient en vue une hypothèse très voisine du fait réglé par la loi étaient conçues *in jus* comme l'action directe elle-même, à l'aide de quelque fiction analogue à celles dont nous avons parlé plus haut. Quand, au contraire, le fait auquel on voulait étendre la disposition d'une loi s'éloignait davantage de l'hypothèse réglée par cette loi, le préteur allait droit au but au moyen d'une action *in factum*, dans laquelle la condamnation était directement subordonnée à la vérification du fait mis en question dans l'*intentio* : on conçoit, en effet, que plus l'espèce s'écartait de celle prévue par la loi, plus il devenait difficile de recourir à des fictions que la diversité des espèces aurait rendues trop compliquées.

Il reste cependant une difficulté. Dans le cas même où les *Institutes* refusent, soit l'action directe, soit l'action *utile* de la loi Aquilia, pour n'accorder que l'action *in factum*, plusieurs textes du Digeste accordent sans difficulté l'action *utile*. Cela me paraît tenir au sens plus ou moins étendu que l'expression *utilis* obtenait dans le langage du droit. *Strictiori sensu*, l'épithète *utilis* convenait principalement aux actions que le préteur ou l'interprétation des Prudents avaient étendues à l'aide de quelque fiction ; mais, *latiori sensu*, cette qualification se donnait aussi aux actions *in factum*, dans lesquelles le préteur, sans recourir à aucune fiction, subordonnait directement la condamnation du défendeur à la vérification d'un fait posé en question dans l'*intentio*. On conçoit dès lors aisément que les jurisconsultes, en parlant de cette dernière action (*in factum*), lui donnent fort souvent la qualification d'*utilis*, qu'ils lui refusaient cependant, s'ils étaient conduits à en parler par opposition à l'action *utilis* par excellence, c'est-à-dire à l'action étendue à l'aide d'une fiction. Ces synonymies accidentelles ne sont pas, au reste, une raison pour confondre l'action *in factum* avec l'action *utile*. Il y a des actions utiles qui ne sont pas conçues *in factum ;* telles sont notamment les actions fictices, lesquelles sont certainement conçues *in jus*. — Réciproquement, l'action *in factum* n'est pas toujours utile : en effet, les actions prétoriennes sont, pour la plupart, conçues *in factum ;* et cependant elles ne méritent le titre d'utiles

que lorsqu'elles sont données par extension d'une autre action.

3382. En résumé, il y avait plusieurs classes d'actions utiles : — 1° les actions *fictices* de la première classe, qui sont civiles ; — 2° les actions *fictices* de la seconde classe, qui, bien que conçues *in jus*, sont prétoriennes, en ce sens que le préteur applique, à l'aide d'une fiction, un principe de droit civil à un cas autre que celui que ce principe était destiné à régir ; — 3° grand nombre d'actions prétoriennes dont l'*intentio* est *in factum ;* — 4° et enfin, au moins pour les cas où les donnaient les Proculéiens, les actions *præscriptis verbis* ou *in factum*, qui sont des actions civiles conçues *in jus*, c'est-à dire avec une *intentio juris civilis*.

CHAPITRE IV

ACTIONS *IN JUS*. — ACTIONS *IN FACTUM*.

3383. En traitant de la rédaction de l'*intentio*, nous avons déjà fait connaître la nature et l'origine de cette quatrième division ; il faut voir maintenant quelle en était l'importance pratique, c'est-à-dire quelles différences existaient entre les deux espèces d'actions.

3384. *Première différence*. — La constitution de la famille romaine était une application exacte et rigoureuse du principe de l'*unité :* il n'y avait dans chaque famille qu'un seul chef, un seul propriétaire, un seul patrimoine. Simples instruments d'acquisition pour celui qui était en même temps leur père et leur maître, les fils de famille, soit du premier degré, soit des degrés ultérieurs, ne pouvaient rien avoir en propre , non qu'ils fussent incapables des actes de la vie civile (ils avaient, au contraire, presque sous tous les rapports, la même capacité que les pères de famille), mais parce que les acquisitions qu'ils pouvaient faire ne s'arrêtaient pas sur leur tête, et profitaient immédiatement au chef de la famille ; par une conséquence forcée, les fils de famille ne pouvaient jamais se prétendre ni propriétaires ni créanciers (Gaïus, II, §§ 86, 96; III, § 163). De là une première différence entre l'action *in jus* et l'action *in factum*. Les pères de famille peuvent agir indifféremment par action conçue *in jus* ou par action conçue *in factum*. Les fils de famille, au contraire, ne peuvent agir que par action *in factum*, parce que l'*intentio* d'une action *in jus* énonce explicitement, de la part du demandeur, la prétention à un droit de propriété ou de créance (*si paret Mævium Titio dare oportere*) ; et qu'une telle prétention est incompatible avec la qualité de fils de famille. Si le fils de

famille pouvait agir par action *in factum*, c'est que, dans l'*intentio* d'une formule ainsi rédigée, la *prétention au droit* se trouve dissimulée, masquée en quelque sorte, au moins dans la forme du langage, sous l'apparence d'une simple question de fait.

3385. *Deuxième différence*. — Dans les actions conçues *in jus*, la *litis contestatio* et la sentence opèrent de plein droit (*ipso jure*) novation de l'obligation qui fait l'objet du litige ; et dès lors, si le demandeur voulait plus tard renouveler le procès, le défendeur pourrait repousser la nouvelle demande sans avoir recours aux exceptions *rei judicatæ*, *rei in judicium deductæ*. Ces exceptions sont, au contraire, nécessaires, si l'action par laquelle l'obligation a été une première fois mise en litige (*in judicium deducta*) était conçue *in factum ;* en effet, l'*intentio* ainsi conçue ne paraît soumettre au juge qu'une question de fait, et on ne comprendrait pas qu'un fait fût susceptible de novation. Ainsi donc, nonobstant la *litis contestatio* et la sentence, l'obligation, en supposant qu'elle n'ait pas été éteinte de quelque autre manière, continue à subsister ; elle peut devenir la base d'une demande nouvelle dont le succès serait infaillible, si le défendeur n'avait soin de faire insérer dans la formule l'exception *rei in judicium deductæ* ou *rei judicatæ*.

3386. *Troisième différence*. — La plus-pétition n'entraîne déchéance qu'autant qu'elle porte sur l'*intentio ;* il s'ensuit que, dans les actions *in jus*, où l'*intentio* est distincte de la *demonstratio*, la plus-pétition n'est dangereuse que lorsqu'elle se rencontre dans l'*intentio*, et non quand elle se trouve seulement dans la *demonstratio*. — Dans les actions *in factum*, au contraire, l'*intentio* et la *demonstratio* étant toujours confondues, la plus-pétition ne peut porter sur l'une sans porter aussi sur l'autre ; elle entraînera donc toujours déchéance. (Gaïus, IV, § 60.)

3387. *Quatrième différence*. — Les actions *in jus* sont les unes *in rem*, les autres *in personam*. Les actions *in factum* sont toutes *in personam*.

Cependant on a fait remarquer avec raison que, dans l'origine, la division des actions *in rem* et *in personam* ne s'appliquait probablement qu'aux seules actions *in jus*. En effet, en affirmant le fait dont l'existence est mise en question, le demandeur n'argue ni d'un droit qui lui appartienne, ni d'une obligation qui pèse sur son adversaire. Cela est incontestable, si l'on n'a égard qu'à la forme du langage ; mais, en s'attachant au fond des choses, le fait, à la vérification duquel la formule subordonne la condamnation du défendeur, peut et doit être considéré comme la cause d'une véri-

table obligation, sur laquelle le demandeur s'appuie implicitement pour demander la condamnation du défendeur.

3388. *Cinquième différence.* — Les actions *in jus* sont essentiellement civiles (*intentio juris civilis*), et par conséquent elles sont, en général, perpétuelles. Les actions *in factum* sont, en général, prétoriennes, et par conséquent annales. (Voy. ch. x). Nous disons *en général;* en effet, il y avait des actions civiles dont la formule était quelquefois conçue *in factum*, par exemple, les actions de dépôt et de commodat (Gaïus, IV, § 47), à moins qu'on ne dise que l'action civile devenait prétorienne quand elle était rédigée *in factum*, ce qui paraît peu admissible.

3389. *Diverses espèces d'actions in factum.* — 1° Les unes avaient pour objet les édits et la juridiction du préteur. (§ 3, *Inst.*, IV, VI; D. 2, 2 et suiv.; Gaïus, IV, § 46.)

2° Les autres étaient destinées à mettre certaines personnes, et notamment les fils de famille, dans le cas d'exercer, par une formule *in factum*, une action qu'ils n'auraient pu exercer par la formule *in jus*.

3° Quelquefois le préteur s'en servait pour étendre l'application d'une loi juste et nécessaire (par exemple la loi *Aquilia*) à des cas que cette loi n'avait pas prévus.

4° A l'inverse, il s'en servait aussi pour tempérer et restreindre la rigueur des actions du droit civil, quand, par exemple, il substituait une action *in factum composita* à l'action *de dolo*, pour épargner au défendeur l'infamie qu'entraînait cette dernière action. (L. 11, § 1; D. 11, 3.)

Nous trouverons aussi, et exactement dans le même sens, des exceptions *in factum*.

5° Enfin, le préteur avait introduit beaucoup d'actions *in factum*, pour sanctionner et faire valoir des principes d'équité entièrement étrangers au droit civil; les actions de cette cinquième classe sont aussi quelquefois appelées *utiles*, mais improprement (§§ 1 et 3, *Inst.*, III, XXVII; LL. 7; 9, D. 27, 6; LL. 7; 14, D. 40, 12.)

3390. On trouve dans le *Digeste* plusieurs dénominations d'actions que quelques auteurs ont mal à propos confondues avec les actions *in factum*, (dont il a été question dans les deux paragraphes précédents), c'est-à-dire avec les actions *in factum* considérées par opposition aux actions *in jus;* nous voulons parler des actions qui sont indiquées dans les textes par les expressions *actio in factum civilis, actio in factum, id est præscriptis verbis; præscriptis verbis actione civili subdita; utilis actio quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat; præscriptis verbis incerta actio civilis; civili intentione*

incerti agendum (LL. 1, § 2; 22; 15; 6, D. 19, 5; LL. 6; 33, C. 2, 4; L. 6, C. 4, 64). Dans tous ces cas, l'expression *in factum*, prise, soit séparément, soit comme synonyme de *præscriptis verbis*, soit enfin jointe aux mots *præscriptis verbis*, *civilis*, ou *utilis*, n'a plus le même sens que ci-dessus. En effet, la simple comparaison de ces textes démontre suffisamment que les actions dont il s'agit ont une *intentio juris civilis*, et qu'en conséquence elles rentrent dans les actions *in jus*.

Mais pourquoi alors les appeler *in factum?* Remarquons d'abord que, dans les passages cités, il s'agit de contrats *innommés*, contrats valables d'après le droit civil, mais qui manquaient de noms propres, et par conséquent d'actions spéciales. Ceci posé, nous répondrons que les actions dont il s'agit étaient *in factum*, mais seulement sous le rapport de la *demonstratio ;* en ce sens qu'au lieu de désigner le contrat par son nom, comme on aurait désigné un dépôt, une vente ou tout autre contrat nommé, on employait une périphrase pour exposer en tête de l'action, c'est-à-dire dans la *demonstratio*, les circonstances créatrices du contrat innommé; l'*intentio* n'en était pas moins *juris civilis*, et la formule *concepta in jus*; telle est, du moins, l'explication que donnent de ce point difficile MM. Zimmern et Heffter. (N° 2913.)

L'action *præscriptis verbis* se donnait aussi toutes les fois que le nom d'un contrat ou celui de l'action qui devait en résulter étant l'objet d'un doute, on reconnaissait néanmoins qu'il était juste d'accorder une action. Ce nouveau genre d'actions, introduit par Labéon, fut généralement adopté par les Proculéiens ; les Sabiniens préféraient donner l'action *utile* du contrat le plus voisin. (L. 1, pr. et § 1; 2; 6; D. 19, 5; L. 6; C. 4, 64.)

Il est évident que les théories fondées sur la distinction des actions *in jus* et *in factum* durent tomber avec l'ancienne organisation judiciaire. Comme cette distinction tenait essentiellement au libellé de la formule, elle n'eut plus aucun sens du moment où, les formules étant supprimées, les plaideurs portèrent directement leurs demandes devant un magistrat chargé de prononcer à la fois sur le fait et sur le droit. (L. 47, § 1. D. 3, 5.)

CHAPITRE V

ACTIONS RÉELLES. — ACTIONS PERSONNELLES.

(*Inst.*, IV, VI.)

« § 1. Toutes les actions, par lesquelles on porte un différend quelconque soit devant des juges, soit devant des arbitres, se divisent en deux classes : les unes sont *in rem* (réelles), les autres *in personam* (personnelles).

« En effet, ou nous agissons contre quelqu'un qui est obligé envers nous, soit par un contrat, soit par un délit, et alors l'action est personnelle : les actions sont donc personnelles toutes les fois que nous soutenons que notre adversaire est obligé de donner ou de faire quelque chose ou que, par des conclusions autrement conçues, nous tendons en définitive à le faire condamner comme notre obligé.

« Ou bien, au contraire, nous agissons contre quelqu'un qui n'est en aucune manière obligé envers nous, mais avec qui nous avons cependant des contestations relativement à une chose quelconque, et alors l'action est réelle. Par exemple, si une personne possède une chose corporelle que Titius affirme être sienne (revendication), tandis que le possesseur soutient en être le propriétaire, l'action est réelle, parce que Titius prétend seulement que la chose est à lui (et non pas que son adversaire est obligé).

« § 14. De la distinction que nous venons d'établir entre les actions réelles et les actions personnelles, il résulte évidemment que le demandeur ne peut réclamer la chose qui lui appartient, par l'action personnelle, s'il paraît que l'adversaire doive donner : car on ne peut donner au demandeur une chose qui lui appartient déjà : en effet donner (*dare*) signifie transférer la propriété; or, si le demandeur est déjà propriétaire, comment pourrait-il le devenir davantage?

« Cependant, en haine des voleurs (et afin que la personne lésée, ayant la faculté d'agir par un plus grand nombre d'actions, les voleurs puissent moins facilement se soustraire aux poursuites), on a décidé qu'outre la peine du double ou du quadruple, la personne volée pourrait encore agir contre le voleur, pour le recouvrement de la chose, par l'action personnelle : s'il paraît qu'il doive donner; car on peut agir aussi, contre le voleur, par l'action réelle, en soutenant que la chose appartient au demandeur.

« Toutes les actions réelles portent le nom générique de revendications (*vindicationes*) ; quant aux actions personnelles, on nomme condictions (*condictiones*) celles dans lesquelles le demandeur soutient que l'adversaire doit donner ou faire.

« Dans le vieux langage, *condicere* signifie dénoncer (*denuntiare*) : aussi est-ce par abus de mots que nous donnons aujourd'hui le nom de condictions aux actions personnelles, dans lesquelles le demandeur soutient que l'adversaire doit lui donner; car les dénonciations, pratiquées autrefois pour les demandes de ce genre, ne sont plus en usage de notre temps. »

3391. De toutes les divisions d'actions, celle-ci est de beaucoup la plus importante ; aussi Gaïus et Justinien la présentent-ils comme la division fondamentale, la division par excellence : *Summa actionum divisio* (Gaïus, IV, § 54).

Il est des prétentions que l'on peut élever sans être obligé de nommer l'adversaire, par exemple : *Aio fundum Capenatem esse*

meum ex jure Quiritium... Aio mihi esse jus eundi, agendi per fundum Capenatem. D'autres prétentions, au contraire, ne peuvent être énoncées qu'en nommant la personne de l'adversaire; c'est ce qui arrive notamment quand je réclame l'exécution d'une obligation; en effet, il ne suffirait pas de prouver que je suis créancier; il faut encore établir que c'est mon adversaire qui me doit: *Aio Lucium Titium mihi dare facere oportere.* Or l'*intentio* ne fait que reproduire à la troisième personne et sous forme de question, ce que le demandeur a énoncé à la première personne; ainsi donc, dans les prétentions de la première espèce, l'*intentio* ne contiendra pas le nom du défendeur et sera dite conçue *in rem*, parce que, le défendeur n'y étant pas désigné, le droit du demandeur est énoncé *generaliter et in rem: Si paret fundum Capenatem esse Mævii ex jure Quiritium.* Dans les autres, le défendeur étant nécessairement nommé dans l'*intentio: Si paret Lucium Titium Mævio dare facere oportere*,... l'*intentio* sera conçue *in personam.*

Au surplus, dans les unes et dans les autres, il faut bien que le juge sache qui il doit condamner : le *défendeur* sera donc toujours nommé dans la *condemnatio;* et, *en ce sens*, on peut dire que la *condemnatio* est *in personam*, aussi bien dans les actions réelles que dans les actions personnelles. Notre division n'existe donc que relativement à l'*intentio* de la formule, et on ne l'a appliquée à l'action entière qu'en prenant la partie pour le tout.

La division des actions en réelles et personnelles tenait donc peut-être, dans les idées des Romains, autant aux formes du langage qu'à la nature même des choses, c'est-à-dire à la nature des droits à protéger; mais ici la forme du langage était en si parfaite harmonie avec la nature des choses, et peignait si bien les caractères divers des prétentions soulevées, que cette division a pu survivre au système formulaire, et passer, presque sans modification, dans le droit de Justinien; par la même raison, elle doit se retrouver dans toutes les législations.

Plusieurs interprètes, en se fondant sur un texte d'Ulpien. (L. 25 pr. D. 44, 7), enseignent que l'action réelle est celle qui se donne *contre tout possesseur* (*actio quæ competit adversus quemlibet possessorem*), ou, comme on le dit tous les jours chez nous, une action qui *suit la chose en quelque main qu'elle se trouve.* Mais, au moins pour le droit romain, ce n'est là ni un caractère exclusif, ni un caractère essentiel des actions réelles. Ce n'est point un caractère exclusif; car il est des actions personnelles qui se donnent contre tout détenteur : telle est, par exemple, l'action *ad exhibendum.* (LL. 3 §§ 3 et 15, D. 40, 4.) On remarque quelque chose de pareil dans l'action

noxale, qui compéte contre tout individu qui se reconnaîtrait propriétaire de l'esclave qui a commis le dégât. (§ 5, Inst. IV, VIII; LL. 7, 8 et 14, D. 11, 1). — Ce n'est pas non plus un caractère essentiel : d'une part, en effet, certaines actions réelles ne se donnent pas contre tout détenteur ; telle est, par exemple, l'action *paulienne*, qui n'est donnée contre les acquéreurs à titre onéreux, qu'autant qu'ils auraient été complices de la fraude (LL. 9, 10 §§ 2 et 5, D. 42, 8); et, d'autre part, l'action réelle, l'action en revendication elle-même s'exerce quelquefois contre celui qui a cessé de posséder (LL. 16; 27 pr. et § 3; 25; D. 6, 1); il en faut dire autant de l'action pauliennne, qui se donne contre les complices de la fraude, alors même qu'ils ne possèdent pas. — Quant au texte d'Ulpien, qu'on a faussé en le généralisant, il ne s'applique, dans la pensée du jurisconsulte, qu'à la revendication proprement dite (*vindicatio rei corporalis*), et signifie seulement que le rôle de défendeur pendant le litige appartient à celles des parties que le prêteur a constituée en possession.

3392. Tout *jus in re* étant *adversus omnes*, il semble que toute action fondée sur un droit de cette espèce devrait être conçue *in rem* : on ne voit, en effet, aucune raison pour que, dans l'*intentio* d'une action pareille, le demandeur soit conduit à nommer la *personne* de son adversaire. — A l'inverse, le *jus ad rem* étant nécessairement *adversus certam personam*, on concevrait difficilement que le demandeur pût énoncer sa créance sans indiquer la personne de son débiteur.

Il semble donc qu'on pourrait définir l'action réelle, celle qui repose sur la violation d'un *jus in re;* et l'action personnelle, celle qui repose sur la violation d'un *jus ad rem*.

Toutefois, en parcourant la série des actions qualifiées par les Romains d'*in rem* ou d'*in personam*, on en rencontre plusieurs qui paraissent troubler ce parallélisme, que la nature des choses semble devoir établir nécessairement entre la division des *jura in re* et des *jura ad rem*, et celle des actions *in rem* et *in personam*. Ainsi, d'un côté, nous voyons le droit de propriété (*jus in re*) protégé en plusieurs circonstances par des actions *in personam;* et, à l'inverse, nous rencontrons des obligations (*jura ad rem*) garanties par des actions qui présentent, sous plusieurs rapports, les caractères qu'on regarde communément comme propres aux actions *in rem*.— Nous allons parcourir rapidement les espèces principales.

3393. I. L'action *ad exhibendum* s'intente contre quiconque détient la chose dont l'exhibition est demandée (LL. 3 § 15; 4; 5, D. 40, 4); d'un autre côté, elle protège la propriété, en ce sens du

moins que, le plus souvent, elle a pour but de préparer les voies à une revendication, que le demandeur se propose d'exercer ensuite sur la chose exhibée. (LL. 1 ; 3 § 3 et 4, D. 40, 4.) A ne considérer que le fond des choses, cette action avait donc les principaux caractères qui se rencontrent dans les actions *in rem*; et cependant, il est bien certain que l'*intentio* en était rédigée *in personam* : *Si paret Numerium Négidium Aulo Agerio rem exhibere oportere.* De là plusieurs questions embarrassantes : — Comment une action protectrice de droits réels peut-elle être conçue *in personam?* — Comment la détention devient-elle pour le possesseur la source d'une obligation, quand on agit contre lui par action *ad exhibendum*, tandis que, si on agissait par revendication, les textes disent positivement que le détenteur *nullo jure obligatus est?*

A la première question on peut répondre que, quoique l'action *ad exhibendum* ait souvent pour but de protéger la propriété, cependant la propriété n'y est point mise en litige : « *Qui ad exhibendum agit*, NON *utique* SE DOMINUM DICIT, NEC DEBET OSTENDERE, *quum multæ sint causæ ad exhibendum agendi.* » (L. 3, § 1, D. 40, 4.)

Il est plus difficile de répondre à la seconde question. Dira-t-on que le devoir d'exhiber n'est point une obligation proprement dite, parce que, l'action *ad exhibendum* étant *arbitraire*, le défendeur peut éviter la condamnation en exhibant volontairement sur l'ordre du juge?... Mais cette réponse est insuffisante ; en effet cette faculté d'éviter la condamnation en obéissant à l'ordre du juge existe pour plusieurs autres actions *in personam*, qui paraissent néanmoins fondées sur des obligations proprement dites : cette faculté n'est donc pas l'indice d'une obligation d'une nature particulière. D'ailleurs, comme à cet égard la position du détenteur est la même dans la revendication que dans l'action *ad exhibendum*, resterait toujours à expliquer pourquoi les Romains avaient cru pouvoir énoncer, sous forme d'obligation (*si paret... exhibere oportere*), dans cette seconde action, le même rapport légal dont ils disaient dans la première : *nullo jure obligatus est.*

Concluons de là, que, si la formule de l'action *ad exhibendum* était conçue *in personam*, cela tenait moins au fond des choses qu'à des habitudes de langage. Pour moi, je n'aperçois aucune raison solide qui eût pu s'opposer à ce que l'*intentio* de l'action *ad exhibendum* fût conçue *in rem*, en cette forme : *Si paret rem Titio esse exhibendam*, ou sous celle-ci : *Si paret Titio jus esse ut res exhibeatur ;* le nom du défendeur ne paraît pas plus nécessaire dans l'*intentio* de cette action que dans celle de la revendication, puisque

l'une et l'autre se donnent contre le détenteur, abstraction faite de tout rapport légal préexistant.

3394. II. L'action *finium regundorum* donne lieu à des observations analogues. Cette action était conçue *in personam*, cela est hors de doute ; et cependant elle était évidemment protectrice du droit de propriété. Qu'importe, en effet, que je dise : *Je soutiens que ce fonds est à moi jusqu'à telle limite*, ce qui serait une revendication ; ou bien que je dise : *Je soutiens que Mœvius est obligé de concourir avec moi au bornage de nos deux propriétés*, ce qui paraît avoir été la formule de l'action *finium regundorum* : dans l'un et l'autre cas, j'arrive en définitive à me faire reconnaître propriétaire jusqu'à telle limite. Sans doute, dans la pratique, il pouvait ne pas être indifférent d'agir par l'une ou par l'autre forme. Le demandeur devait, en général, préférer l'action *finium regundorum*, soit parce que, d'après l'énoncé même de cette action, la preuve à faire était moins difficile que s'il eût agi par revendication, soit parce que l'arbitre chargé du bornage pouvait substituer à la limite réelle une limite plus facile à reconnaître ; mais, au fond, le résultat était le même, à savoir, une déclaration de propriété au profit du demandeur. Aussi conçoit-on très bien que l'action *finium regundorum* eût pu être rédigée *in rem*, en cette manière : *Si paret fines inter Aulum Agerium et Numerium Negidium esse regundas.* Dans cette action, pas plus que dans l'action confessoire « *Si paret Aulo Agerio jus esse ut Numerius Negidius flumen recipiat* », l'indication du défendeur (*Numerius Negidius*) n'est point un obstacle à ce que l'*intentio* soit *in rem*, parce que la pensée est immédiatement dirigée sur un droit que le demandeur prétend lui appartenir, et que la prestation à la charge du voisin n'est énoncée que secondairement, comme un des effets du droit du demandeur.

Au reste, les jurisconsultes romains eux-mêmes justifient ces observations. Paul nous dit : «Actio finium regundorum *in personam* est, licet *pro vindicatione* rei sit. » (LL. 1 et 8, D. 10, 1.)

Nous reviendrons bientôt sur ce point en parlant des actions *mixtes* ; mais, dès à présent, ne sommes-nous pas autorisés à dire de l'action *finium regundorum* comme de l'action *ad exhibendum*, que son classement dans les actions *in personam* tenait bien plus à des accidents de langage qu'à la nature du droit mis en litige?

3395. III. L'action noxale, donnée à raison des délits commis par un esclave, doit être dirigée, non contre le maître auquel l'esclave appartenait au moment où le délit a été commis, mais bien contre celui auquel l'esclave appartient au moment où le procès est intenté : car l'action noxale suit l'esclave en quelques

mains qu'il passe : *noxa caput sequitur*. D'un autre côté, le maître de l'esclave, actionné à raison de la noxe, peut toujours se libérer en abandonnant au demandeur l'esclave auteur du délit, de même qu'un tiers détenteur attaqué par action *in rem* peut se soustraire à la condamnation en délaissant la chose litigieuse à celui qui la revendique. Il y a même dans l'action noxale quelque chose de moins personnel encore que dans l'action en revendication ; car, dans celle-ci, si le défendeur se laisse condamner, il devient personnellement obligé au montant des condamnations ; tandis que le maître peut impunément attendre la sentence du juge. Cette sentence, toujours conçue d'une manière alternative, laissera au maître condamné le choix, ou de payer, ou d'abandonner l'esclave noxal. A ne considérer que le fond des choses, l'action noxale semble donc plutôt une action *in rem* qu'une action *in personam*. (LL. 7, 36, 38 pr. et § 1. D. 9, 4 ; Gaïus, IV, § 75.) Et cependant il est certain que cette action était conçue *in personam* ; car elle mettait en question l'obligation résultant du délit de l'esclave : « *Si paret Numerium Negidium, ob furtum Pamphili, Aulo Agerio damnum decidere oportere...* »

Ici encore on comprend très bien que l'action eût pu être rédigée *in rem* : « *Si paret jus esse Aulo Agerio ut damnum a Pamphilo commissum resarciatur...* »

3396. IV. L'action *quod metus causa* se donne, non seulement contre l'auteur de la violence, mais aussi contre ses héritiers en tant qu'ils sont devenus plus riches (L. 9, § 8. D. 4, 2), et même contre tout détenteur de bonne foi de la chose extorquée par violence. (L. 9, § 1. D. 4, 2.) Pour exprimer ce caractère, qui la sépare profondément de l'action *de dolo*, on dit que l'action *quod metus causa* est *scripta in rem* : « *Cum autem* hæc actio *in rem sit scripta*, nec personam vim facientis coerceat, sed *adversus omnes* restitui velit, quod metus causa factum est... ». Ulpien dit encore, en parlant de l'édit du préteur qui a imaginé cette action : « *Prætor* GENERALITER *et* IN REM *loquitur, nec adjicit* A QUO *gestum est.* » Cependant il est constant que cette action, de même que l'action *de dolo*, est *personnelle*, du moins autant que peuvent l'être des actions *in factum* : ces deux actions sont en effet *in factum*, puisqu'elles sont purement prétoriennes, et ne reposent sur aucun principe de droit civil réel ou supposé.

En quel sens donc dit-on qu'elle est *scripta in rem* ? C'est uniquement pour indiquer que la *crainte*, qui sert de base à cette action, est mentionnée dans la formule, d'une manière générale, sans indication de la personne qui s'en est rendue coupable : *In hac*

actione non quæritur utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit : sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim ; et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse : nam cum metus in se habeat ignorantiam, merito quis non adstringitur ut DESIGNET QUIS EI METUM VEL VIM ADHIBUIT : *et ideo ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat metum in causa fuisse, ut alicui* ACCEPTAM PECUNIAM FACERET... » (L. 14, § 3. D. 4, 2.) Ainsi donc les expressions *generaliter* et *in rem* se réfèrent, non pas à l'énoncé du droit du demandeur, ce qui en ferait une véritable action *in rem*, mais seulement à la manière dont le fait de violence est rappelé.

3397. Cette action est remarquable au point de vue qui nous préoccupe surtout en ce moment ; elle prouve : 1° qu'une action peut être donnée *adversus omnes* sans cesser pour cela d'être personnelle ; 2° qu'une action n'est pas *in rem* par cela seul que le fait générateur de cette action serait étranger au défendeur. Au reste, c'est à tort que quelques interprètes ont étendu la dénomination d'action *personnelle in rem scripta*, soit aux actions *noxales*, soit à l'action *ad exhibendum* : si ces actions personnelles paraissent *in rem*, en ce qu'elles sont données contre tout détenteur, c'est sous un tout autre point de vue que celui qui fait appliquer cette dénomination à l'action *quod metus causa*.

3398. V. Nous venons de parcourir des actions personnelles qui présentaient des caractères analogues à ceux des actions *in rem;* en sens inverse, on peut signaler dans les actions réelles des circonstances qui, jusqu'à un certain point, tendraient à les rapprocher des actions *in personam*.

Ainsi la pétition d'hérédité, qui n'est autre chose qu'une revendication universelle (*si paret hæreditatem Auli Agerii esse*) était *in rem ;* et cependant elle comprenait à la charge du détenteur des prestations nombreuses et importantes : « *Petitio hæreditatis*, ETSI IN REM ACTIO SIT, *habet tamen* PRÆSTATIONES *quasdam* PERSONALES, *est justa, eorum quæ a debitoribus sunt exacta, item pretiorum* ». (L. 25, § 18. D. 5, 3.)

Pareillement, dans la revendication, l'action réelle par excellence, le détenteur est tenu personnellement à raison des fruits perçus et consommés de mauvaise foi et aussi à raison des détériorations que la chose aura subies par son fait. Et ces détériorations constituent si bien pour le détenteur une *obligation* proprement dite, qu'il peut en réclamer séparément la réparation par une action *in personam* distincte de l'action en revendication. (LL. 13; 15 ; 14 et 27, § 2. D. 6, 1.) Je pense qu'il en serait de même des fruits consommés de mauvaise foi : et que le propriétaire, qui ne

voudrait pas en soumettre l'appréciation au juge saisi de la revendication, pourrait, après le jugement de cette action, réclamer la valeur de ces fruits par une action personnelle (*condictio*); pourvu, bien entendu, qu'il eût eu soin de faire ses réserves à cet égard lors du procès sur l'action réelle.

Si, malgré ce mélange de prestations personnelles, la pétition d'hérédité et la revendication restent néanmoins actions *in rem*, cela tient sans doute à ce que l'*intentio* (*si paret hæreditatem*... ou *rem Titii esse*) ne soumettait point *expressément* ces obligations personnelles à l'appréciation du juge, qui n'en connaissait que comme d'un *accessoire* de l'objet principal de l'action.

3399. VI. Pour compléter ces observations critiques, nous devons signaler à l'attention du lecteur certaines actions, qui paraissent rester en dehors de la division dont nous cherchons en ce moment à préciser la nature. Telles sont principalement les actions *in factum*, classe pourtant si nombreuse et si importante, puisqu'elle comprend la presque totalité des actions prétoriennes. Les formules *in factum* sont conçues de telle manière que ces actions ne rentrent, à proprement parler, dans aucune des définitions que soit Gaïus, soit Justinien, nous ont données des actions *in rem* et *in personam*. En effet, d'après ces définitions, c'est par l'*intentio* que se détermine le caractère réel ou personnel de l'action ; et l'action est *in rem* ou *in personam*, selon que cette partie de la formule présente à juger une question de propriété, de servitude, d'usufruit (*si paret rem Titii esse. — Si paret Titio esse jus utendi, fruendi, jus eundi*...), ou la question de savoir si le défendeur est obligé envers le demandeur (*si paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere... damnum pro fure decidere oportere*) ; or, dans les actions *in factum*, l'*intentio* ne soulève, au moins en la forme du langage, aucune question de cette espèce ; elle semble ne soumettre au juge qu'une pure question de *fait* (*si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium deposuisse*).

Au reste, en signalant plus haut les différences entre les actions *in jus* et les actions *in factum*, nous avons déjà fait remarquer que la tournure particulière adoptée par le préteur dans la rédaction des formules *in factum* n'était qu'un artifice de langage, pour dissimuler une question de droit qui n'en existe pas moins pour cela au fond des choses, et qu'en définitive le *fait* dont le préteur faisait dépendre la condamnation du défendeur doit être considéré comme la cause d'une véritable *obligation*, sur laquelle le demandeur s'appuyait implicitement pour demander la condamnation de son adversaire. Ainsi donc, en s'attachant au fond des

choses, on doit décider que les actions *in factum* sont *in personam*.

Concluons de tout ce qui précède que, bien qu'en général la division des actions *in rem* et *in personam* se présente symétriquement à celle des *jura in re* et des *jura ad rem*, cependant ces deux divisions ne cadrent pas toujours exactement, parce que les habitudes du langage avaient exercé une notable influence sur le placement de telle ou telle action dans l'une ou l'autre classe.

ARTICLE I. — ACTIONS RÉELLES (*IN REM*).

3400. Les actions réelles sont aussi désignées par les expressions de *petitiones* (L. 178, § 2. D. 50, 16) et de *vindicationes*. (Gaïus, IV, § 5.) Elles sont ou civiles ou prétoriennes. — Les actions réelles civiles sont : la *revendication* pour le droit de propriété ; l'*action confessoire* et l'*action négatoire* pour les servitudes, tant personnelles que réelles ; la *pétition d'hérédité*. — Les actions réelles prétoriennes sont : la *publicienne*, la *contre-publicienne*, la *paulienne*, la *servienne* et la *quasi-servienne* ou action hypothécaire.

L'action réelle, qui a pour objet de garantir le droit de propriété, était plus spécialement désignée par le nom de *rei vindicatio*, ou *vindicatio rei corporalis* ; les autres actions réelles étaient appelées simplement *vindicationes*, ou *vindicationes rerum incorporalium*. Ainsi qu'on l'a déjà fait remarquer, cela tient aux formes du langage ; pour énoncer le rapport de propriété, les Romains ne disaient pas : « Je soutiens que j'ai sur cette chose un droit de propriété, » mais simplement : « Je soutiens que cette chose est à moi ; » ainsi la formule n'énonce pas le droit (*res incorporalis*), mais seulement la chose corporelle sur laquelle porte le droit. Cette tournure de langage est également usitée chez nous, et elle est naturelle ; en effet, la propriété, étant la somme de tous les droits que l'homme peut avoir sur une chose, se confond en quelque sorte avec la chose elle-même. Au contraire, quand je prétends seulement avoir sur la chose un démembrement du droit de propriété, il faut nécessairement que je soutienne que, par exemple, l'usufruit de ce fonds est à moi ; alors c'est le droit (*res incorporalis*) qui figure dans l'énoncé de la formule, et l'action réelle est dite dans ce cas *vindicatio rei incorporalis*. (Gaïus, IV, § 3.)

§ Ier. — ACTIONS RÉELLES CIVILES.

I. Revendication.

3401. Il faut examiner à qui et contre qui compète l'action en-

revendication; quelles choses peuvent en être l'objet; quelles en sont les formes; comment est réglé le possessoire; enfin quel est, en cette matière, l'office du juge.

3402. I. La revendication proprement dite ne peut être intentée avec succès que par celui qui a la propriété civile ou quiritaire; cela résulte de la formule même : *Si paret rem A. Agerii esse ex jure Quiritium.* En traitant des actions réelles prétoriennes, nous verrons bientôt que, dans certains cas donnés, le préteur suppose la propriété quiritaire à des gens qui ne la possèdent pas réellement, et qu'il leur accorde, à l'aide de cette fiction, une action qui devrait leur être refusée si l'on s'en tenait à la vérité des choses.

Peu importe, au reste, que le demandeur ait acquis le domaine quiritaire par un mode du droit civil ou par un mode du droit des gens, pourvu qu'il en soit investi : « *In rem actio competit ei qui aut jure gentium aut jure civili dominium acquisivit.* » (L. 23, pr. D. 6, 1.)

La seconde condition exigée du demandeur en revendication, c'est qu'*il ne possède pas* la chose à l'occasion de laquelle il exerce cette action : « *Quod genus actionis* (action négatoire) *in controversiis rerum corporalium* (revendication de propriété) *proditum non est; nam in his agit qui non possidet : ei vero qui possidet non est actio prodita per quam neget rem actoris esse.* » Ulpien en donne pour raison que le possesseur n'a aucun intérêt à exercer une telle action : tant qu'il jouit paisiblement de la chose, sous quel prétexte viendrait-il élever une controverse? et s'il est troublé dans sa possession, n'est-il pas plus naturel qu'au lieu de l'action pétitoire, il se contente de faire respecter sa possession au moyen de l'interdit *uti possidetis* ou de l'interdit *utrubi* : « *Interdictum autem possessorem prædii tuetur, quod est* UTI POSSIDETIS : *actio enim nunquam ultro possessori datur, quippe sufficit ei quod possideat.* » (L. 1, § 6. D. 43, 17.) Bien que cette raison soit suffisante pour justifier la règle dans la plupart des cas, ne pourrait-il pas arriver que, dans certaines circonstances, le possesseur eût un intérêt véritable à provoquer un jugement sur la question de propriété? Par exemple, je prévois que Titius élèvera plus tard des prétentions sur la propriété du fonds que je possède, et je crains que la mort des témoins ne vienne rendre impossible la preuve de mon droit, ou que mes héritiers, moins instruits que moi, ne sachent pas soutenir leur cause : pourquoi ne pourrais-je pas dès à présent obtenir, contradictoirement avec Titius, une sentence qui me déclare propriétaire? Dans ce cas et autres pareils, si aucun texte précis n'autorise l'exercice de l'action en revendication, il est vrai de dire qu'aucun texte ne la prohibe expressément : car le passage précité d'Ulpien

est une de ces règles générales qui habituellement admettent des exceptions.

3403. II. Régulièrement, l'action en revendication ne peut être exercée que contre le possesseur proprement dit, c'est-à-dire contre celui qui détient la chose *animo domini*. Toutefois Ulpien, rejetant en cela l'opinion de plusieurs autres jurisconsultes, et notamment celle de Pegasus, admet que l'on peut actionner en revendication même les simples détenteurs, c'est-à-dire ceux qui détiennent la chose sans aucune intention d'en être propriétaires : tels sont les dépositaires, commodataires, locataires. (L. 9. D. 6, 1.)

Cette doctrine, émanée d'Ulpien, a été en partie modifiée par Constantin. Cet empereur décide, en effet, que le détenteur d'un immeuble, étant actionné en revendication, doit aussitôt *dominum nominare*, faire connaître celui pour le compte duquel il possède. Ce *dominus* est averti d'avoir à se présenter dans un certain délai, pour défendre lui-même à l'action en revendication ; s'il ne se présente pas, le juge le fait citer; s'il refuse encore de comparaître, le juge, après examen sommaire de l'affaire, envoie le revendiquant en possession de la chose litigieuse, la question de propriété demeurant d'ailleurs réservée. (L. 2. C. 3, 19.)

Si, au moment où je me disposais à revendiquer contre Titius, Mævius est venu s'offrir au procès, en soutenant faussement qu'il possédait, le juge devra condamner Mævius à me payer (à défaut de la restitution de l'objet, qui n'est pas en son pouvoir,) une somme équivalente à la valeur du litige ; mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'en agissant contre lui j'aie cru à la possession qu'il alléguait. Au surplus, cette estimation, reçue par moi, ne sera point un obstacle à ce que je revendique ultérieurement contre le véritable possesseur. (L. 3, § 5. D. 4, 7; LL. 7 et 25. D. 6, 1.)

Il y a d'autres cas encore où l'on peut revendiquer contre un non-possesseur. — Tel est le cas où celui qui possédait a cessé par dol de posséder. (L. 27, § 3. D. 6, 1.)

Anciennement, si le possesseur, pour se soustraire à l'action du revendiquant, transférait la possession à un tiers, il était soumis à une action *in factum*. Le préteur, en établissant cette action, n'avait pas voulu réprouver le fait de celui qui aime mieux se dépouiller de sa chose, *ne propter eam sæpius litigaret*; il punit seulement le fait de celui qui « *cum rem habere vult, litem ad alium transfert, ut molestum adversarium pro se subjiciat* ». (LL. 1, 4, § 2; 4, § 1. D. 4, 7.) — L'exercice de cette action *in factum* sera suspendu, si l'ex-possesseur veut bien défendre à la revendication utile, comme s'il possédait encore. En effet le demandeur, ne souffrant plus de

préjudice, ne peut intenter une action qui n'avait été introduite que pour l'indemniser. (L. 3, § 5. D. 4, 7.)

3404. III. La revendication proprement dite ne concerne que les choses corporelles qui sont dans le commerce, et dont le demandeur peut avoir le domaine quiritaire : elle ne peut donc être intentée ni à l'occasion d'un fonds provincial, ni pour une chose sainte, sacrée ou religieuse, parce que ces choses ne sont pas susceptibles de propriété privée.

Cette action suppose que la chose existe à deux époques, au temps où le litige s'engage (*litis contestatæ tempore*), et au moment de la sentence (*rei judicatæ tempore*) ; car on ne peut pas plus revendiquer ce qui n'existe plus qu'on ne pourrait revendiquer ce qui n'a jamais existé : « *Res extinctæ vindicari non possunt.* » (Voir les nos 953 et suiv.)

3405. IV. Le demandeur doit prouver qu'il est propriétaire de la chose qu'il revendique ; quant au défendeur, il n'a rien à prouver : *sufficit ei quod possideat.* Il ne serait même d'aucune utilité pour le demandeur d'établir que le possesseur n'a aucun droit à la propriété de la chose litigieuse ; car, alors même que cette preuve négative serait faite, ce ne serait pas une raison pour donner gain de cause au demandeur, s'il ne pouvait lui-même prouver le droit sur lequel sa demande est fondée : « *In pari causa potior causa possidentis.* » (L. 21. D. 22, 3.) Cet avantage immense attaché au rôle de possesseur est trop précieux pour que chacune des parties ne cherche pas à se le procurer : ainsi, tout naturellement, à côté du procès principal sur la propriété (*pétitoire*), doit souvent venir se placer un procès accessoire sur la possession (*possessoire*). Il est naturel que le débat au possessoire précède la controverse au pétitoire ; car, tant que la question de possession est indécise, comment décider laquelle des parties doit au pétitoire faire la preuve de la propriété? De là cette règle de notre Code de procédure : « *Le possessoire et le pétitoire ne peuvent jamais être cumulés.* » Le législateur français a pareillement pensé que nul ne serait assez imprudent pour attaquer au pétitoire, s'il s'était cru la moindre chance de réussir au possessoire ; qu'ainsi le fait de s'adresser d'abord au pétitoire devait être considéré comme la reconnaissance tacite, mais complète, de la part du demandeur, que la possession appartient à l'adversaire ; de là cette autre règle : « *Le demandeur au pétitoire n'est plus recevable à agir au possessoire.* » — Ces règles si raisonnables n'avaient été ni toujours ni complètement suivies par les Romains.

La procédure des actions de la loi avait cela de remarquable, que la question du possessoire ne s'y présentait que sous forme

d'incident du procès pétitoire. En effet, comme nous l'avons vu en traitant de l'action *sacramenti*, c'est seulement après la *vindicatio* et la *contra-vindicatio* que le préteur adjugeait la possession (*vindicias dicebat*) : jusque-là toute la procédure laissait les plaideurs sur le pied de la plus complète égalité. Pour que la continuation du litige fût possible, il fallait donc que le magistrat déterminât laquelle des deux parties posséderait, laquelle jouerait le rôle de demandeur.

Au reste, on ignore d'après quels principes, à cette époque reculée, le préteur accordait l'envoi en possession, et notamment s'il avait égard à la possession de fait antérieure : Gaïus ne nous apprend rien à ce sujet, et Cicéron, qui en touche un mot dans son discours pour Cécina, ne fournit aucune lumière.

Sous la procédure formulaire, le possessoire se réglait au moyen des interdits *uti possidetis* et *utrubi ;* mais, au lieu de se présenter incidemment à l'action en revendication, comme on vient de le remarquer pour l'action *sacramenti*, le débat au possessoire, sous la procédure formulaire, se présentait sous la forme d'un procès distinct et antérieur à l'exercice de l'action en revendication.

Nous reviendrons plus tard sur les deux interdits que nous venons de nommer; mais une remarque doit ci trouver sa place. On vient de voir que notre Code de procédure n'admet pas que le demandeur au pétitoire puisse abandonner cette voie, pour en revenir au possessoire : cette règle n'était pas suivie à Rome, du moins si nous en croyons Ulpien, qui dit formellement : « *Nihil commune habet proprietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum* UTI POSSIDETIS *qui cœpit rem vindicare ; non enim videtur possessioni renuntiasse qui rem vindicavit.* » (L. 12, § 1. D. 41, 2.) En parlant plus tard de l'interdit *uti posseditis*, nous essayerons de donner à ce sujet quelques explications qui seraient ici prématurées.

Au surplus, c'était une règle commune aux deux procédures, mais qui n'a pas été suivie en France, que la partie constituée en possession devait fournir au demandeur une garantie pour assurer la restitution de la chose et des fruits. Dans la procédure *per sacramentum*, cette garantie était dite *prædes litis et vindiciarum ;* dans la procédure formulaire, selon qu'on agissait *per formulam petitoriam* ou *per sponsionem*, il y avait lieu à la caution *judicatum solvi* ou à la caution *pro prædc litis et vindiciarum.* (Gaïus, IV, §§ 16 et 91.)

3406. V. En effet, au temps des jurisconsultes classiques, il y avait plus d'une manière d'exercer l'action en revendication.

D'abord on avait conservé l'ancienne action de la loi *per sacra-*

mentum toutes les fois que le procès était porté devant les centumvirs. Dans ce cas, les parties remplissaient devant le magistrat le rite de l'action de la loi ; mais le magistrat ne donnait aucune formule pour régler l'instance devant le tribunal centumviral. (Gaïus, IV, § 31.) Quand, au contraire, l'instance devait être renvoyée devant l'*unus judex*, la procédure pouvait avoir lieu ou *per formulam petitoriam* ou *per sponsionem*. (Gaïus, IV, § 91.)

3407. *A. Actio per sponsionem.* — La *sponsio* était une sorte de pari fait, devant le magistrat, par une stipulation conçue en ces termes : « *Si homo de quo agitur, ex jure Quiritium meus est, sestertium XXV dare spondes?* » Par ce moyen, le procès, qui devait naturellement conduire à une formule conçue *in rem*, change pour ainsi dire de nature, et vient aboutir à une formule conçue *in personam ;* la formule en effet ne portera pas : « *Si paret hominem esse Mævii,* » mais bien : « *Si paret Lucium Titium sestertium XXV nummos Mævio dare oportere...* » ce qui est une formule conçue *in personam*.

Il est vrai que cette question soulève implicitement la question de propriété, puisque Lucius Titius ne doit être condamné à la somme stipulée qu'autant que Mævius sera reconnu propriétaire. Cette somme, au surplus, n'était jamais exigée : ce n'était qu'un moyen préjudiciel pour faire statuer sur la question de propriété. — Mais à quoi bon cette marche détournée ? Que servait-il au demandeur de gagner son procès, puisque, même en cas de succès, il n'exigeait pas la somme à laquelle il faisait condamner son adversaire ? D'ailleurs cette somme de 25 sesterces n'était-elle pas le plus souvent fort au-dessous de la valeur véritable de la chose revendiquée ?... Le texte de Gaïus est loin de répondre à ces questions ; mais on trouve dans Cicéron, et dans son annotateur Asconius, des passages qui jettent un peu de lumière sur quelques-unes de ces singularités. Il faut en effet savoir qu'en outre de la *sponsio* préjudicielle, dont nous venons de parler, le défendeur garantissait encore par fidéjusseur (*satisdabat*) que, dans le cas où il serait vaincu dans le procès sur la *sponsio* préjudicielle, il restituerait la chose principale et les fruits. Cette stipulation, que, d'après le § 94 de Gaïus, on serait tenté de confondre avec la *sponsio* proprement dite, était un acte distinct et séparé, qui précédait la *sponsio*, ainsi que cela résulte du passage suivant : « *Si quis testamento se hæredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hæreditatem ; aut pro præde litis et vindiciarum quum satis accepisset, sponsionem faceret ; ita de hæreditate certaret.* » Cic., *In Verrem ; de præt. urb.* 45.) Gaïus et Cicéron sont d'accord sur le nom de cette stipulation accessoire : elle était appelée *pro præde litis et vindiciarum*,

à l'instar des *prædes litis et vindiciarum* de l'*actio sacramenti*. (Gaïus, IV, § 94) ; mais elle en différait en ce sens que, dans l'action *sacramenti*, la provocation était réciproque et avait un caractère pénal, (Gaïus, IV, § 13) tandis que, dans la *sponsio*, dont parle Gaïus, le défendeur seul promettait, et cette promesse n'avait pas le caractère d'une peine, puisqu'on ne l'exigeait pas. Ainsi, selon toute apparence, quand le défendeur avait été condamné, s'il ne restituait pas volontairement la chose, les fruits et les accessoires, le défendeur pouvait agir immédiatement contre lui et ses cautions, en vertu de la stipulation *pro præde litis et vindiciarum;* et peut-être, sous ce rapport, la procédure *per sponsionem* était-elle plus expéditive que celle suivie dans la *formula petitoria?* Quand le procès devait être porté devant les centumvirs, on procédait toujours par *sponsio*, seulement elle était alors de 125 sesterces au lieu de 25, et l'on agissait *sacramento.*

Au surplus, en comparant ensemble la revendication *per sacramentum* et la revendication *per sponsionem*, on ne peut manquer d'être frappé de l'analogie qui existe entre ces deux procédures ; et on est porté à croire que la seconde n'a été qu'une imitation de la première.

3408. *B. Actio per formulam petitoriam.* — Cette seconde manière de procéder nous est beaucoup mieux connue que la *sponsio*, qu'elle avait complètement remplacée au temps de Justinien. La formule était ainsi conçue : « *Lucius Octavenus judex esto : si paret fundum Capenatem de quo agitur, ex jure Quiritium Auli Agerii esse, neque is fundus Aulo Agerio restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna; si non paret, absolve.* » (Cic. *In Verrem, de juris. Sicil.*, XII ; Gaïus, IV, § 51.) Le défendeur ne donnait pas, comme dans la *sponsio*, la caution *pro præde litis et vindiciarum*, mais bien la caution *judicatum solvi*, qui renfermait trois clauses : *de re judicata, de re defendenda, de dolo malo.* (L. 6, D. 46, 7.) Si le défendeur refusait de donner cette caution, le demandeur obtenait du magistrat l'interdit *quem fundum*, qui obligeait le possesseur a transférer à son adversaire la possession de la chose litigieuse. Or, le demandeur une fois nanti de la possession, les rôles changeaient : le demandeur primitif, devenu défendeur, n'avait plus rien à prouver, et pouvait attendre en repos que le défendeur originaire prît l'offensive et fournît les preuves de sa propriété. Si, au contraire, la caution est fournie, les parties vont devant le juge, qui, conformément à la formule, examine si la chose appartient au demandeur.

3409. VI. Cette action était arbitraire : aussi, comme nous le ver-

rons dans la IXe division, quand le juge reconnaît que la prétention du demandeur est fondée, il ne procède pas immédiatement à la condamnation (*sententia*), mais il rend un interlocutoire (*jussus*), par lequel il ordonne au défendeur de restituer au demandeur. Cette restitution doit être telle que le demandeur se trouve dans la même position que si la chose lui eût été rendue au moment de la *litis contestatio* : elle doit donc comprendre non seulement la chose elle-même, mais tous les fruits (*fructus*) et les accessoires (*causa*), à partir de la délivrance de la formule. Le défendeur doit encore céder au demandeur toutes les actions qu'il a pu acquérir à l'occasion de la chose qu'il restitue, et lui donner, en outre, la caution *de dolo*, qui assure au demandeur une indemnité pour tout le préjudice que le défendeur aurait pu lui causer par son dol.

Si le défendeur restitue, ou s'il prouve qu'il est, sans sa faute, dans l'impossibilité de restituer, par exemple, parce qu'il a perdu la possession, le juge doit l'absoudre. (L. 68. D. 6, 1. L. 41, § 1. D. 42, 1.) Si le défendeur prétend pouvoir opérer présentement restitution et demande un délai, on doit le lui accorder, si toutefois cette demande ne paraît pas faite dans une intention frauduleuse, et à la charge par lui de garantir par fidéjusseur le payement de l'estimation du litige, dans le cas où il ne restituerait pas à l'expiration du délai. — Enfin, si le défendeur refuse d'obéir, on peut l'y contraindre de force (*manu militari*), si le demandeur l'exige. (L. 68. D. 6, 1. LL. 58; 1, § 1. D. 25, 5.) Si le demandeur ne l'exige pas, ou si le défendeur, ayant perdu la possession par sa faute, se trouve dans l'impossibilité physique de restituer, le juge le condamne à une somme d'argent qui est fixée tantôt par le serment du demandeur, tantôt par le juge lui-même. (L. 21. C. 3, 32 ; LL. 71 ; 46; 47. D. 6, 1.)

Quoique les règles que nous venons d'exposer soient plus particulièrement applicables à la revendication proprement dite, cependant elles s'appliquent en grande partie aux autres actions *in rem*. Il est certain, notamment, que la pétition d'hérédité et l'action confessoire pouvaient l'une et l'autre être exercées soit *per sponsionem*, soit *per formulam petitoriam*. Au surplus, sous Justinien, la forme d'action *per sponsionem* était complètement tombée en désuétude, et on agissait toujours *per formulam petitoriam*, en ce sens que le demandeur énonçait toujours directement l'objet de sa demande, sans recourir à aucune gageure préjudicielle. (§ 2. *Inst.*, IV, XVII ; LL. 10 ; 57. D. 5, 3; LL. 9; 15 ; D. 44, 2.)

II. — **Action confessoire.**

« § 2. L'action est pareillement réelle (*in rem*), quand nous prétendons avoir soit l'usufruit d'un fonds ou d'un édifice, soit le droit de passer sur le fonds voisin ou d'en tirer de l'eau. L'action relative aux servitudes des fonds urbains est de la même nature : par exemple, si nous prétendons avoir le droit d'élever nos édifices, le droit de vue, le droit de saillie, celui de placer des poutres dans le mur du voisin (action confessoire). »

3410. Les démembrements de la propriété, connus sous le nom de *servitudes* réelles ou personnelles, sont protégés, comme la propriété elle-même, par une action réelle dans laquelle celui à qui appartient la servitude affirme qu'il a tel droit sur la chose d'autrui. Cette action est nommée *confessoire* ou *affirmative*, par opposition à l'action *négative* ou *négatoire*, dont il sera question dans le § suivant.

Les formes de l'action confessoire étaient les mêmes que celles de la revendication de propriété : celui qui revendique une servitude peut agir ou par *sponsio*, ou par la *formule pétitoire*. Dans le premier cas, le défendeur doit donner la caution *pro præde litis et vindiciarum;* dans le second, la caution *judicatum solvi;* — en cas de refus, par le défendeur, de donner l'une ou l'autre caution, le demandeur est envoyé en possession par un interdit analogue à l'interdit *quem fundum*.

La formule pétitoire pour l'action confessoire devait être ainsi conçue : « *Si paret A. Agerio esse jus utendi fruendi* (ou toute autre servitude) *fundo Capenate, neque arbitratu tuo restituatur* (origine du *jussus*), *quanti ea res erit N. Negidium A. Agerio condemna; si non paret, absolve.* » Quant à la *sponsio* préjudicielle, elle était sans doute formulée à peu près en ces termes : « *Si jus utendi fruendi fundo Capenate mihi est, sestertium XXV nummos dare spondes?* »

Sous la procédure des actions de la loi, c'était par l'*actio sacramenti* que l'action confessoire était exercée. Il paraît même que du temps de Cicéron les questions de servitudes étaient encore de la compétence des centumvirs.

L'action confessoire peut être intentée, soit contre le propriétaire du fonds servant, soit contre toute autre personne qui apporterait quelque obstacle à l'exercice de la servitude. (L. 4, § 5, D. 8, 5.) Toutefois, nous verrons, en parlant des interdits, que celui qui est troublé dans la jouissance de la servitude n'est pas toujours obligé de recourir à l'action confessoire ; et qu'il peut, soit au moyen d'interdits spéciaux à certaines servitudes, soit au moyen des interdits

uti possidetis, *utrubi* ou *unde vi*, se faire maintenir dans la possession de la servitude, ou s'y faire réintégrer si elle lui a été extorquée par violence.

3411. L'action confessoire appartient à celui qui a le droit de servitude, *sans distinguer* S'IL A OU NON la *possessio juris*. (L. 5, § 7 ; D. 7, 6 ; L. 6, § 1. D. 8, 5.)

3412. Quel intérêt y a-t-il donc à être *possessor juris* ? Voici la réponse que fait M. Demangeat à cette question fort délicate (t. II, p. 576) : « Le texte qui vient d'être cité en dernier lieu (L. 6, § 1, D. 8, 5) l'indique, à propos de la question de savoir si je puis ou non exhausser la maison qui m'appartient. Sans doute le voisin, qui est *possessor juris* tant que l'exhaussement n'a pas eu lieu, peut intenter l'action confessoire pour faire juger que la maison est grevée à son profit de la servitude *non altius tollendi ;* mais, en sa qualité de *possessor juris*, il peut employer un autre moyen, lequel lui garantit que jusqu'au jugement définitif il ne sera fait aucun changement à l'état actuel des choses. Voici en effet ce que dit Ulpien : « *Ædificantem me prohibere potest et civili actione, et interdicto* QUOD VI AUT CLAM ; *idem et si lapilli jactu impedierit.* » La *civilis actio*, c'est l'action confessoire. Indépendamment de cette action, l'interdit *quod vi aut clam* est donné au *possessor juris* qui a manifesté, par exemple *lapilli jactu*, son opposition au changement projeté ou commencé, si l'adversaire n'a pas tenu compte de cette opposition : au moyen de l'interdit, le *possessor juris* obtient immédiatement le rétablissement de l'état de choses qui existait avant sa *prohibitio*. Voici cependant un autre texte d'Ulpien qu'il paraît assez difficile de concilier avec le précédent : « *Meminisse oportebit, quoties quis in nostro ædificare vel in nostrum immittere vel projicere vult, melius esse eum per prætorem, vel per manum* (*id est lapilli ictum*), *prohibere quam operis novi nunciatione ; cæterum, operis novi nunciatione possessorem eum faciemus cui nunciaverimus. Aut, si in suo quid faciat quod nobis noceat, tunc operis novi denunciatio erit necessaria.* » Au premier abord, le sens du texte paraît être ceci : « Lorsque mon voisin empiète sur mon terrain, il vaut mieux pour moi employer l'interdit *uti possidetis* (*per prætorem*), ou lui adresser une *prohibitio* qui me permettra d'employer l'interdit *quod vi aut clam*, plutôt que de lui faire dénonciation de nouvelle œuvre (ce qui le constituerait possesseur). Mais, s'il fait chez lui le travail qui me nuit, la dénonciation de nouvelle œuvre devient nécessaire. » Pourtant le texte précédent, pour le cas où le voisin exhausse sa maison, ce qui est bien *facere quid in suo*, dit positivement que je puis l'arrêter *lapilli jactu* et recourir ensuite, s'il y a lieu, à l'interdit *quod vi aut clam*. Toute antinomie dispa-

rait si l'on admet que dans la L. 5, § 10, *De op. novi nunciat.*, ces mots *si in suo quid faciat* s'appliquent au cas où je ne possédais pas le droit d'empêcher mon voisin de faire chez lui un certain acte. Par exemple, il fait dans son terrain des fouilles, il les fait de telle manière qu'il est à craindre que ma maison ne s'écroule : si j'employais ici la voie d'une *prohibitio*, c'est évidemment un trouble que j'apporterais à la possession du voisin, et au moyen de l'interdit *uti possidetis* il pourrait de suite faire tomber ma prohibition ; il faut donc, dans un cas de ce genre, où je ne possède absolument rien, que je recoure à la dénonciation de nouvelle œuvre. Mais tout autre est le cas prévu dans la L. 6, § 1, *Si servitus vindic.*

Voici encore une décision de Scevola, sur laquelle nous aurons occasion de revenir, et qui montre bien quelle peut être l'utilité de la *possessio juris* : « Vous avez bâti sur votre terrain ; j'intente l'action confessoire pour faire juger que vous n'en aviez pas le droit, attendu que la servitude *non ædificandi* existe au profit de mon fonds ; *non defendis*, vous ne me donnez pas la caution *judicatum solvi*, que doit donner tout défendeur à une action *in rem* : alors la possession me sera transférée, non pas en ce sens que je pourrai immédiatement faire démolir, mais en ce sens que je le pourrai si, dans un certain délai, vous n'avez pas agi pour justifier de votre *jus ædificandi.* » — Nous reviendrons sur cette question dans l'action négatoire.

3413. Dans les servitudes prédiales, le propriétaire du fonds prétendu dominant n'est pas le seul auquel appartienne l'action confessoire. En effet celui qui a, sur ce fonds, un droit de gage ou un droit d'emphytéose, peut également l'exercer, mais seulement comme action utile. (L. 16. D. 8, 1.) Cette action utile appartient-elle à celui qui a un droit d'usufruit sur le fonds en question ? Non, puisqu'il a une action directe résultant de son droit d'usufruitier : « *Si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus, lib. VIII apud Julianum, Labeonis et Nervæ sententiam probat, existimantium servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usumfructum vindicaturum ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire agere, teneri ei quasi non patiatur uti frui.* » (L. 1, pr. D. 7, 6.)

3414. L'action possessoire peut être naturellement intentée contre tous ceux qui nuisent au propriétaire de la servitude, c'est-à-dire non seulement contre celui par lequel le droit est contesté, le propriétaire du fonds servant, mais encore contre celui qui, en fait, gêne le libre exercice de la servitude. (L. 5, § 1 D. 7, 6 ; L. 10, § 1. D. 8, 5). Toutefois, spécialement en ce qui concerne la servitude *oneris ferendi*, l'action confessoire ne peut jamais être exercée

que contre le propriétaire de l'immeuble assujetti. (L. 1, § 1. D. 8, 2; L. 6, § 3. D. 8, 5).

III. — **Action négatoire.**

(*Inst.*, IV, VI.)

« § 2. Il existe aussi, relativement à l'usufruit et aux servitudes d'héritages urbains ou ruraux, des actions réelles qui ont un but entièrement opposé à celui dont nous venons de parler : par exemple, quand nous soutenons que notre adversaire n'a pas l'usufruit d'un fonds, ou qu'il n'a pas le droit de passage, celui d'aqueduc, celui d'élever plus haut, celui de vue, celui de saillie, ou celui de placer des poutres : dans tous ces cas, l'action est réelle, mais négative (action négatoire).

« On ne trouve pas d'action négatoire dans les contestations relatives aux choses corporelles (au droit de propriété); en effet, dans tous les procès de cette espèce, c'est celui qui ne possède pas qui agit; quant à celui qui est en possession, il n'a aucune action pour nier la propriété du demandeur sur la chose en litige. Il est cependant un cas où celui qui possède joue le rôle de demandeur, comme on pourra le voir plus à propos dans les livres plus développés du *Digeste.* »

3415. L'action *négatoire* ou *négative* se rapporte aussi aux servitudes, mais son but est diamétralement opposé à celui de l'action confessoire. La confessoire est donnée à celui qui *affirme* avoir une servitude sur le fonds d'autrui : elle tend, par conséquent, à faire proclamer l'existence d'une servitude au profit du demandeur ; la négatoire, au contraire, est donnée au propriétaire qui nie que sa chose soit grevée d'une servitude au profit du défendeur : elle tend, par conséquent, à faire proclamer la liberté du fonds du demandeur.

3416. Cette action s'exerce dans les mêmes formes que les deux précédentes. Et, en effet, comme on va le voir, malgré sa forme négative, elle contient une véritable affirmation, à savoir que ma chose est libre de toute servitude. C'est pourquoi l'action négatoire ne saurait être intentée que par le propriétaire. Toutefois, si cette règle est incontestée en matière de servitudes prédiales, un texte un peu obscur d'Ulpien avait conduit Pothier à dire : « Dans l'action négatoire, le demandeur doit bien être propriétaire quand il s'agit d'une servitude prédiale, mais cela n'est pas nécessaire, quand il s'agit d'un droit d'usufruit. » (*Pand. Just.* Tit. *Si usus-fructus petatur*, n° 8 »). Voici le texte d'Ulpien : « *Quanquam actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videtur quam alieno, cum invito se negat jus esse utendi fructuario, vel sibi jus esse prohibendi. Quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet,*

vincet tamen, jure quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant. » Pothier a cru que le mot *fructuarius* désignait un véritable usufruitier, tandis qu'évidemment le texte ne désigne, par ce mot, que l'individu qui prétend avoir l'usufruit et qui se comporte en conséquence, ce que prouve bien la petite proposition : « *quamvis fructuarius jus utendi non habet.* » Avec cette explication, le texte devient fort clair : « Quoiqu'une action négatoire soit donnée au propriétaire contre l'homme qui se prétend usufruitier, cependant il s'agit pour ce propriétaire de son propre droit plutôt que du droit d'autrui ; il nie que le prétendu usufruitier ait le droit de se servir de sa chose malgré lui, ou il affirme que lui-même a le droit de l'empêcher de s'en servir. S'il se trouve que le demandeur n'est pas propriétaire, alors le prétendu usufruitier, bien que n'ayant réellement pas le droit de se servir de la chose, triomphera cependant par suite de la règle qui veut que le possesseur l'emporte quoique n'ayant aucun droit. »

3417. I. Le propriétaire agit négatoirement contre quiconque l'empêche de disposer librement de sa chose, ou se permet sur elle des entreprises qu'une servitude seule peut autoriser. (LL. 4, § 7; 13; 14, § 1; 17. D. 7, 6.)

Il semble, au premier abord, que l'action négatoire ne soit qu'une superfétation : au lieu de s'attacher ainsi au droit du défendeur *pour le nier*, le demandeur ne pourrait-il pas aller plus directement au but par l'action en revendication, en *affirmant purement et simplement que le fonds lui appartient*? Comme les fonds sont présumés libres jusqu'à preuve contraire, il semble que le propriétaire arriverait ainsi au but qu'il veut atteindre, sauf à discuter la question d'existence ou de non-existence de la servitude, si le défendeur à la revendication venait à en alléguer une, pour justifier les entreprises qu'il a pu commettre contre la liberté du fonds du demandeur. Cette marche paraîtrait aussi devoir procurer au propriétaire un avantage inestimable : celui de n'avoir point à prouver un fait négatif, preuve toujours fort difficile et le plus souvent tout à fait impossible. — Cette observation a certainement quelque chose de spécieux ; toutefois, en y réfléchissant un peu, on ne tarde pas à se convaincre que l'action négatoire est absolument nécessaire. Pour cela, il suffit de se reporter à la formule de la revendication : « *Si paret rem A. Agerii esse ex jure Quiritium;* » cette formule met en question la propriété, abstraction faite des servitudes qui peuvent l'avoir démembrée ; en d'autres termes, elle n'implique nullement la négation des servitudes que le défendeur peut avoir sur la chose revendiquée ; si donc le défendeur ne prétend

point à la propriété, s'il soutient seulement avoir une servitude, il n'y a pas de contradiction véritable entre les deux plaideurs; leurs prétentions ne se rencontrent pas, ne se heurtent pas; ils peuvent avoir raison tous deux à la fois. Ainsi donc, alors même que le juge reconnaîtrait que le demandeur est propriétaire, il n'y aurait rien à en conclure contre un défendeur qui n'a jamais contesté la propriété à son adversaire, et qui s'est borné à soutenir que lui, défendeur, avait un droit de servitude. — Au premier abord, cette raison paraît moins tirée du fond des choses que des termes dans lesquels est conçue la formule romaine ; et sous ce rapport, si elle justifie suffisamment la création d'une action négatoire dans une procédure réglée au moyen de formules inflexibles, elle semble insuffisante pour rendre raison de cette action dans une procédure qui, comme la nôtre, permettrait au demandeur de formuler sa demande comme il le trouve le plus utile à ses intérêts. Il semble donc que, pour éviter l'usage de l'action négatoire, il suffirait au demandeur de formuler ainsi sa revendication : « Je soutiens que j'ai la propriété *libre et franche* de tel fonds. » Mais ce n'est là qu'un pur jeu de mots ; et, dans la réalité, par l'addition de ces mots *franche et libre*, la prétendue revendication serait une véritable action négatoire, puisque, après avoir établi la propriété *in genere*, le demandeur aurait encore à prouver que cette propriété est *franche et libre*, ce qui n'est autre chose que la négation de la servitude prétendue par le défendeur. — Quant à la preuve, si le défendeur est en possession de la servitude, il serait inique qu'à l'aide d'un détour de langage on pût lui imposer une obligation qui, en toute justice, doit retomber sur celui qui tend à déranger l'état de choses existant.

3418. II. Les réflexions qui précèdent montrent que, pour distinguer la confessoire de la négatoire, il ne faut pas s'attacher aux mots, mais au fond des choses. De même, en effet, que nous venons de voir qu'il serait possible de formuler une action négatoire avec une forme affirmative de langage, de même il arrive fréquemment que l'action confessoire (*affirmative*) soit rendue par une tournure négative. Cela arrive toutes les fois que la servitude revendiquée consiste à empêcher le propriétaire du fonds servant d'user de la propriété comme tout propriétaire a le droit de le faire, d'après la loi du pays. Ainsi à Rome, où chacun pouvait planter à fin d'héritage, c'était une action confessoire que de dire : Je soutiens que Titius ne peut planter à moins de six pieds.

3419. III. La revendication de propriété n'est jamais accordée au possesseur : *sufficit ei quod possideat*. Les raisons données à l'appui

de cette règle paraissent parfaitement applicables aux actions confessoire et négatoire; cependant il est certain que l'action confessoire pouvait être exercée même par celui qui se trouvait en possession de la servitude qu'il venait revendiquer; et que, pareillement, l'action négatoire n'était point refusée au propriétaire, alors même qu'il aurait eu la possession *libre* de son fonds. (L. 5, § 7. D. 7, 6; L. 6, § 1. D. 8, 5.) Cette anomalie, qu'il serait, je crois, difficile de justifier en raison, s'explique, en droit romain, par des circonstances toutes locales.

3420. Quant à la confessoire, il faut se rappeler que les Romains n'avaient point d'abord admis que les servitudes fussent susceptibles de possession; en conséquence, dans l'origine, les divers interdits créés par le préteur pour protéger la possession ne se référaient qu'à la possession complète : celle dans laquelle le possesseur aspire à la propriété (*animo domini*). A cette époque donc, celui qui avait l'exercice d'une servitude, ne trouvant, ni dans le droit civil, ni dans le droit prétorien, aucun moyen légal pour protéger cet exercice, en tant que possession, n'avait d'autre ressource que d'agir au pétitoire, par action confessoire, contre ceux qui le troublaient dans l'exercice de son droit. Et quand, plus tard, on étendit les interdits à la quasi-possession des servitudes, on ne songea pas à abroger la règle qui s'était établie comme conséquence forcée du régime antérieur; mais comme il est, en général, bien plus commode d'agir au possessoire qu'au pétitoire, il est vraisemblable que les possesseurs de servitudes devaient bien rarement user de la permission d'agir *de plano* par action confessoire [1].

Cette explication ne paraît point d'abord applicable à la difficulté considérée par rapport à l'action négatoire. En effet, de deux choses l'une : si le propriétaire n'est point troublé dans la libre possession de la chose, ne peut-il pas attendre que celui qui prétend

---

1. M. Demangeat (t. II, p. 584) reproduit, sans en nommer les auteurs, cette autre explication relative à l'établissement et au maintien de l'action négatoire en matière de servitudes : « En matière de choses corporelles, le possesseur n'a pas besoin d'une action négatoire, il lui suffit d'avoir des interdits : l'adversaire dont il aura triomphé au moyen d'un interdit le laissera maintenant tranquille, ne le troublera plus. Au contraire, entre personnes dont les droits concourraient sur la même chose, un règlement définitif est plus nécessaire : celui qui prétend exercer une servitude sur mon fonds ne se tiendra pas pour battu tant que je n'aurai pas obtenu une sentence déclarant qu'il n'a pas le droit de servitude. Il y a une sorte d'intérêt public à ce que je puisse obtenir cette sentence, à ce que je ne sois pas réduit à me contenter d'une décision sur le possessoire : c'est un moyen de prévenir les risques et les voies du fait. On a donc bien fait de conserver l'action négatoire, même après l'établissement des interdits quasi-possessoires. »

avoir une servitude sur cette chose vienne l'attaquer par action confessoire? Et si, au contraire, il est troublé par des voies de fait, pourquoi n'aurait-il pas recours à l'interdit direct *uti possidetis* [1], puisque cet interdit a été précisément imaginé pour ceux qui, comme le propriétaire dont il s'agit, possèdent un immeuble *animo domini*? — Il faut remarquer que, par sa formule même, l'interdit *uti possidetis* suppose que chacun des plaideurs prétend également posséder *animo domini;* qu'ainsi il est inapplicable, du moins directement, au cas où l'une des parties, n'élevant aucune prétention à la possession proprement dite, invoque seulement la quasi-possession d'une servitude ; en réalité donc, il y avait ici pour le propriétaire même disette de moyens possessoires que pour le possesseur de servitude ; et, par conséquent, même nécessité, pour lui, de recourir à l'action pétitoire négatoire, pour faire cesser le trouble qu'apporteraient à sa libre possession ceux qui prétendraient exercer sur le fonds des actes constitutifs de servitude.

3421. IV. Mais, de ce que le propriétaire en *libre* possession de son fonds se trouvait, par suite des lacunes du droit en matière possessoire, dans la nécessité de prendre au pétitoire le rôle de demandeur, s'ensuit-il qu'il dût, comme tout autre demandeur, faire la preuve de sa demande? Cela eût été bien inique : par cela même qu'il est juste de mettre la preuve à la charge de celui qui veut changer l'état de choses existant, il est inique de la mettre à la charge de celui qui, au contraire, se borne à repousser une innovation : cela est vrai surtout dans le cas qui nous occupe, puisque la preuve de l'action négatoire est le plus souvent logiquement impossible. Il est donc vraisemblable que le propriétaire, agissant par action négatoire, n'était tenu à la preuve qu'autant que les actes de servitude qu'il voulait faire réprimer constituaient un *fait consommé;* et qu'il n'avait rien à prouver, rien hormis sa propriété, quand les faits de trouble, formant l'objet de sa plainte, constituaient, de la part du défendeur, une tentative d'exercer la servitude plutôt qu'un exercice consommé de cette servitude. Telle paraît être la décision d'Ulpien : « *Sed si quæritur quis possessoris quis petitoris partes sustineat, sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi deberi ait; si vero non sunt immissa, eum qui negat.* » Il s'agit, dans ce texte, de la servitude qui consiste à placer des poutres dans le mur du voisin : les poutres sont-elles déjà placées, c'est au propriétaire (du mur), qui demande l'enlèvement de ces poutres, à établir que le voisin n'avait

---

1. Ou *unde vi* s'il y avait eu des actes de violence.

pas le droit de les placer; si, au contraire, les poutres ne sont point encore en place, s'il y a seulement une tentative, le propriétaire du mur n'a plus rien à prouver; car c'est lui qui combat pour le maintien du *statu quo*, et le *statu quo* n'a pas besoin d'être justifié : « *In pari causa, potior causa possidentis.* » Et remarquez qu'en posant cette règle si sage, Ulpien ne semble d'ailleurs nullement se préoccuper de savoir quelle est celle des parties qui, *dans l'ordre de la procédure*, joue le rôle de demandeur, c'est-à-dire qui a cité l'autre devant la justice. (L. 8, § 3. D. 8, 5.)

3422. Cette opinion, qui pourrait s'appuyer encore sur un autre texte d'Ulpien (L. 6, § 1. D. 8, 5), a été combattue par M. Demangeat. Le savant professeur trouve que logiquement « elle doit mener trop loin ceux qui l'enseignent. En effet la distinction qu'ils font pour l'action négatoire, ils doivent la faire aussi pour l'action confessoire, et certes le texte d'Ulpien ne parle pas exclusivement de la première. Voilà donc un homme qui, parce qu'en fait il exerce une servitude, est absolument dispensé de prouver que le droit de servitude lui appartient! Jamais je ne croirai que ce soit là l'idée qu'Ulpien a voulu exprimer. Son idée me paraît être simplement que celui des deux voisins qui est *possessor* peut provisoirement, au moyen d'interdits, empêcher tout changement. L'état de choses qui actuellement existe en fait, qu'il soit conforme à la prétention de celui qui prétend avoir un droit de servitude, ou conforme à la prétention du propriétaire qui prétend que la chose est libre de servitude, cet état de choses ne sera pas modifié tant qu'il n'y aura pas eu jugement sur le fond : voilà, selon moi, tout l'avantage indiqué par Ulpien comme appartenant au *possessor*. » Précisément; jusque-là nous sommes absolument d'accord avec M. Demangeat : l'état de chose existant, le *fait consommé*, sera respecté jusqu'au jugement. Mais, pour arriver à ce jugement, il faut prouver, soit la non-existence de la servitude, soit l'existence de la servitude. En d'autres termes, il y a preuve à faire contre l'état actuel des choses, et cette preuve paraît en saine raison devoir incomber à celui qui conteste la légitimité de cet état actuel tel qu'il est, c'est-à-dire, suivant le cas, au demandeur ou au défendeur. — Mais M. Demangeat en juge autrement et voici son système : c'est toujours à celui qui intente l'action négatoire à prouver l'inexistence de la servitude. Mais, comme la preuve d'une négation est philosophiquement impossible, notre savant contradicteur suppose que le défendeur est contraint, au moyen d'une *interrogatio in jure*, de faire connaître comment il a acquis la servitude qu'il prétend avoir, et dès lors le demandeur n'a plus qu'à prouver que l'acquisition n'a

pu se faire dans les circonstances indiquées ! — Mais, en dispensant même ce système de présenter les sources d'où il résulterait, je me demande si ce n'est pas précisément mettre, en fait, la preuve de son droit, à la charge du défendeur, que de le forcer, en réponse à l'*interrogatio in jure*, d'indiquer les origines de son droit prétendu?

Sans aller plus loin, signalons une troisième opinion, présentée par M. de Vangerow, et d'après laquelle le demandeur n'a pas, en général, à prouver l'existence de la servitude. En effet cette inexistence est le droit commun : elle doit donc se présumer. Seulement, lorsqu'il reconnaît que le défendeur a eu un droit de servitude, mais en ajoutant qu'aujourd'hui ce droit est perdu, c'est à lui à prouver que telle cause en a amené l'extinction.

3423. V. Ce que nous avons vu plus haut, en exposant la doctrine combattue par M. Demangeat, nous fournit l'explication d un texte célèbre par le tourment qu'il a donné aux interprètes : « *Sane* UNO CASU QUI POSSIDET *nihilominus* PARTES ACTORIS *obtinet, sicut in la-tioribus Digestorum libris opportunius apparebit* . » (§ 2 de notre texte.) — On a demandé quel était ce cas unique dont parle Justinien, et pour lequel il renvoie si malencontreusement son lecteur à la masse du *Digeste*. Il me semble évident que Justinien veut parler de l'action négatoire, cas auquel le propriétaire, bien qu'en possession de son fonds, est cependant obligé de jouer le rôle de demandeur contre ceux qui prétendent avoir des droits de servitude sur son fonds.

3424. M. Du Caurroy expliquait la chose tout autrement : suivant cet auteur, il s'agirait ici du cas où le propriétaire, attaqué par action publicienne, se défend en opposant l'exception *justi dominï*.

Mais cette explication n'est pas vraisemblable : peut-on raisonnablement supposer que, dans un texte consacré aux actions confessoire et négatoire, Justinien ait laissé de côté un exemple qui était en quelque sorte sous sa main, pour aller songer à une hypothèse compliquée qui n'avait aucun rapport direct avec le sujet qui lui suggérait son observation? Ne serait-il pas en outre bien bizarre qu'il se fût appliqué à poser ainsi une énigme à la jeunesse studieuse pour laquelle il avait ordonné la composition des *Institutes?* D'ailleurs Justinien suppose que le possesseur exerce une *action*, et non qu'il oppose une *exception*. Je n'admets pas non plus que les mots *partes actoris obtinere* signifient ici, comme le pense M. du Caurroy, que le possesseur *est chargé de la preuve*. Je crois avoir démontré tout à l'heure que, dans l'action négatoire, au moins jusqu'à l'époque où l'on accorda au propriétaire l'interdit *uti possidetis* utile, la question de preuve devait se décider indé-

pendamment du rôle que le propriétaire avait dans la procédure.

3425. M. Demangeat, après avoir penché longtemps en faveur du système dû à M. du Caurroy, l'a purement et simplement abandonné, et voici quelle est son opinion personnelle sur ce point délicat :

Si Justinien renvoie au *Digeste*, on peut en conclure que le cas dont il parle appartient à une matière non traitée dans les *Institutes*. Et cette matière serait précisément la *novi operis nunciatio*. Voici l'espèce : Mon voisin entreprenant un certain travail, une innovation contraire à ma possession, je veux l'arrêter de suite, et, sans recourir aux interdits possessoires ou quasi-possessoires, j'emploie cette procédure toute spéciale dite *novi operis nunciatio*. De cette façon, j'ai la satisfaction de contraindre mon voisin à interrompre brusquement ses travaux, car, s'il les continuait, un interdit spécial le forcerait à rétablir les choses dans l'état existant au moment de la *nunciatio*. Mais, par contre, je renonce à tous les moyens possessoires qui m'appartenaient : suivant les cas, je devrai intenter la revendication, ou l'action négatoire, ou l'action confessoire, et prouver que le voisin avait agi sans droit. C'est donc moi qui aurai le fardeau de la preuve quoique possesseur. (L. 1, § 6. D. 39, 1.)

3426. On peut objecter à cette explication, qu'il serait fort étrange de voir faire, par le rédacteur des *Institutes*, une allusion si obscure à une matière aussi spéciale que la *novi operis nunciatio*. Mais, de plus, il faut remarquer la phrase du texte cité : « *In operis novi nunciatione, possessorem adversarium facimus.* » — L'effet de cette procédure toute spéciale et fort curieuse est donc, de par la loi, de déposséder le *nuncians* de la possession, au profit de son adversaire. Il est donc tout naturel que ce soit le *nuncians* qui désormais soit appelé à faire la preuve. Et cette situation ne répond plus à l'allusion des *Institutes*.

IV. — **Pétition d'hérédité**[1].

3427. La pétition d'hérédité est aussi une action réelle (*vindicatio*) et une *vindicatio rei incorporalis*, car le droit héréditaire, que le demandeur affirme lui appartenir, est absolument distinct des choses corporelles qui peuvent en dépendre. (LL. 25, § 18, et 50. D. 5, 3.)

---

1. Les *Institutes* (§ 28) placent cette action parmi les actions de bonne foi. Ce n'est pas sa place puisqu'elle est *in rem*, et que les actions *in personam* peuvent seules être de bonne foi.

Elle est *totale* ou *partielle*, ou, comme nous dirions en France, *universelle* ou à *titre universel*, selon que le demandeur se prétend héritier pour le tout (*ex asse*), ou seulement pour une quote-part (*ex parte*). Cette distinction se réfère exclusivement au titre sur lequel se fonde le demandeur, et nullement à la chose qu'il réclame du défendeur. — Ainsi, quand le demandeur se prétend seul héritier, la pétition est universelle, alors même que le défendeur ne posséderait qu'un objet singulier; et réciproquement elle serait *partielle*, alors même que le défendeur posséderait toute l'hérédité, si le demandeur ne se prétendait héritier que pour une partie. (L. 1, §1. D. 5,4.)

3428. I. La pétition d'hérédité directe compète à quiconque est héritier (*hæres*) soit testamentaire, soit *ab intestat*, soit d'après l'ancien droit, soit d'après les constitutions nouvelles. (LL. 1, 2, 3, 34. D. 5, 3.) — Le successeur prétorien (*bonorum possessor*) et le fidéicommissaire universel ne sont point reconnus pour héritiers proprement dits par le droit civil ; ils ne peuvent donc exercer la pétition d'hérédité directe; mais, à l'aide sans doute de quelque fiction analogue à celles dont il a été parlé plus haut, on avait fini par leur accorder la pétition d'hérédité utile dont les résultats pratiques sont absolument semblables. (D. 5, 5 et 6.)

3429. II. La pétition d'hérédité n'a lieu que contre ceux qui, possédant *pro hærede* ou *pro possessore* tout ou partie de l'hérédité, ou même un objet particulier qui en dépend, contestent le droit du demandeur à la succession. On ne peut, en effet, agir par pétition d'hérédité contre celui qui, ne contestant pas au demandeur le titre et la qualité d'héritier, possède comme *acheteur*, comme *donataire*, etc., soit des choses particulières que le demandeur prétend faire partie de la succession, soit même une partie de la succession. Ainsi la première chose à faire pour le demandeur, c'est d'interroger *in jure* le défendeur sur la qualité en laquelle il prétend posséder; de la réponse qu'il fera dépendra le choix de l'action à diriger contre lui. (L. 11. D. 5, 3.)

Est dit posséder *pro hærede* celui qui, à tort ou à raison, de bonne ou de mauvaise foi, se prétend héritier et conteste cette qualité au demandeur. (L. 11, pr. D. 5, 3.) — Possède *pro possessore* celui qui ne peut alléguer aucune cause légitime de sa possession. (LL. 11, § 1; 12; 13. D. 5, 3.)

Au surplus, dès que le défendeur prétend posséder *pro hærede*, il est soumis à l'action en pétition d'hérédité, alors même que, ne possédant en réalité aucun *corps* héréditaire, il aurait seulement acquis, à l'occasion de l'hérédité, quelque droit ou quelque action (*possessor juris*). Par exemple, si celui qui possédait *pro hærede* a été

violemment expulsé par un tiers, la faculté, d'agir contre ce tiers, par l'interdit *unde vi*, est considérée comme une possession de droit suffisante. On pourra donc agir contre lui par pétition d'hérédité, à l'effet d'obtenir de lui la cession de cet interdit.— On pourrait pareillement agir contre l'auteur de la violence qui, lui, possède *pro possessore*. (L. 16, § 4 .D. 5, 3.) — Il en faut dire autant du cas où le possesseur *pro hærede* aurait aliéné une chose héréditaire : il est tenu par la pétition d'hérédité de restituer le prix, s'il l'a déjà reçu, sinon de céder son action contre l'acheteur. Dans cette hypothèse, l'héritier pourra-t-il agir contre le tiers acquéreur? Il est évident d'abord que ce dernier ne peut être actionné par pétition d'hérédité; car il ne possède ni *pro hærede*, ni *pro possessore*, mais bien *pro emptore*. Mais l'héritier peut agir contre lui en *revendication*, à moins toutefois que le possesseur *pro hærede* (héritier apparent) ne fût de bonne foi au moment de la vente. Dans ce cas, en effet, pour ne pas exposer le possesseur de bonne foi aux conséquences fâcheuses du recours en éviction, on refuse à l'héritier l'action en revendication contre l'acheteur. (LL. 16, §§ 5 et 7 ; 25, § 17. D. 5, 3.)

Enfin la pétition d'hérédité peut encore être exercée contre celui qui, ayant possédé *pro hærede* ou *pro possessore*, a cessé de posséder par dol (LL. 13, § 14; 25, § 2. D. 5, 3); et même contre celui qui, n'ayant jamais rien possédé, se serait néanmoins offert au procès, en déclarant faussement posséder *pro hærede* tout ou partie de la succession, (LL. 13, § 13; 45. D. 5, 3.)

3430. La pétition d'hérédité, ne pouvant ainsi être intentée que contre certains possesseurs, diffère profondément, en ce point, de la revendication qui peut, au contraire, être intentée contre un possesseur quelconque. — Cette circonstance explique pourquoi on appelle parfois cette action *mixta personalis*. (L. 7, C. 3, 31.) Mais, à un autre point de vue, elle est aussi *mixta personalis*; en effet, tout en étant essentiellement une action *in rem* (et c'est ce qui nous en a fait placer l'étude parmi les actions réelles civiles), elle joue aussi le rôle d'une action personnelle. Tout d'abord, comme on le verra plus bas, elle sert à poursuivre, contre le possesseur, « *præstationes quasdam personales, utpote eorum quæ a debitoribus sunt exacta, idem pretiorum.* » (L. 25, § 18, D. 5, 3.) Ensuite, la pétition d'hérédité peut être employée contre les débiteurs du défunt pour les forcer à payer, mais seulement si ces débiteurs contestent la qualité du demandeur, en se prétendant eux-mêmes héritiers. (LL. 13, § 15; 42. D. 5, 3.) En effet, si les débiteurs héréditaires se refusaient purement et simplement à payer, sans contester la qualité de l'héritier, et sans s'attribuer cette qualité à eux-

mêmes, ils seraient seulement tenus de l'action personnelle qui appartenait au *de cujus*.

3431. III. De ce qui a été dit plus haut résulte bien clairement la nature de la preuve à faire par le demandeur en pétition d'hérédité. Il lui suffit de prouver qu'il est héritier pour l'emporter sur quiconque possède seulement *pro hærede* ou *pro possessore*. Cette preuve serait, au contraire, insuffisante contre quiconque possèderait en vertu d'une acquisition spéciale, comme une vente, une donation : contre de tels possesseurs, l'héritier devrait agir par revendication, sauf à ceux-ci à opposer l'exception *quod præjudicium hæreditati non fiat inter actorem et eum qui venum dedit*. (LL. 13, § 1 ; 25, § 17, D. 5, 3 ; L. 7, C. 3, 31.)

IV. La procédure de la pétition d'hérédité était la même que celle de la revendication de propriété. Pour l'une, comme pour l'autre, il y avait, au temps de Gaïus, trois formes distinctes : 1° L'action de la loi *per sacramentum*, quand le procès devait être porté devant les centumvirs ; il n'y avait pas alors de délivrance de formule, on se bornait à accomplir devant le magistrat le rite de l'action de la loi ; — 2° la *sponsio*, qui imitait l'action de la loi, mais par suite de laquelle on délivrait aux parties une formule conçue *in personam ;* — 3° enfin la formule pétitoire. (Cicéron, *De oratore*, I, 38 ; L. *ult.* C. 3, 31 ; Gaïus, IV, §§ 17, 31, 91-95.)

Toutes les analogies sont d'accord pour nous faire penser que la pétition d'hérédité, comme la revendication, était une action *arbitraire*, et, qu'en conséquence, la demande une fois justifiée, le juge devait régler, par un *jussus*, la restitution à faire par le défendeur, sauf à le condamner ultérieurement, dans le cas où il n'obéirait pas au *jussus*. Cependant Justinien range la pétition d'hérédité parmi les actions de *bonne foi* (*Inst.*, § 28, *in fine* de n. t.), ce qui semble supposer qu'au moins au temps de cet empereur le juge n'avait plus de *jussus* à rendre, et que les restitutions se trouvaient immédiatement et définitivement réglées par une *condamnation* proprement dite, sans *jussus* préalable.

3432. En agissant ainsi, Justinien allait plus loin dans la voie qui lui avait été indiquée par certains jurisconsultes. En effet, il faut savoir qu'à raison des rapports multiples que le juge de la pétition d'hérédité peut avoir à examiner, Paul avait admis que l'exception *doli mali* devait toujours être sous-entendue, sans avoir besoin d'être insérée dans la formule. Après avoir admis que l'on doit tenir compte des impenses au possesseur, même de mauvaise foi, Paul explique ainsi le motif de cette décision : « *Et id ipsum officio judicis continebitur*, NEC EXCEPTIO DOLI MALI DESIDERATUR. » (L.

38. D. 5, 3.) Javolénus et Scévola partageaient cette opinion. (LL. 44 et 58. D. 5, 3.) Gaïus et Papinien, au contraire, considéraient que l'exception *doli mali* ne pouvait être sous-entendue dans la pétition d'hérédité plus que dans la revendication. (LL. 39, § 1 ; 50, § 1. D. 5, 3.)

Remarquons encore que Justinien va plus loin encore que Paul, Javolenus et Scévola. En effet, ces jurisconsultes admettaient sans doute que, dans la pétition d'hérédité, il pouvait y avoir *plus-pétition*, et que le défendeur devait donner caution *judicatum solvi*, tandis que la pétition d'hérédité, étant sous Justinien une action de bonne foi, ne comporte pas une plus-pétition, et ne peut jamais imposer au défendeur la *cautio judicatum solvi*. (L. 1, § 5. D. 5, 4 ; L. 5 pr. et § 1. D. 5, 3 ; Gaïus, IV, §§ 88 et suiv.)

3433. Les restitutions à faire par le défendeur comprenaient, en général, non-seulement toutes les choses héréditaires corporelles ou incorporelles possédées par le défendeur, avec leurs fruits et accessoires, mais encore tout ce que le possesseur avait acquis à l'occasion de l'hérédité (L. 25, § 18. D. 5, 3), ainsi que le prix des choses héréditaires vendues par lui, et les sommes reçues des débiteurs héréditaires.

Il y avait, au reste, de notables différences, relativement à ces restitutions, entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. — Le premier n'est tenu de restituer que les choses ou les droits qu'il a réellement possédés ; le second est tenu même à raison des choses qu'il a omis de posséder ou qu'il a cessé de posséder par dol. (LL. 19 ; 20, pr., et §§ 1 et 3 ; 27 ; 32 ; 40. D. 5, 3.)

Ainsi le possesseur de mauvaise foi est tenu à raison des choses qu'il a aliénées, alors même qu'il n'en aurait pas profité ; le possesseur de bonne foi n'en est tenu que jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi. (LL. 23 ; 25, § 1 ; 11 ; 15 ; 16. D. 5, 3.) — Mais cette différence se manifeste surtout relativement aux fruits des choses héréditaires : le possesseur de bonne foi n'étant tenu des fruits perçus qu'autant qu'il est devenu plus riche, ne l'est jamais, à plus forte raison, pour ceux qu'il n'a point perçus ; le possesseur de mauvaise foi, au contraire, non-seulement doit compte de tous les fruits perçus, mais il doit la valeur *au double* de tous ceux qu'il aurait dû ou pu percevoir. (L. 40, § 1. D. 5, 3.) Ces différences ne se réfèrent qu'au temps antérieur à la *litis contestatio* ; car, à partir de ce moment, tout possesseur est réputé de mauvaise foi. (L. 25, §§ 7 et 11. D. 5, 3.)

3434. A l'égard des fruits perçus par le possesseur de bonne foi, on observe, entre la revendication et la pétition d'hérédité

quelques différences remarquables. Dans la revendication, le possesseur n'est jamais tenu des fruits perçus et consommés de bonne foi *avant la* LITIS CONTESTATIO ; il en est tenu, au contraire, dans la pétition d'hérédité, au moins jusqu'à concurrence du profit qu'il en a retiré ; cela tient à ce que le droit héréditaire, revendiqué dans la pétition d'hérédité, est une *universalité* qui s'accroît de tous ses produits : « *Fructus autem omnes augent hæreditatem.* » — C'est sans doute par suite de la même idée que les fruits sont toujours compris dans la pétition d'hérédité ; dans la revendication d'une chose singulière et déterminée, au contraire, si le juge peut les comprendre dans le *jussus*, par lequel il règle la restitution, il n'est point tenu de le faire ; et le demandeur, qui ne les a point obtenus dans la revendication de la chose, peut les réclamer par action séparée, savoir : par revendication, s'ils existent encore, et par condiction, s'ils n'existent plus.

3435. De son côté, — et c'est la conséquence de l'exception *doli mali* que nous avons vu être sous-entendue dans la pétition d'hérédité, — le défendeur doit être indemnisé des dépenses qu'il a faites à l'occasion de la succession. Si ces frais ont été faits pour les fruits, tout possesseur de bonne ou de mauvaise foi a le droit de les exiger, en tant qu'il restitue les fruits. (L. 36, § 5. D. 5, 3.) Quant aux impenses qui ont eu pour objet la substance même de la succession, le possesseur de bonne foi obtient indemnité même pour celles qui se trouvent perdues ; le possesseur de mauvaise foi a droit : aux impenses *nécessaires* dans tous les cas, aux impenses *utiles* jusqu'à concurrence de l'avantage qui en subsiste encore ; enfin, quant aux dépenses voluptuaires, il a seulement le droit de les enlever. (LL. 38 et 39. D. 5, 3.)

§. II. — ACTIONS RÉELLES PRÉTORIENNES

3436. Il s'agit maintenant d'étudier les diverses actions réelles créées par le préteur, pour corriger ou compléter le droit civil. Ces actions étaient tantôt des actions fictives, tantôt des actions *in factum*. (V. n^os^ 3369 et suiv. et n° 3383 et suiv.)

« § 3. Les actions dont nous venons de parler et autres semblables tirent leur origine des lois et du droit civil ; il en est d'autres, tant parmi les actions réelles que parmi les actions personnelles, que le préteur a établies en vertu de sa juridiction : nous allons donner des exemples des unes et des autres.

« Les actions réelles prétoriennes les plus usitées sont celles par lesquelles le préteur permet au demandeur d'agir *in rem*, comme s'il eût usucapé ce qu'en réalité il n'a pas usucapé ; ou, à l'inverse, comme si le possesseur, son adversaire, n'eût pas usucapé ce qu'en réalité il a usucapé.

I. — Action publicienne.

« § 4. En effet, si celui à qui une chose a été livrée à titre de vente, de donation, de dot, de legs, ou à tout autre juste titre, vient à en perdre la possession avant d'en avoir acquis la propriété, il n'a aucune action réelle directe pour la poursuivre : car le droit civil n'a établi d'action qu'en faveur des propriétaires, pour qu'ils puissent revendiquer leur propriété. Mais, comme il était certainement trop dur que, dans le cas dont nous nous occupons, celui à qui la chose a été livrée n'eût absolument aucune action pour recouvrer la chose dont il a perdu la possession, le préteur en a imaginé une dans laquelle celui qui a perdu la possession soutient avoir déjà usucapé la propriété, et, à l'aide de cette fiction, revendique la chose comme lui appartenant. Cette action est appelée publicienne, du nom du préteur Publicius qui, le premier, l'introduisit dans l'édit. »

3437. Nous avons déjà donné une idée générale et la formule de la publicienne. (N° 3374.) Comme cette formule l'indique si nettement, *la publicienne* n'est autre chose qu'une revendication fondée sur la supposition que, au moment où il a perdu la possession de la chose qu'il revendique, le demandeur avait déjà accompli une usucapion qui n'était en réalité que commencée. Cette notion conduit naturellement à cette règle : que le demandeur par action publicienne doit, en général, prouver qu'il réunissait toutes les conditions requises pour l'usucapion, sauf la *durée de la possession*, dont cette action a précisément pour but de lui faire remise. Il faut donc que celui qui agit par publicienne prouve : 1° que la chose était susceptible d'usucapion ; 2° qu'elle lui avait été livrée *ex justa causa*, c'est-à-dire avec l'intention de lui en transférer la propriété; 3° enfin que lui, demandeur, était de *bonne foi* au moment où cette tradition lui a été faite. Ainsi le but de la publicienne est d'assurer, par anticipation, à celui qui est en voie d'acquérir la propriété par usucapion, un avantage que le droit civil ne lui accorderait qu'au bout d'un an ou de deux ans. Habitués que nous sommes à des prescriptions de dix, vingt et trente années, nous avons peine à comprendre que le préteur ait pu sentir le besoin de venir au secours du possesseur, en abrégeant encore en sa faveur les délais, pourtant si courts, de l'usucapion romaine : ce fait s'explique par la remarque que l'action publicienne n'a jamais pour but de dépouiller malgré lui le propriétaire contre lequel court l'usucapion; nous allons le montrer en parcourant les diverses situations auxquelles s'applique cette action.

3438. *La tradition* était insuffisante, nous le savons, pour transférer la propriété des choses *mancipi* : en conséquence, alors même que la tradition d'une chose de cette nature avait été faite *par le propriétaire*, avec intention et pouvoir d'aliéner, la propriété quiri-

taire, et avec elle l'action en revendication, continuait à appartenir à l'auteur de la tradition, qui pouvait ainsi, dès le lendemain de l'aliénation, revendiquer, contre toute équité, ce qu'il avait vendu ou donné la veille. L'usucapion était sans doute un premier remède à ce mal, mais un remède bien imparfait, puisque l'acquéreur se trouvait ainsi livré, sans défense, pendant un an ou deux ans, aux injustes caprices de son vendeur. Un tel état de choses appelait l'intervention du préteur, et l'exception *rei venditæ et traditæ* vint fournir au possesseur de la chose *mancipi*, livrée *a domino*, le moyen de repousser une revendication conforme à la rigueur du droit civil. — Mais l'exception n'est qu'un moyen de défense; et, dès lors, si elle suffit à protéger celui qui possède, elle ne saurait jamais être employée par celui qui a cessé de posséder. L'acquéreur par tradition d'une chose *mancipi*, qui en avait perdu la possession avant que l'usucapion fût accomplie, n'aurait donc eu aucun moyen de la recouvrer, si le droit prétorien ne fût venu à son secours en créant l'action publicienne.

Considérée dans cette première application, l'action publicienne peut être intentée avec un égal succès contre tout possesseur. Si le possesseur se trouvait être le propriétaire même qui a fait la tradition, il pourrait opposer à la publicienne l'exception *justi dominii;* mais le demandeur écarterait facilement cette exception, en faisant insérer dans la formule la réplique de dol. Toutefois, comme cette réplique ne peut être opposée qu'au vendeur ou à ses héritiers, on a introduit la réplique *rei venditæ et traditæ* (ou, en cas de donation : *rei donatæ et traditæ*), qui pourra être opposée même à un acquéreur à titre onéreux de mon vendeur. J'ai ainsi la chose *in bonis*, c'est-à-dire que j'ai en réalité une propriété opposable, en fait, à tout le monde. (L. 4, § 32. D. 44, 4; L. 3. D. 21, 3.) Ainsi, la circonstance que la chose a été *vendue et livrée par le propriétaire* vient toujours, tantôt comme *exception*, tantôt comme réplique, protéger efficacement celui auquel ces actes n'ont pu transférer le domaine quiritaire. C'est ainsi que la possession, d'abord si fragile, résultant pour l'acquéreur de la tradition des choses *mancipi*, avait fini par être protégée tout aussi énergiquement que le domaine quiritaire lui-même, et était ainsi arrivée à former, sous le titre de *in bonis*, une véritable propriété du droit des gens.

3439. Au temps de Justinien, l'*in bonis* n'étant plus distingué de l'*ex jure Quiritium*, cette première application, soit de l'usucapion, soit de la publicienne, ne présentait plus aucun sens [1] : aussi n'en

1. Cela a conduit Justinien à altérer le texte de l'édit, qui est ainsi rapporté

retrouve-t-on dans le *Digeste* que les faibles traces qui ont échappé à l'attention des compilateurs.

3440. II. L'usucapion et l'action publicienne s'appliquaient à un second cas très différent, celui où une chose, soit *mancipi*, soit *nec mancipi*, avait été vendue et livrée par quelqu'un qui n'en était pas propriétaire (*a non domino vendita et tradita*). Naturellement l'action était alors d'une application plus restreinte que dans l'hypothèse qui vient d'être examinée; car, si l'équité autorise à ne pas tenir compte des prétentions d'un propriétaire, quand, abusant d'une simple absence de forme, il entend revenir sur une aliénation librement consentie, rien n'autorise à traiter de même le propriétaire qui, n'ayant jamais aliéné, aurait accidentellement perdu la possession de la chose dont un usurpateur aurait ensuite trafiqué. Dans ce cas, tant que l'usucapion ne sera pas accomplie au profit de l'acquéreur de bonne foi, je pourrai revendiquer contre lui, sans avoir à craindre l'exception *rei venditæ et traditæ*, qui n'a été imaginée que pour un cas tout différent. A plus forte raison, si la chose est revenue en ma possession, pourrai-je repousser victorieusement, par l'exception *justi dominii*, l'action publicienne que l'acquéreur tenterait d'exercer contre moi.

En écartant même le légitime propriétaire, et en supposant que la publicienne soit dirigée contre un possesseur ordinaire, serait-il juste qu'elle amenât toujours le triomphe de celui qui ne peut invoquer d'autre titre que celui-ci : « La chose m'a été vendue et livrée? » Non, sans doute, car il pourrait très bien se faire que le possesseur attaqué eût lui-même acheté et reçu avec une égale bonne foi *a non domino*? Les positions étant égales, auquel donner la préférence? A cet égard, les jurisconsultes romains n'étaient pas bien d'accord. — Nératius donnait dans tous les cas la préférence à la tradition la plus ancienne. Julien, dont l'avis a été adopté par

---

au *Digeste* (L. 1, 5, 2) : « Ait prætor : *Si quis id quod traditur ex justa causa* NON A DOMINO, *et nondum usucaptum petit, judicium dabo.* » Il est évident que ces mots *non a domino* ont été interpolés. Cela résulte de trois raisons : 1° sous cette forme, la publicienne n'aurait pas été applicable à celui qui avait la chose *in bonis*, et cependant, selon toute vraisemblance, c'est pour ce cas précisément qu'elle fut introduite; 2° tous les termes de l'édit se trouvent longuement commentés dans la suite du titre, et il n'est rien dit des mots *non a domino*; 3° enfin le texte de Gaïus nous donne la formule de la publicienne, et cette formule ne contient pas la phrase dont nous nous occupons. — M. Demangeat combat cette opinion; il fait remarquer que d'après Ulpien (L. 7, § 11. D. 6, 2) le préteur disait : *qui bona fide emit*, ce qui implique un vendeur *non dominus*, et il enseigne que les mots *non a domino* ou *bona fide* ne devaient pas figurer dans l'édit de Publicius, mais qu'ils auront ensuite été ajoutés dans l'édit de ses successeurs. — Je ne vois pas de raison pour préférer cette explication hypothétique à celle qu'elle prétend combattre.

Ulpien, distinguait l'origine des deux acquisitions. La chose a-t-elle été vendue et livrée successivement aux deux acquéreurs par le même auteur (*ab eodem non domino*) ? Il donnait la préférence à la tradition la plus ancienne. Les deux traditions émanent-elles d'auteurs différents? Il maintenait le détenteur actuel, sans égard à l'antériorité. (L. 31, § 2, D. 19, 1 ; — L. 6, § 4, D. 6, 2.)—Il me paraîtrait plus logique de préférer toujours le détenteur actuel : *In pari causa potior causa possidentis ;* cette parité ne me semble nullement altérée par l'antériorité de l'une des deux traditions : du moment que l'une et l'autre émanent également *a non domino*, l'antériorité n'a conféré aucun droit, hors la possession ; et la possession actuelle doit l'emporter sur une possession évanouie. Qu'importe, d'ailleurs, que les deux acquéreurs aient traité avec un même auteur ou avec des auteurs différents? Quoi qu'il en soit, on voit que, quant aux choses vendues et livrées *a non domino*, la publicienne, toujours inefficace contre le propriétaire, l'était même souvent encore contre un autre possesseur ayant titre et bonne foi ; c'était donc seulement contre ceux qui auraient possédé sans cause ou sans bonne foi que la publicienne assurait le triomphe du demandeur.

3441. III. Jusqu'ici on a vu l'usucapion et la publicienne soumises aux mêmes conditions, comme deux institutions dont l'une serait seulement destinée à compléter l'autre. Ce parallélisme n'est pas absolu ; car la publicienne pouvait être aussi exercée pour des choses non susceptibles d'usucapion, et notamment pour les servitudes personnelles ou prédiales, rurales ou urbaines, dont la loi Scribonia avait prohibé l'acquisition par usucapion. (L. 4, § 29, D. 41, 3 ; L. 11, § 1. D. 6, 2.)

3442. Pothier explique cette anomalie en disant que, si les servitudes ne pouvaient être acquises par usucapion, elles pouvaient du moins l'être par la possession *longi temporis*. Mais cette explication n'est nullement suffisante : d'abord, parce que l'édit qui a établi l'action publicienne se sert positivement du mot *usucaptum*, et non des mots *longo tempore possessum* ; ensuite, parce que, à la différence de l'usucapion, la longue possession ne faisait pas acquérir un droit positif proprement dit, mais donnait seulement un interdit ou une action *utile* pour protéger la possession. La difficulté serait expliquée plus logiquement, soit en supposant que l'application de la publicienne aux servitudes avait été déjà établie avant la loi Scribonia, et que cette loi n'a pas voulu détruire un usage établi ; soit en supposant, ce qui me semble plus vraisemblable, que, relativement aux servitudes, l'action publicienne n'était qu'une action utile, donnée par extension, *ob utilitatem publicam*.

3443. La publicienne sera-t-elle accordée à celui qui vient à perdre la possession d'un fonds provincial (n° 826) avant d'avoir accompli le temps voulu pour la *præscriptio longi temporis*? Justinien dispose que ce possesseur dépossédé a une action *ad vindicandam rem*, et il énonce que cette action était admise dans l'ancien droit. (L. 8, pr. C. 7, 39.) D'un autre côté, Paul nous dit : *In vectigalibus et in aliis prædiis quæ usucapi non possunt, publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. Idem est si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.* (L. 12, §§ 2 et 3. D. 6, 2.) On peut croire que ces *alia prædia* sont précisément les fonds provinciaux.

3444. IV. Après avoir indiqué les divers rapports auxquels s'appliquait la publicienne, il reste à faire quelques dernières observations sur l'utilité pratique de cette action.

Bien qu'elle eût été imaginée en faveur de ceux qui n'avaient point la propriété quiritaire, elle devait être fort souvent utile à ceux-là mêmes qui avaient acquis cette propriété. En effet, pour agir avec succès par la revendication proprement dite, il ne suffit pas d'être propriétaire, il faut encore être en mesure de le prouver. Or cette preuve est difficile; et même, à parler rigoureusement, elle n'est presque jamais complètement possible. Prouver que la chose m'a été transférée par l'un des modes réglés par la loi, ce n'est point prouver que je suis devenu propriétaire ; car, pour cela, il faudrait qu'il fût d'ores et déjà constant que mon auteur l'était lui-même; à son égard, la même difficulté oblige à remonter à l'auteur précédent, et ainsi de suite jusqu'au premier occupant. Il est vrai qu'en remontant suffisamment, on arrive le plus souvent à se placer sous la protection de l'usucapion ; mais l'usucapion ne se constitue pas seulement de conditions *positives* susceptibles de tomber en preuve, elle est encore subordonnée à des conditions *négatives*, à l'égard desquelles toute preuve est impraticable. Enfin, alors même que tous ces points seraient éclaircis, la preuve offrirait encore une lacune ; car qui peut répondre que mon auteur, avant de consentir l'aliénation dont je me prévaux, ne s'était pas déjà dépouillé par une aliénation antérieure restée secrète? — La preuve mathématique étant donc impossible, on a été conduit, dans la pratique judiciaire, à considérer cette preuve comme suffisamment faite, du moment que le demandeur a prouvé qu'il s'est accompli à son profit l'un des événements qui, habituellement, font acquérir la propriété. A vrai dire, cependant, c'est là bien moins une preuve qu'une présomption; mais c'est une présomption telle qu'elle doit l'emporter sur la simple possession du défendeur. Il

est bien entendu, au reste, que celui-ci est admissible *de plano* à combattre la preuve du demandeur, en établissant l'existence des causes qui, dans chaque espèce, ont pu empêcher que l'événement translatif de propriété, invoqué par le demandeur, ne produisît son effet ordinaire. Au reste, même en la ramenant ainsi, dans les termes de ce qui est praticable, la preuve de la propriété était encore assez difficile pour que l'acquéreur, même le plus légitime, dût souvent désirer de s'en épargner l'embarras : on laissait donc souvent de côté la revendication pour recourir à la publicienne. Si le résultat de cette dernière est moins satisfaisant, moins complet, en ce sens qu'elle ne conduit pas, comme la revendication, à une déclaration de propriété en faveur du demandeur, elle est d'un usage bien plus commode, puisque, pour obtenir gain de cause, au moyen de la publicienne, il suffit au demandeur de prouver que la chose lui a été *vendue* et *livrée*, deux faits dont la preuve ne peut offrir de difficulté sérieuse.

3445. Certaines personnes, et notamment l'héritier fidéicommissaire, le *bonorum possessor* et le *bonorum emptor* (L. 63, pr. D. 36, 1; Gaïus, III, § 80), peuvent avoir une chose *in bonis*, avant de l'avoir encore possédée. Elles n'ont donc pas la publicienne, mais seulement des actions utiles. (Gaïus, II, § 253, et IV, § 34.) De plus, le *bonorum emptor* pouvait intenter une action, dont l'*intentio* est au nom du débiteur exproprié, et la *condemnatio* au nom de l'*emptor*. (Gaïus, IV, § 35.)

Il faut insister sur ce point, c'est que l'héritier fidéicommissaire ne peut jamais, avant sa prise de possession, exercer la publicienne ; en effet, un texte de Paul paraît contredire cette affirmation. Il dit en effet : « *Is qui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest publiciana* ». (L. 12, § 1, D. 6, 2.) Mais ce texte suppose que l'action était née en la personne du *de cujus*, et par conséquent : « *Hæc actio et heredi et honorariis successoribus competit* ». (L. 7, § 9, D. 6, 2.)

II. — De l'action in rem rescisoire dite : contre-publicienne.

« § 5. A l'inverse, si un individu, absent pour le service de la République, ou retenu prisonnier chez l'ennemi, a usucapé, pendant son absence, une chose appartenant à un citoyen qui n'avait pas quitté le pays, ce dernier pourra, dans l'année qui suivra le retour du possesseur, faire rescinder l'usucapion, et revendiquer la chose en soutenant que le possesseur ne l'a pas usucapée, et que par conséquent elle lui appartient toujours. Le préteur, mû par des motifs d'équité, accorde la même action dans plusieurs autres cas, comme on peut le voir dans les livres plus développés du *Digeste*. »

3446. La fiction sur laquelle repose la publicienne étend le principe de l'usucapion, puisqu'elle en fait jouir, par anticipation, un demandeur qui, en réalité, n'a point usucapé. L'action dont nous avons maintenant à nous occuper a un but tout contraire, à savoir, de restreindre le principe de l'usucapion dans diverses circonstances où cette manière d'acquérir conduirait à des résultats iniques. A cet effet, et à l'aide d'une fiction inverse de la précédente, le préteur tient pour non avenue l'usucapion accomplie au profit du possesseur, et permet à l'ancien propriétaire de revendiquer, comme si l'usucapion n'eût pas transféré la propriété à celui contre lequel l'action est intentée. La contre-publicienne reçoit deux applications très distinctes.

3447. I. Le premier cas est celui où l'usucapion se serait accomplie au préjudice d'un propriétaire absent ou empêché par un motif légitime. L'ex-propriétaire, ainsi dépouillé, sera admis par le préteur à revendiquer la chose comme si elle n'eut pas été usucapée (*rescissa usucapione*). Toutefois, s'il est équitable de venir au secours de celui qui n'a pas pu agir, il ne serait pas juste de déroger aux principes du droit civil en faveur de l'homme qui, pouvant réclamer en temps utile, aurait laissé, par une négligence blâmable, l'usucapion s'accomplir à son préjudice. En conséquence, sont seuls admis à revendiquer par la contre-publicienne ceux qui étaient absents pour un service public, ou qui étaient retenus par une crainte raisonnable, les prisonniers de guerre, les hommes libres indûment retenus comme esclaves, enfin, généralement, ceux qui sont détenus d'une manière quelconque. Sous ce rapport, notre code civil est plus sévère que le droit prétorien; car s'il admet la maxime : *Contra non valentem agere non currit præscriptio*, c'est seulement au profit des mineurs et de la femme mariée, — dans un petit nombre de cas; l'absence du propriétaire, même pour un service public, sa captivité et les autres obstacles qui peuvent l'empêcher d'agir, ne sont considérés ni comme interrompant le cours de la prescription, ni même comme autorisant une action en rescision de l'usucapion accomplie. Cette différence entre les deux droits s'explique d'ailleurs facilement par l'inégalité des délais de l'usucapion. A Rome, où l'usucapion s'accomplissait par un ou deux ans, le propriétaire se trouvait bien plus souvent victime de l'usucapion qu'il ne peut l'être chez nous, où la prescription exige dix, vingt ou trente ans de possession.

3448. Le préteur avait, du reste, deux autres moyens de venir en aide au propriétaire dépouillé par suite de son absence :

Si par hasard l'ex-propriétaire se trouvait en possession, on

lui accordait une exception pour repousser la revendication dirigée contre lui. (L. 28, § 5, D. 4, 6.)

En second lieu, l'ex-propriétaire, qui autrefois a reçu la chose *ex justa causa*, exerçant la publicienne contre celui qui a usucapé, le préteur peut rescinder l'exception *justi dominii* que voudrait invoquer le défendeur. — Ce procédé, exposé par M. Demangeat (t. II, p. 597), dérive d'un texte de Papinien. (L. 57, D. 17, 1.)

3449. II. Des considérations d'équité d'une nature analogue avaient aussi fait accorder la contre-publicienne dans une situation entièrement différente, celle où l'usucapion s'était accomplie au profit d'un absent, au préjudice d'un présent. Pour comprendre cette seconde application de la contre-publicienne, il faut se rappeler une lacune de la procédure romaine déjà signalée dans cet ouvrage (nos 3284 et suiv.; 3294); nous y avons vu que le droit civil ne donnait aucun moyen d'obtenir une action, ni par conséquent un jugement contre celui dont on ne pouvait rencontrer la personne.

En supposant donc qu'un individu, qui possédait la chose d'autrui[1], fût absent pour une cause quelconque[2], légitime ou illégitime, ou que *même* il se cachât pour se soustraire à l'action qu'il soupçonnait devoir être dirigée contre lui[3] par le propriétaire, ce dernier n'aurait eu aucun moyen d'empêcher l'usucapion de s'accomplir à son préjudice au profit d'un possesseur contre lequel il n'était pas possible d'agir. Or, si l'usucapion paraît contraire à l'équité, lorsqu'elle s'est accomplie en l'absence et par le fait du propriétaire, à plus forte raison doit-elle paraître inique, alors que c'est par le fait même du défendeur que le propriétaire n'a pu revendiquer. En conséquence et nonobstant l'usucapion (*rescissa usucapione*), le préteur admet l'ex-propriétaire à revendiquer, comme si la chose n'eût pas été usucapée. (LL. 1, § 1; 21, pr., §§ 1 et 2; 22; 23; pr., § 4; 24; 25; 28. D. 4, 6.)

2450. Le droit prétorien, qui donne ici le moyen de réparer le

---

1. Il faut même remarquer que l'usucapion commence au profit d'une personne pendant son absence : tel est le cas où cette personne a laissé un pécule à un esclave qui achète une chose et la possède *ex peculiari causa*. (L. 12, § 2. D. 49, 15.)

2. Les *Institutes* citent notamment le cas où le possesseur serait prisonnier chez l'ennemi : cet exemple est mal choisi; car, dans ce cas, l'usucapion étant interrompue (L. 11. D. 41, 3), le secours de la contre-publicienne est inutile. — Il en serait autrement cependant si l'esclave du prisonnier de guerre possédait les choses d'autrui à titre de pécule. (L. 29. D. 49, 15.)

3. Réciproquement, la contre-publicienne ne serait pas accordée au propriétaire qui, à défaut du possesseur absent, aurait pu s'attaquer au *defensor* dudit possesseur.

mal consommé, fournissait aussi un moyen de le prévenir à l'aide des envois en possession dont il a déjà été parlé. On peut même s'étonner qu'après avoir ainsi donné au propriétaire le moyen, sinon d'obtenir un jugement, tout au moins de rentrer en possession de la chose, le préteur l'ait encore admis à la revendiquer, nonobstant une usucapion qui devait cesser de paraître inique, du moment où le propriétaire avait un moyen quelconque de l'interrompre. Cette sorte de double emploi d'un moyen *préventif* et d'un moyen *réparateur* est d'autant plus singulière que, précisément pour le cas de revendication, le demandeur pouvait obtenir, contre l'absent, l'envoi en possession spéciale de la chose litigieuse.

2451. Quoi qu'il en soit, Justinien alla encore plus directement au but, et rendit inutile cette seconde application de la contre-publicienne, en donnant au propriétaire des moyens faciles d'interrompre l'usucapion contre l'absent, par une protestation faite devant le magistrat, l'évêque ou le défenseur de la cité, ou même, à leur défaut, dans un acte signé de trois témoins. (L. 2. C. 7, 40.)

2452. III. Comme on le voit, dans l'une et l'autre application, la contre-publicienne n'est autre chose qu'une *restitution en entier*, dans laquelle le préteur se met en contradiction directe avec les principes du droit civil : aussi, conformément à un principe général dont il a été déjà fait mention, et sur lequel nous reviendrons en traitant la *onzième division* des actions, la contre-publicienne devait être demandée dans l'année du retour de l'absent ou de la cessation de l'obstacle qui avait empêché l'exercice de l'action en revendication. (L. 1, § 1. D. 4, 6.) L'année dont il s'agit ici est une année utile, c'est-à-dire une année de jours dans chacun desquels on a pu agir. (L. 3. C. 2, 51.) Justinien y a substitué un délai continu de quatre ans. (L. 7. C. 7, 63; L. 1. C. 7, 40; L. 8, C. 2, 21.)

2453. *Observation.* — Dans le texte des *Institutes*, on ne mentionne spécialement que le deuxième des cas d'application de la contre-publicienne ; et cependant on énonce la condition qui n'est exigée que dans le premier, à savoir que l'absence ait une cause légitime.

N. B. L'action que nous venons d'étudier constitue une véritable *restitutio in integrum*. Nous reviendrons plus tard sur ces restitutions en entier, matière qui est soumise à certaines règles spéciales.

III. — Action paulienne.

« § 6. Pareillement, si quelqu'un aliène ses biens, en fraude de ses créanciers, et que ceux-ci obtiennent du président l'envoi en possession des biens de leur débiteur, ils pourront faire rescinder l'aliénation et réclamer la chose, en soutenant qu'elle n'a point été livrée, et que, par conséquent, elle n'a point cessé de faire partie des biens du débiteur. »

2454. Les *Institutes* nous parlent d'une action prétorienne qui appartient, comme la contre-publicienne, à la classe des actions réelles rescisoires : elle est donnée aux créanciers pour revendiquer les choses que leur débiteur aurait aliénées en fraude de leurs droits. D'après le droit civil, l'intention perverse, qui a présidé à l'aliénation, n'empêche pas que la propriété ne soit très valablement transférée [1]. Mais le préteur vient au secours des créanciers, et les admet à revendiquer, contre tout détenteur, la chose aliénée frauduleusement par leur débiteur, non pas en prétendant qu'ils en sont eux-mêmes propriétaires, mais en soutenant que la chose appartient encore à leur débiteur [2]. Cette action, du reste, ne peut être accordée *de plano* : les créanciers qui veulent y avoir recours doivent d'abord se *faire envoyer en possession* des biens du débiteur, puis obtenir *du préteur la rescision* de l'aliénation.

Telle est l'idée que Justinien nous donne de l'action paulienne ;

---

1. Il n'y a qu'un seul cas où la disposition, faite en fraude des créanciers, soit nulle de plein droit, à savoir celui où un maître affranchit ses esclaves, pour en soustraire la valeur à ses créanciers ; cette nullité résultait, nous le savons, d'une disposition expresse de la loi Ælia Sentia. (Nos 421 et suiv.)

2. Cette action réelle a-t-elle été introduite dès l'origine du droit, ou n'est-elle que la dernière manifestation des modifications subies par les rigueurs du droit primitif? Voici comment on répond spécialement à cette question :

On admet tout d'abord que le préteur avait établi, au profit des créanciers fraudés, une action *in factum* et un interdit (*interdictum fraudatorium*). *Par la première*, les créanciers forçaient le tiers, qui avait bénéficié de l'acte frauduleux, à remettre le bénéfice qu'il en avait retiré dans le patrimoine du débiteur. (L. 1, pr. D. 42, 8.) *Par le second*, les créanciers contraignent le tiers, à qui les objets ont été livrés en fraude de leurs droits, à faire restitution de ces objets. (L. 10, pr. D. 42, 8 ; L. 67, §§ 1 et 2. D. 36, 1 ; L. 96, pr. 46, 3.)

En second lieu, on pense que les affranchissements faits *in fraudem creditorum* étaient valables jusqu'à Auguste, sans être menacés ni par l'action *in factum*, ni par l'*interdictum fraudatorium*. La loi Ælia Sentia, annulant ces affranchissements, se montre donc plus favorable aux créanciers lésés que le préteur lui-même.

En troisième lieu, l'action *in factum*, étant personnelle, ne constituait pas un remède suffisant, quand le débiteur était insolvable. — L'action *in rem* rescisoire, réputant le bien aliéné comme s'il n'était jamais sorti du patrimoine du débiteur, constitue donc le dernier progrès de la jurisprudence.

mais il est digne de remarque que le texte des *Institutes* est le seul dans lequel cette action soit considérée comme réelle (*in rem*) [1]. L'action paulienne, sur laquelle il existe tant de documents dans le *Digeste*, est toujours présentée comme une action personnelle (*in personam*), qui se donne seulement contre le débiteur, ses complices et leurs héritiers, alors même qu'ils ne possèdent plus. (LL. 9; 10, §§ 19, 20 et 25. D. 42, 8.) En faut-il conclure que les Romains connaissaient deux actions pauliennes, l'une réelle, l'autre personnelle ; ou bien que Justinien ou ses prédécesseurs auront transformé, pour certains cas, en action réelle, une action que les anciens jurisconsultes considéraient seulement comme personnelle? — Cette dernière conjecture me paraît la plus vraisemblable : les anciens jurisconsultes étaient peu disposés, et avec raison, à reconnaître aux actions, soit *rescisoires*, soit *résolutoires*, le caractère d'actions *in rem*.

2455. La paulienne personnelle du *Digeste* est plus générale que la paulienne réelle des *Institutes* : celle-ci ne se réfère qu'aux *aliénations ;* au moyen de l'autre, on peut faire révoquer, non-seulement les aliénations, mais tous autres actes, tels que *obligations*, *libérations*, etc. (L. 1, § 2; L. 3. D. 42, 8.) [2] — Cette action n'est donnée, contre ceux qui ont traité *à titre onéreux* avec le débiteur, qu'autant qu'ils ont participé à la fraude ; elle est donnée contre ceux qui ont traité *à titre gratuit*, alors même qu'ils auraient été de bonne foi, mais, dans ce cas, seulement jusqu'à concurrence de ce dont ils se sont enrichis. (LL. 6, § 11; 10, § 2; 9, 25. D. 42, 8.) Au reste, l'une et l'autre paulienne ne peuvent être intentées contre les acquéreurs, que si la fraude du débiteur réunit la double condition : de l'intention (*animus fraudandi*) et du préjudice réel (*eventus*). Il n'y a pas fraude, soit que le débiteur, se croyant plus riche qu'il

---

1. Sur ce point, le doute ne peut être permis : le texte du paragraphe 6, la place assignée à la paulienne dans l'énumération des actions réelles prétoriennes, et la paraphrase de Théophile, se réunissent pour prouver de la façon la plus évidente que Justinien entend bien véritablement parler d'une action réelle.

2. Venuleius, dans la loi 25 (42, 8), présente une application assez curieuse des principes qui viennent d'être exposés : Un homme a constitué une dot pour sa fille *in fraudem creditorum ?* Le mari, étant réputé recevoir la dot pour faire face aux charges du ménage, c'est-à-dire à titre non gratuit, ne pourra être poursuivi que si l'on prouve qu'il a été *conscius fraudis soceri*. Quant à la fille, la question est plus délicate : certains jurisconsultes, considérant qu'elle reçoit une pure libéralité, décidaient que les créanciers pourraient la poursuivre sans avoir à prouver qu'elle eût été *conscia fraudis*. Venuleius ne paraît pas partager ce sentiment, sans doute parce que, même à l'égard de la femme, on ne peut considérer la dot comme une pure libéralité.

n'était réellement, ait diminué, sans mauvaise intention, un patrimoine déjà insuffisant pour satisfaire ses créanciers; soit qu'à l'inverse, se trouvant plus riche qu'il ne le croyait, ses actes frauduleux lui aient laissé un actif suffisant pour acquitter toutes ses dettes. (L. 79. D. 50, 17; LL. 6. § 14; 10, § 4. D. 42, 8.) Il résulte de là que l'action paulienne ne peut jamais être exercée qu'après que les créanciers ont acquis, par la vente des biens restant au débiteur, la preuve que celui-ci n'est plus solvable (LL. 1 et 5. C. 7, 75.). — Il ne faut pas oublier non plus que les Romains ne considéraient pas, comme constituant un préjudice réel pour les créanciers, l'omission par le débiteur de faire une acquisition avantageuse : ainsi les créanciers n'étaient point admis à demander par action paulienne la rescision d'une répudiation par laquelle l'héritier aurait renoncé à une succession avantageuse. (L. 6, pr. D. 42, 8.)

Comme toutes les autres actions prétoriennes qui tendent à rescinder des actes valables d'après le droit civil, la paulienne n'est donnée que pendant une année utile, laquelle commence à courir du jour où les créanciers ont vendu les biens de leur débiteur. (L. 6, § 14. D. 42, 8.) L'année expirée, l'action n'est pas toutefois absolument éteinte; mais le défendeur n'est plus tenu que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve plus riche. (L. 10, § 24. D. 42, 8.)

Les textes, et notamment la loi 25, § 7 (D. 42, 8), nous disent que l'action paulienne peut être donnée contre le *fraudator* lui-même. Ceci paraît bizarre; et, pour l'expliquer, il faut proposer cette espèce assez étrange : on suppose que le débiteur, après la *bonorum venditio*, a acquis certains biens et les a dissipés, sans en faire profiter les créanciers. Ceux-ci, par l'exercice de la paulienne, n'obtiendront rien, puisque le débiteur est insolvable; mais ils le feront punir, puisque, n'exécutant pas la condamnation, il sera contraint par corps.

3456. Pour terminer l'étude de cette action, il faut considérer si un payement, fait à l'un des créanciers, peut constituer un acte fait *in fraudem creditorum*, en fraude de la masse. — On distingue : si le payement est fait après que les créanciers ont obtenu l'envoi en possession, ils pourront se plaindre et faire rapporter le montant du payement; si, au contraire, le débiteur a payé avant l'envoi en possession, ce payement est parfaitement valable. (L. 6, § 7; L. 10, § 16. D. 42, 8.)

Quelques interprètes ont voulu sous-distinguer, et prétendre que le payement, même fait avant l'envoi en possession, ne doit être maintenu que s'il n'a pas été fait *per gratificationem* en faveur de l'un des créanciers. Mais le texte de Scévola, sur lequel s'appuie

cette sous-distinction, lui paraît contraire. (L. 24. D. 42, 8.)

Quoi qu'il en soit, si le payement se rapportait à une dette future, les créanciers pourraient réclamer, par l'action paulienne, le bénéfice de l'*interusurium*. (L. 10, § 12. D. 42, 8.)

Il faut remarquer que si le débiteur, au lieu de payer l'un de ses créanciers, lui avait consenti un gage ou une hypothèque, l'action paulienne pourrait être exercée contre ce *negotium novum*. (L. 10, § 13. D. 42, 8.)

IV ET V. — Actions servienne et quasi-servienne ou hypothécaire.

« § 7. La servienne et la quasi-servienne, qu'on appelle aussi action hypothécaire, sont encore des actions qui tirent leur origine de la juridiction du préteur. L'action servienne est exercée par un bailleur de fonds rural, relativement aux effets du fermier affectés, à titre de gage, à la garantie du payement des fermages.

« L'action quasi-servienne est celle par laquelle les créanciers poursuivent les choses qui sont affectées, par gage ou hypothèque, au payement de leurs créances.

« En ce qui concerne l'action hypothécaire, il n'y a aucune différence à faire entre le gage et l'hypothèque : l'une et l'autre dénomination s'appliquent également à la convention par laquelle le créancier et le débiteur affectent une chose au payement de la dette. Mais, sous d'autres rapports, il y a des différences : le mot gage désigne spécialement le cas où la chose, affectée à la dette, a été livrée au créancier, surtout si cette chose est mobilière. Si, au contraire, la chose a été affectée à la dette par simple convention, sans tradition, c'est le mot hypothèque qu'il faut employer de préférence.

2457. Nous n'avons pas de longues explications à donner sur ces deux actions. Nous avons, en effet, étudié complètement la matière de l'hypothèque (n^os^ 1121 et suiv.) et par conséquent il suffirait presque de renvoyer à cette théorie, dans laquelle on a dû nécessairement parler de l'action *servienne* et de l'action *quasi-servienne*, — hypothécaire, *in rem pigneratitia*, — qui n'est que le développement de la première.

3458. I. L'origine de l'action servienne se trouve déjà expliquée au commencement du paragraphe précédent. Quant aux effets de cette action, ils ne peuvent être différents de ceux de l'action hypothécaire, puisque celle-ci n'est que la servienne généralisée. Qu'il suffise d'ajouter que déjà, avant l'introduction de la servienne, le préteur avait établi un interdit *adipiscendæ possessionis* (*interdictum Salvianum*), dont le but, semblable à celui de l'action servienne, était de faire obtenir au locateur de biens ruraux la possession des choses que le fermier avait affectées à la sûreté des obligations résultant du bail : nous y reviendrons en parlant des *interdits*.

2459. II. Le créancier hypothécaire, de son côté, a des moyens complets et énergiques pour obtenir la possession du gage, la conserver, et au besoin la recouvrer. S'il possède, il peut se faire maintenir en possession au moyen des interdits *uti possidetis* et *utrubi.* (L. 16, D. 41, 3.) S'il est attaqué par un créancier postérieur, il peut repousser l'action hypothécaire par l'exception : *Si non ante mihi res pignoris hypothecæve nomine sit obligata.* (L. 12, pr. D. 20, 4.)

S'il a perdu la possession par violence, il a l'interdit *unde vi.* Enfin, soit qu'il n'ait jamais eu la possession, soit qu'il l'ait perdue, il peut l'obtenir ou la recouvrer en agissant, au pétitoire, contre tout détenteur, par l'action quasi-servienne.

La formule de l'action hypothécaire ne nous a pas été conservée; mais il est aisé de conjecturer qu'elle devait être conçue ainsi : *Judex esto. Si paret fundum Capenatem fuisse A. Agerii, quum L. Titio pignoris hypothecæve nomine obligaretur; nisi fundus arbitrio tuo restituatur, quanti ea res erit N. Negidium L. Titio condemna; si non paret, absolve*[1]. — Le demandeur avait donc à prouver deux

---

1. M. Demangeat (t. II, p. 612) donne une autre formule : « *Si paret eam rem, qua de agitur, ab eo cujus in bonis tum fuit Aulo Agerio pignoris nomine obligatum esse pro pecunia quem ille Aulo Agerio ex mutuo dare oporteret, eamque pecuniam solutam non esse neque eo nomine satisfactum esse, neque per Aulum Agerium stare quominus solvatur, nisi arbitratu tuo Numerius Negidius Aulo Agerio restituat aut pecuniam solvat, quanti ea res erit.*, etc. »

Il faut reconnaître que cette formule ne conviendrait guère aux hypothèques tacites. — Or elles étaient assez nombreuses : on les divisait en *générales* et *spéciales :*

I. Il y avait hypothèque tacite générale au profit : 1° du fisc, sur les biens des contribuables ou des administrations, à raison des impôts (L. 1. D. 20, 2; L. 46, § 3. D. 49, 14); 2° des pupilles, des mineurs de vingt-cinq ans et des fous, sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs (L. 7, §§ 5 et 6. C. 5, 70); 3° des enfants sur les biens de leur père ou de leur mère, dans certains cas spéciaux (D. 2. C. 5, 35; LL. 6, § 2; 8, §§ 4 et 6. C. 5, 9; nov. 98); 4° du mari sur les biens de ceux qui sont obligés à fournir une dot (*L. unica*, § 1. C. 5, 13); 5° de la femme, pour la restitution de sa dot sur les biens de son mari (L.30.C. 5, 12; *L. unica*, § 1.C. 5, 13; nov. 109); 6° des églises, etc., sur les biens de l'emphytéote, pour assurer la conservation des fonds emphytéotiques.

II. Il y avait hypothèque tacite spéciale au profit : 1° du bailleur de fonds ruraux, mais seulement sur les fruits de la récolte (L. 7. D. 20, 2); 2° du locateur de maisons (pour les obligations résultant du bail), sur toutes les choses qui garnissent l'objet loué (L. 4, pr. D. 2, 14; LL. 5, pr. et 6. D. 20, 2; L. 11, § 5. D. 13, 7); 3° de celui qui a prêté de l'argent pour la reconstruction d'une maison, sur cette maison et le sol qui la supporte (L. 1. D. 20, 2); 4° du pupille sur la chose achetée de ses deniers, et en son nom, par une autre personne (L. 7, pr. D. 20, 4; L. 3. D. 27, 9); 5° de la femme, sur la chose dotale dont le mari a la propriété, ainsi que sur les choses achetées avec les deniers dotaux (L. 30, C. 5, 12); 6° du légataire sur les biens que l'héritier a reçus du défunt, mais seulement jusqu'à concurrence de la part pour laquelle cet héritier est tenu d'acquitter le legs (L. 1. C. 6, 43.). — Ces deux dernières hypothèques ont été imaginées par Justinien.

choses : d'abord que le gage appartenait au débiteur, ou au constituant, au moment où l'hypothèque avait été consentie ou s'était établie par le fait de la loi ; en second lieu, le fait même de la constitution de l'hypothèque : ainsi l'action hypothécaire n'était qu'une revendication de propriété exercée au nom du débiteur ou du constituant, mais subordonnée à la preuve de l'hypothèque. (L. 12, § 1, D. 20, 4.)

L'action hypothécaire contre le débiteur fut imprescriptible jusqu'à Justinien, qui, le premier, la soumit à la prescription de quarante ans. A l'égard du tiers détenteur, elle dure trente ans, à moins que la *præscriptio longi temporis* ne vienne auparavant fournir au possesseur un moyen de défense.

3460. Un seul point intéressant nous reste à examiner, car il a une très réelle influence pratique sur les poursuites qui seront exercées. — Il faut savoir, en effet, que le gage et l'hypothèque ont un caractère commun qu'on appelle l'indivisibilité. D'où résulte : 1° que si la chose affectée à la garantie d'une créance est morcelée entre plusieurs propriétaires, chacune de ces fractions répond *de la totalité de la dette;* 2° que la chose hypothéquée reste tenue tout entière, tant que la dette hypothécaire n'est pas intégralement payée. Par exemple, comme l'énonce Pomponius (L. 8, § 2. D. 13, 7), si le débiteur est mort laissant plusieurs héritiers, et si l'un des héritiers paye sa quote-part de la dette, la chose hypothéquée n'en reste pas moins tenue dans son entier. Mais devons-nous admettre la réciproque ? En d'autres termes, si le créancier meurt laissant plusieurs héritiers, la chose est-elle affectée tout entière à chacun d'eux ? Les empereurs Valérien et Gallien répondent affirmativement (L. 1, C. 8. 32) ; mais Ulpien est moins absolu : « *Si creditori plures heredes exstiterint, et uni ex his pars ejus solvatur, non debent cæteri heredes creditoris injuria adfici; sed possunt totum fundum vendere, oblato debitori eo quod coheredi eorum solvit. Quæ sententia non est sine ratione.* » (L. 11, § 4, 13, 7.) Ainsi, Primus étant désintéressé, l'autre héritier ne peut vendre le fonds hypothéqué qu'après avoir remboursé au débiteur ce que celui-ci avait payé à Primus. Cette décision ne s'explique guère que dans l'hypothèse où elle se réfère au système de l'aliénation avec fiducie. (*Lire* les §§ 285 et 286 du *Traité des Actions* du président Bonjean, qui contiennent une théorie complète de l'hypothèque.)

ARTICLE II. — ACTIONS PERSONNELLES.

GÉNÉRALITÉS

« § 8. Le préteur a aussi établi, en vertu de sa juridiction, des actions personnelles; telle est l'action de constitut (*de pecunia constituta*), à laquelle ressemble beaucoup l'action réceptice (*receptitia*).

« Mais, notre constitution ayant transporté à l'action de constitut les avantages particuliers que pouvait offrir l'action réceptice, cette dernière est et demeure supprimée.

« C'est aussi de la juridiction du préteur que tirent leur origine l'action touchant le pécule des esclaves et des fils de famille (*de peculio*); l'action par laquelle on recherche si le demandeur a juré, et une foule d'autres.

« § 9. On agit par l'action de constitut contre toute personne qui a promis de payer pour elle-même ou pour un autre, bien entendu, quand cette promesse n'a pas été faite par stipulation; car s'il y avait eu stipulation, le promettant serait tenu d'après le droit civil.

« § 10. Le préteur a introduit l'action *de peculio* contre les maîtres et les pères de famille : en effet, quoique, d'après le droit civil, les maîtres ne soient pas obligés par les contrats de leurs esclaves, ni les pères par ceux de leurs enfants, il est cependant équitable qu'ils soient condamnés jusqu'à concurrence du pécule, qui forme, en quelque sorte, le patrimoine des enfants et des esclaves.

« § 11. Pareillement, si quelqu'un, sur la demande de son adversaire, a juré que celui-ci lui devait la somme qu'il en réclamait, et que celui qui a juré ne puisse obtenir payement, le préteur lui accorde, avec beaucoup de justice, une action dans laquelle le juge n'aura pas à rechercher si le défendeur devait, mais si le demandeur a juré.

3461. En traitant des actions *in rem*, on a pu et on a dû entrer dans l'examen détaillé de chaque action réelle en particulier, parce que ces actions sont en petit nombre, et que chacune d'elles fournit l'occasion de quelque remarque importante sous le rapport de la procédure. La même marche serait impraticable pour les actions *in personam;* car ces actions sont innombrables, et vouloir tracer l'histoire de chacune d'elles en particulier, ce serait s'imposer la tâche de faire un traité complet des obligations.

3462. En effet, les actions personnelles sont précisément celles qui servent de sanction aux obligations.

On peut ranger les actions personnelles en deux grandes classes : les *condictiones* et les *actiones in personam* auxquelles on refuse le nom de condictions. Au premier abord, toutefois, plusieurs textes pourraient faire penser que le mot de *condictio* était, pour les actions personnelles, une expression tout aussi générique que le mot *vindicatio* pour les actions réelles (Gaïus, IV, § 5; L. 25. D. 44, 7); il n'en est pas ainsi cependant. En effet, en examinant ces textes de

plus près, on s'aperçoit que l'expression *condictio* ne se disait que des actions personnelles dont l'*intentio* était ainsi conçue : « *Si paret adversarium dare facere oportere....; quidquid paret adversarium dare facere oportere.* » (Gaïus, IV, § 41.) Toutes les actions personnelles dont l'*intentio* est conçue autrement, par exemple, les actions si nombreuses qui sont conçues *in factum* (v. 4e division), les actions de bonne foi (v. 9e division), l'action *si paret præstare oportere* (Gaïus, IV, § 22), ne sont pas des *condictiones*.

Mais quels étaient l'origine et les caractères de cette subdivision des actions personnelles? Quelle en était surtout l'utilité dans la pratique? Ce sont là autant de questions fort obscures, sur lesquelles les textes, quoique assez nombreux, fournissent peu de lumières.

I. — Origine et nature de la sous-distinction des actions personnelles en condictiones et actions in personam.

3463. Quoiqu'il ne faille pas attacher beaucoup d'importance aux notions, habituellement si peu précises, que l'on peut tirer des étymologies, il n'est cependant pas sans intérêt de rechercher comment le mot *condictio*, qui, dans la procédure des actions de la loi, ne désignait que deux classes de demandes personnelles, — celles par lesquelles on soutenait que le défendeur était obligé à transférer la propriété (*dare*) soit d'une somme d'argent certaine (*certa pecunia*), soit de toute autre chose déterminée (*certa res*) —, est devenu, sous le régime formulaire, une expression générique embrassant la plus grande partie des actions personnelles. Il faudra aussi rechercher quel est le caractère général commun des *condictiones*, par opposition aux autres actions *in personam* auxquelles on refuse cette qualification. Pour cela, il faut rappeler quelques principes de l'ancienne procédure.

3464. I. La procédure *per sacramentum* était générale et pouvait servir à toutes demandes, soit *in rem*, soit *in personam ;* mais cette procédure était fort périlleuse, tant à cause du danger de perdre le *sacramentum*, qu'en raison de ce que le juge, obligé de s'attacher strictement aux termes de la demande, devait prononcer le *sacramentum justum* ou *injustum*, selon que cette demande se trouvait ou non pleinement justifiée dans les termes mêmes dans lesquels elle avait été formée. Ainsi la plus légère erreur dans l'énoncé de la prétention entraînait forcément la perte du procès pour le demandeur; et, réciproquement aussi, dès que la demande était justifiée, le juge devait fatalement condamner le défendeur, sans pouvoir jamais tenir compte des considérations d'équité, même les

plus évidentes, pour tempérer la condamnation. C'était là un procédé judiciaire rempli d'écueils, car, bien souvent, la vraie justice ne se trouve-t-elle pas à égale distance des prétentions contraires des plaideurs ?

3465. C'est sans doute par des considérations de cette nature que, dès les premiers temps, on avait établi, à côté de l'action *per sacramentum*, une procédure plus douce (*judicis postulatio*), dans laquelle les plaideurs n'avaient aucun *sacramentum* à déposer, et dans laquelle aussi, selon toute vraisemblance, le juge jouissait de plus de latitude pour apprécier les prétentions des parties. Toutes les vraisemblances se réunissent pour faire penser que l'on recourait principalement à la *judicis postulatio* pour les actes qui, plus tard, dans la procédure formulaire, furent appelés *actiones* ou *judicia bonæ fidei*, et sans doute aussi pour la poursuite de la plupart des autres obligations qui n'étaient pas susceptibles de la précision rigoureuse qui rendait si périlleuse l'action *per sacramentum*.

Quant aux créances résultant soit d'un jugement (*æs judicatum*), soit d'une *confessio* en justice (*æs confessum*), la loi des XII Tables autorisait un mode de procéder plus rapide et plus énergique, la *manus injectio*.

Ainsi, vraisemblablement, en ce qui concerne les actions *in personam*, l'*actio sacramenti* n'était guère usitée que pour celles de ces actions qui avaient pour base l'obligation de donner (*dare*) des choses qu'il était possible de déterminer parfaitement à l'avance, et pour lesquelles par conséquent, l'*actio sacramenti* offrait le moins de danger. Toutefois même à l'égard des demandes de cette nature, il ne tarda pas à s'introduire une procédure spéciale, la *condictio*. Cette forme nouvelle ne fut d'abord autorisée par la loi Silia que pour les créances d'une somme d'argent déterminée (*certa pecunia*) ; mais elle fut étendue plus tard par la loi *Calpurnia*, à toute créance de chose certaine, « *certa res* ».

A partir de cette époque, la procédure *per sacramentum* ne dut plus être employée que pour les actions *in rem* ; les actions personnelles pouvant toutes être exercées, avec moins de danger et plus de célérité, par *judicis postulatio*, *condictio* ou *manus injectio*.

Quand le système formulaire remplaça l'ancienne procédure, les formules *in personam* durent donc suffire à tous les besoins auxquels on pourvoyait auparavant au moyen de ces trois actions de la loi.

Lors de cette transition, on conserva naturellement le nom de *condictio* aux actions personnelles, pour tous les cas où, autrefois, on agissait par la *legis actio* de ce nom, c'est-à-dire pour les obli-

gations *certæ pecuniæ* ou *certæ rei* : c'est la condiction par excellence, la condiction originaire. Par une assimilation que faisait naître la similitude de l'objet de la demande, on donna le même nom à la formule *in personam*, dans la plupart des cas dans lesquels on agissait auparavant par *manus injectio* : et cela était naturel; car les créances réclamées par cette quatrième *actio legis*, étant certaines et liquides, rentraient très bien dans la condiction proprement dite.

3466. Jusqu'ici la condiction formulaire comme la condiction primitive se trouve très nettement distinguée des autres actions personnelles par cette double circonstance : 1° que le demandeur soutient que son adversaire doit lui transférer la propriété [1] d'un objet certain (*dare certum oportere*) ; 2° et que le juge doit apprécier cette prétention d'après le droit strict, l'admettre ou la rejeter en son entier, sans pouvoir en modifier les conséquences logiques par des motifs tirés de l'équité. Mais cette notion si nette ne tarda pas à s'obscurcir, quand on étendit le nom de condiction à une foule d'autres actions personnelles qui se poursuivaient précédemment par *judicis postulatio*, et dans lesquelles on soutient que le défendeur *doit donner ou faire* quelque chose que la demande ne détermine pas avec précision : *Quidquid paret dare facere oportere.* (Gaïus, IV, §§ 53, 131, 136 ; II, § 213 ; L. 76, § 1. D. 45, 1.) Il faut toutefois que la dette provienne d'une source qui donnerait lieu à la *condictio certi*, si l'objet promis était certain, c'est-à-dire d'une source unilatérale, comme stipulation, obligation littérale, ou legs *per damnationem;* et que, d'un autre côté, l'indétermination ne soit pas telle qu'elle puisse être considérée comme annulant l'obligation. (LL. 94 et 115. D. 45, 1.) Cette dernière espèce de condiction (*incerti condictio*) se rapproche beaucoup des actions de bonne foi. Zimmern a fait remarquer, avec grande raison, qu'elle était le chaînon entre la condiction proprement dite (*dare certum*) et les actions de bonne foi.

Mais cette ressemblance n'est pas telle qu'on puisse confondre la condiction incertaine avec l'action de bonne foi. Dans la condiction incertaine, l'indétermination, ou, en d'autres termes, la latitude dont jouit le juge, provient uniquement de l'indétermination de l'engagement; tandis que, dans les actions dans lesquelles le juge est autorisé à juger *ex bona fide*, l'incertitude dérive de l'étendue des pouvoirs donnés au juge ; de telle sorte qu'elle existe même pour les créances déterminées, comme seraient, par exemple, celles

1. Gaïus, IV, § 4.

d'un prix de vente, d'un loyer, d'un dépôt. Ajoutons que les actions de bonne foi résultent de sources bilatérales, tandis que les condictions, même incertaines, naissent d'engagements unilatéraux.

3467. Toute condiction, même *incerti*, est donc nécessairement une action de droit strict : si la réciproque était vraie, c'est-à-dire si toute action de droit strict était une condiction, la sous-division, que nous examinons dans ce paragraphe, ferait double emploi avec la division des actions de droit strict dont nous parlerons bientôt [4]. Il est certain que ces deux distinctions coïncident en beaucoup de points, mais non peut-être en tous. En effet, la sous-division des actions personnelles en *condictiones* et actions *in personam* non qualifiées condictions, ne s'applique qu'aux actions *in jus* et laisse complètement en dehors les actions prétoriennes si nombreuses, dont l'*intentio* est conçue *in factum*. Par la manière dont elles sont libellées, les actions *in factum* ne paraissent soulever aucune question de droit (nos 3383 et suiv.), et par conséquent n'ont aucun rapport avec les formules des condictions *si paret dare facere oportere*. Pareillement quand, sous le nom générique de *condictiones*, les jurisconsultes opposent les actions personnelles aux actions réelles, ils ne parlent que des actions personnelles conçues *in jus* : car les actions *in factum* sont absolument étrangères aux formes de langage qui avaient servi de base à la division des actions réelles et personnelles. (Gaïus, IV, § 5 ; L. 24, § 15. D. 44, 7.) Au contraire, la division des actions de bonne foi et de droit strict comprend les actions *in factum* et même, dans le nouveau droit, les actions *in rem*.

2468. II. Maintenant, quelle importance pratique y avait-il à distinguer si soigneusement les condictions, des autres actions personnelles ? A vrai dire, cette importance me semble assez minime, à moins que, comme Zimmern, on ne confonde complètement cette sous-division avec la division des actions de droit strict et de bonne foi ; et encore serait-elle alors peu importante, précisément à cause de ce double emploi.

Toutefois la condiction *certæ pecuniæ*, c'est-à-dire la condiction proprement dite, mérite, sous le rapport pratique, une attention particulière, en ce que tout porte à croire que la procédure de cette action était plus rapide que celle des autres actions personnelles. Dans une condiction *certæ pecuniæ*, la tâche du juge était en effet des plus simples, puisque, d'une part, le chiffre de la con-

1. Telle est l'opinion de Zimmern, § 60.

damnation se trouvait fixé d'avance par celui de la demande, et que, d'autre part, le juge n'avait point à se préoccuper des considérations d'équité dont l'appréciation devait rendre souvent si difficile le jugement des actions de bonne foi ; le juge n'avait donc qu'à constater l'existence de la créance alléguée par le demandeur. Toutes les sources sont, au reste, d'accord pour nous présenter la condiction *certæ pecuniæ* comme une action à part. (Cicér., *Pro Q. Roscio.* c. 4.)

3469. En classant les diverses actions personnelles sous le rapport des difficultés qu'elles présentent au juge, on arrive aux résultats suivants : — Par les raisons précédemment déduites, la condiction *certæ pecuniæ* est, de toutes ces actions, celle qui exige du juge le moins de travail et le moins de sagacité. — Vient ensuite la condiction de tout autre *certum*, dans laquelle le juge doit évaluer en argent, ou, comme nous dirions chez nous, *liquider* la condamnation. — Dans la condiction *incerti*, le juge avait aussi toujours à ramener la demande à une somme certaine, opération qui devait souvent soulever des questions d'autant plus ardues que la demande elle-même n'était point déterminée ; mais, dans ce cas, on restreignait habituellement l'arbitraire du juge par une taxation. — Enfin, dans les actions de bonne foi, le juge, n'ayant à suivre d'autre guide que sa conscience, avait à résoudre et à mettre en pratique les questions morales les plus difficiles ; il devait, en outre, tempérer la condamnation, en tenant compte des prétentions contraires du défendeur, ce qui venait singulièrement compliquer sa tâche.

Reproduisons ces mêmes idées en empruntant le langage technique des jurisconsultes romains. — Dans la condiction d'une somme certaine, la *condemnatio* de la formule détermine toujours la somme à laquelle le juge devra condamner le défendeur, et cette somme ne peut être différente de celle comprise dans l'*intentio : Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium decem millia dare oportere, judex N. Negidium A. Agerio sestertium decem millia condemna ; si non paret, absolve.* (Gaïus, IV, §§ 47, 50, 51, 52.) Il y a, comme on voit, parfaite harmonie entre l'*intentio* et la *condemnatio*. — Dans la condiction d'une *certa res*, autre qu'une somme d'argent, la *condemnatio* ne correspond plus exactement à l'*intentio : Si paret N. Negidium A. Agerio fundum Capenatem dare oportere, quanti ea res erit judex N. Negidium A. Agerio condemna ; si non paret absolve ;* le juge doit donc vérifier l'existence de la créance, puis estimer en argent la valeur de la chose due. — Dans la condiction incertaine, l'*intentio* et la *condemnatio* sont également vagues, et

laissent au juge un pouvoir plus étendu : *Quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex N. Negidium A. Agerio condemna; si non paret absolve;* ou bien, avec taxation : ... *Quanti ea res erit, dumtaxat decem millia condemna.* — Dans l'action de bonne foi, l'addition des mots *ex bona fide* vient encore agrandir le cercle des pouvoirs du juge, et la *condemnatio* est alors toujours *infinita : Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur : Quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona ejus; id judex N. Negidium A. Agerio condemnato : si non paret, absolvito.*

II. — Cas auxquels s'appliquent soit la condictio certi, soit la condictio incerti.

3470. I. La *condictio certi* naît : 1° de tout acte unilatéral de sa nature, ayant pour objet la transmission de la propriété d'une chose déterminée; tels sont le *mutuum* (n° 2053), l'obligation littérale (n° 2588), la stipulation (n° 2125; *Reg. Ulp.* VI, §§ 1 et 2), le legs *per damnationem* (n° 1450), la *dictio dotis* (n° 2119; Gaïus, II, § 204), la promesse de certains ouvrages faite par l'affranchi à son patron (n° 2120; D. 38, 1.) — 2° Elle résulte aussi de toute dation que je vous aurais faite d'une chose certaine, quand vous n'avez pas de motif honnête pour en conserver la propriété; c'est ce qui arrive notamment dans la *condictio indebiti*, la *condictio causa data causa non secuta*, la *condictio sine causa*, la *condictio ob turpem causam.* (D. 12, 4, 5 et 6.) — 3° Elle résulte encore immédiatement de toute loi ou sénatus-consulte qui établirait une peine déterminée contre l'auteur d'un dégât, par exemple de la loi *Aquilia;* et, dans ce cas, elle prend le nom de *condictio ex lege.* (L. 9, § 1. D. 12, 1.) — 4° Enfin la *condictio certi* sert encore à réclamer les choses volées; c'est la *condictio furtiva.* (L. 7, § 1. D. 13, 1.) Cicéron n'a donc pas toute l'exactitude désirable quand il nous dit simplement : « *Condictio certi est pecunia aut data, aut expensilata, aut stipulata.* » (Cic., *Pro Rosc.*, c. 5.) — Le *mutuum* (*pecunia data*), l'obligation littérale (*pecunia expensilata*) et la stipulation (*pecunia stipulata*) sont, il est vrai, les sources les plus fréquentes des condictions *certi;* mais elles ne sont pas les seules, ainsi qu'on vient de le voir.

La *condictio certi* est la condiction proprement dite; aussi est-elle le plus souvent désignée dans les textes par le seul mot *condictio*, sans autre indication. (*Ins.*, pr. et § 1. III, XIV; § 6, III, XXVII.) Mais, entre toutes les condictions *certi*, les jurisconsultes mettent

toujours à part, ou tout au moins en première ligne, la condiction *certæ pecuniæ*, à laquelle ils opposent sous le nom générique de condiction *triticaria* toutes les autres condictions, soit *certi*, soit *incerti*. (L. 1, pr. D. 13, 3; n^os^ 2135.)

3471. II. La *condictio incerti* naît des mêmes sources que la condictio *certi*, mais elle en diffère en ce que son objet est incertain, indéterminé : *Quidquid paret adversarium dare facere oportere.* Quoique l'expression de *condictio incerti* se retrouve assez fréquemment dans les textes (L. 12, § 2. D. 13, 1), cependant le plus ordinairement cette action est désignée par le simple mot *actio* avec indication de l'événement qui a donné naissance à l'obligation : *actio ex stipulatu, actio ex testamento*, etc.

L'objet d'une obligation est certain (*certum*) quand il est déterminé, ou, comme le dit Gaïus : « *Quod ex ipsa pronuntiatione appareret quid, quale, quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici africani optimi amphoræ centum.* (L. 74, D. 45, 1). — L'objet est incertain (*incertum*) quand la chose due n'est pas déterminée individuellement en qualité, quantité et genre; exemple : un esclave en général, cent mesures de blé, cent amphores de vin, sans indication de qualité.

On peut maintenant se faire une idée des cas où s'appliquait la *condictio incerti;* nous ne citerons ici que ceux qui offrent quelque chose de particulier. — 1° L'action personnelle, par laquelle je réclamerais sur le fonds Cornélien l'usufruit qui m'a été légué *per damnationem*, ou que j'ai stipulé, est une *condictio incerti :* quoique le fonds en lui-même soit certain, l'usufruit est, de sa nature, une chose incertaine : il en faut dire autant des autres servitudes. (L. 75, § 3. D. 45, 1; L. 35, D. 8, 2; L. 1. D. 33, 2.) — 2° Il en est de même de l'action *ex testamento*, par laquelle je réclame un legs *sinendi modo*. (Gaïus, II, § 213). — 3° Enfin, c'est encore par la *condictio incerti* qu'il faudrait agir pour réclamer la libération d'une obligation. (L. 16, § 2. D. 4, 4; L. 5. D. 7, 5; L. 3. D. 12, 7; L. 12. D. 46, 2.) La conception même des condictions incertaines (*quidquid paret dare facere oportere*) montre suffisamment que dans ces formules le demandeur ne pouvait être déchu pour plus-pétition. (Gaïus, IV, § 213.). — Il n'en faut pas conclure qu'il ne courût aucun danger : en effet, la formule incertaine paraissant comprendre tous les droits du demandeur, celui-ci aurait souvent compromis sérieusement ses intérêts, s'il n'avait eu le soin de restreindre, par des *prescriptions*, le vague de l'*intentio*. (N^os^ 3277 et suiv.)

III. — Des autres actions in personam non qualifiées condictiones.

3472. Les autres actions *in personam* non qualifiées *condictiones* comprenaient : — 1° toutes les actions de bonne foi; — 2° toutes les actions prétoriennes si nombreuses qui sont conçues *in factum*; — 3° les actions dans lesquelles l'*intentio*, quoique étant conçue *in ius*, ne tend ni à une *dation* ni à un *fait*.

Au surplus, comme les actions réelles, les actions personnelles viennent les unes du droit civil, les autres du droit prétorien.

§ Ier. — ACTIONS PERSONNELLES CIVILES.

3473. Sont civiles toutes les actions personnelles qui naissent des contrats, des quasi-contrats (*quasi ex contractu*); presque toutes celles qui viennent des délits et quasi-délits (*quasi ex delicto*).

§ II. — ACTIONS PERSONNELLES PRÉTORIENNES.

3474. Les actions personnelles prétoriennes sont très-nombreuses : on peut citer notamment les actions *furti manifesti*, *quod metus causa*, *de dolo malo*, *de pecunia constituta*, *de jurejurando*, *de servo corrupto*, *de albo corrupto*, etc.

Pour donner satisfaction aux traditions des ouvrages classiques, nous allons expliquer deux des trois actions personnelles prétoriennes que mentionne notre texte des *Institutes*, c'est-à-dire l'action *de pecunia constituta* et l'action *de jurejurando*, renvoyant à la treizième division l'étude de l'action *de peculio*.

Remarquons que les trois actions citées par les *Institutes* sont des actions personnelles prétoriennes; Justinien n'a pas cru nécessaire de parler des actions personnelles civiles, suffisamment connues par l'étude des obligations. — Remarquons encore que le préteur avait organisé un grand nombre d'actions personnelles : parmi ces dernières, nous connaissons déjà l'action *vi bonorum raptorum* et celles qui naissent *quasi ex maleficio*. Nous trouverons plus loin (n° 3482) trois autres actions, toutes trois pénales, et introduites par le préteur.

I. — Actio de pecunia constituta.

3475. L'action *de pecunia constituta*, dont nous parlent les *Institutes*, n'a pas toujours existé. Elle est le résultat de la fusion de deux actions antérieures : l'*actio receptitia*, civile; l'*actio de pecunia constituta*, prétorienne.

1° *Actio receptitia*. Nous avons eu plusieurs fois l'occasion de

parler des *argentarii*. Les *argentarii* étaient de véritables banquiers dont l'entremise assurait au créancier que les écus qu'ils lui comptaient étaient de bon aloi, et que la propriété lui en était parfaitement transférée. (L. 4 pr. et § 1. D. 2, 13.)

Il est probable que ces banquiers ouvraient à leurs clients de véritables *comptes-courants*. C'est une opération de ce genre qui se produisait quand un *argentarius* déclarait à une personne que tel jour il effectuerait un payement à son profit, ou lui compterait une somme déterminée. Rien d'extraordinaire dans l'opération en elle-même, qui pouvait être faite pour toute espèce de dettes, même futures. (L. 2, pr. C. 14, 18.)

Mais ce qui était remarquable, c'est que cette déclaration, faite par l'*argentarius*, l'obligeait civilement, si bien que la personne qui comptait sur lui pouvait le poursuivre par une action dite *actio receptitia*.

Cette action résultait donc d'un simple pacte, mais d'un pacte *légitime*; cependant Justinien semble dire qu'il y avait autrefois des paroles solennelles : « *Receptitia actione cessante quæ solemnibus verbis composita, inusitate recessit vestigio...* »

L'action *receptitia* était perpétuelle.

3476. 2°. *Le constitut.* — Le constitut est un pacte *prétorien* par lequel une personne s'engage à payer, dans un certain délai, soit sa propre dette, soit la dette d'autrui. C'est en parlant de ce pacte qu'Ulpien dit : « *Hoc edicto prætor favet naturali æquitati, qui constituta* EX CONSENSU *facta custodit, quoniam grave est fidem fallere.* » (L. 1. D. 13, 5.)

Le pacte de constitut était protégé par une action prétorienne, dite *de pecunia constituta* ou *pecuniæ constitutæ*, qui ne durait probablement qu'un an. (LL. 14, § 3; 18, § 1; 28, 26, 27. D. 13, 5; L. 2. C. 4, 18.)

C'est ainsi que par deux pactes successifs on pouvait faire naître une action, alors que chaque pacte, pris isolément, ne pouvait conférer aucun droit de poursuite.

Le terme était essentiel à l'existence du constitut. Ce terme pouvait être conventionnel; mais, en présence du silence des parties, on avait établi un terme légal de dix jours. (L. 21, § 1. D. 13, 5.)

Il fallait de plus qu'il y eût une dette préexistante, et reposant sur des choses fongibles. — Du reste, le constitut pouvait intervenir entre personnes absentes.

Le débiteur, en faisant ce pacte, s'assurait un délai d'au moins dix jours; le créancier y trouvait souvent le bénéfice d'ajouter une action à un simple pacte, de donner une force réelle à une obliga-

tion naturelle; d'un autre côté, le préteur avait permis d'intenter l'action *constitutæ pecuniæ*, en faisant la *sponsio* jusqu'à la moitié du capital. En d'autres termes, le demandeur pouvait dire devant le juge : « Si tu me dois 100, en vertu du constitut, me promets-tu 50? » de telle sorte que si l'existence du constitut était prouvée, le débiteur devait payer 150. (Gaïus, IV, § 171.)

Nous avons vu (n° 2440) une autre utilité du constitut : en effet, quand c'est un tiers qui s'obligeait ainsi, dans l'intention de cautionner une dette préexistante, le créancier se trouvait avoir deux débiteurs : le débiteur primitif et le constituant. C'était donc une véritable *intercessio;* mais ce procédé, comme nous le verrons plus loin, différait de la fidéjussion proprement dite.

Un autre avantage du constitut est de fournir un moyen commode de changer soit le jour de l'échéance, soit le lieu du payement, soit l'objet de la dette.

Enfin, si l'obligation primitive n'était sanctionnée que par une *actio temporalis* prête à s'éteindre, un pacte de constitut intervenant, l'effet de ce pacte subsistera au profit du créancier, *licet postquam dies temporalis actionis exierit*. (L. 18, § 1, D. 13, 5.)

3477. 3°. — *Système de Justinien.*— Justinien a fondu ensemble, sous le nom d'action *de pecunia constituta*, les deux actions qui existaient autrefois simultanément. (§ 8 de n. t.)

Cette nouvelle action ressemble à l'ancienne action *de pecunia constituta*, en ce qu'elle exige l'existence d'une obligation antérieure, et qu'elle permet d'agir contre toute personne; mais elle ressemble à l'action *receptitia* en ce qu'elle est *perpétuelle* (30 ans), et qu'elle peut s'appliquer à toute espèce de choses.

3478. 4°. — *Différences et ressemblances.*

A. Entre l'*actio receptitia* et l'*actio de pecunia constituta* (avant Justinien). — Ces deux actions poursuivaient le même but, mais elles différaient sous plusieurs points de vue :

L'action *receptitia* :	L'action *de pecunia constituta* :
1° Était perpétuelle.	1° Était parfois annale : *non in omnibus casibus longæva erat constituta, sed* IN SPECIEBUS *certis annali spatio concludebatur*. (L. 2. C. 4, 18.) On ne connaît pas ces *certæ species*.
2° Pouvait avoir pour objet toutes sortes de choses.	2° Ne s'appliquait qu'aux choses fongibles. (L. 2, pr. C. 4, 18.)

3° Ne supposait que les déclarations de l'*argentarius* prenant jour pour la remise de certaines valeurs.

4° Ne pouvait jamais prendre naissance que contre un *argentarius*.

3° Supposait essentiellement une obligation antérieure au pacte qui la fait naître.

4° Pouvait prendre naissance contre toute personne qui était intervenue. (*Inst.*, § 9 de n. t.)

B. Entre le pacte de constitut et le payement.

a. Ressemblances. — 1° Le payement et le constitut ne sauraient se produire sans une obligation préexistante, que l'un éteint, et à laquelle l'autre se rattache. — *Quid* si l'obligation préexistante est paralysée par une exception ? La question avait fait difficulté ; mais Ulpien décide la négative : « *Eum* (le constituant) *non teneri, quia debita juribus non est pecunia quæ constituta est...* » (L. 3, § 1. D. 13, 5.) — *Quid* s'il s'agit d'une obligation à terme ou conditionnelle ? même hésitation ; toutefois on distingue : si l'obligation antérieure est à terme, le pacte de constitut est valable (L. 3, § 2, et L. 4. D. 13, 5) ; si l'obligation antérieure est conditionnelle, il faut attendre l'événement pour juger la validité du pacte de constitut : la condition se réalisant, le pacte vaudra ; la condition défaillant, il n'y aura rien de fait (L. 19, pr. D. 13, 5.)

2° Comme le payement, le pacte de constitut n'a pas nécessairement le même objet que l'obligation primitive. (L. 1, § 5. D. 13, 5.)

3° Le pacte de constitut, comme le payement, peut être fait aussi bien par un tiers que par le débiteur lui-même. (§ 9 de n. t.)

4° Comme le payement peut être fait au créancier ou à son mandataire ayant pouvoir d'agir, de même le pacte de constitut peut être fait avec un tel mandataire, mais non avec un *adjectus solutionis gratia*. (L. 7, § 1. D. 13, 5.)

5° Le payement fait à l'un de deux *correi stipulandi* éteint le droit de l'autre : même extinction si l'un de ces *correi* fait un pacte de constitut avec le débiteur ; et celui dont le droit est éteint n'a même plus qualité pour recevoir le payement. (L. 10. D. 13, 5.) — Par analogie, le débiteur d'une alternative, qui fait le pacte de constitut quant à l'une des choses, cesse de devoir l'autre. (L. 25, pr. D. 13, 5.)

b. Différences.

Le payement :	Le pacte de constitut :
1° Ne comporte pas de terme.	1° Comporte essentiellement un terme. (L. 21, § 1. D. 13, 5.)

2° N'est pas une *intercessio*, quand il s'applique à la dette d'autrui. Ce qui a une grande importance pour l'application du sénatus-consulte Velleien (n° 2447 et suiv.).

2° Fait pour autrui constitue une *intercession*. (N^os^ 2440.) D'où résulte : qu'il n'éteint pas la dette originaire (L. 28. D. 13,5); — que plusieurs peuvent s'obliger de cette manière de façon à être tenus *in solidum* comme des fidéjusseurs (L. 16, pr. D. 13, 5); — que celui qui serait poursuivi *in solidum* aurait le bénéfice de division. (L. 3. C. 4, 18.)

C. Entre le pacte de constitut et la fidéjussion. — Nous avons vu que *constituer* pour un tiers était réellement *intercedere*. Toutefois il y a certaines différences entre ces deux actes. Ainsi :

1° On peut constituer *absente creditore*.

1° La fidéjussion, résultant de la stipulation, exige la présence simultanée des parties.

2° Les poursuites dirigées contre le débiteur principal ne libèrent pas le constituant. (L. 18, § 3. D. 13, 5.) Le constituant est donc, en ce point, plutôt traité comme un *mandator pecuniæ credendæ* que comme un fidéjusseur.

2° La règle était différente pour le fidéjusseur avant Justinien.

3° Le constituant peut s'engager à donner autre chose que l'objet de l'obligation principale. (L. 1, § 5. D. 13, 5.)

3° Le fidéjusseur promet la même chose que le débiteur principal.

4° On constitue valablement avec un terme moins long que celui de l'obligation principale. (L. 4. D. 13, 5.)

4° La fidéjussion serait nulle, si elle avait un terme plus court que la dette principale.

5° Si on constitue plus que ce que le débiteur a promis, il y a seulement lieu à réduction. (L. 11, § 1. D. 13, 5.)

5° Dans la même hypothèse, la fidéjussion est nulle, même pour partie.

II. — **Actio de jurejurando.**

3479. Les *Institutes* ne nous disent sur l'action *de jurejurando* que ce qui a été énoncé précédemment (n^os^ 3316 à 3318) : lorsqu'une per-

sonne, SUR L'INVITATION DE SON ADVERSAIRE, a juré que la somme qu'elle réclame lui est due, si cette somme ne lui est pas payée, le préteur lui donne une action dans laquelle la *condemnatio* est subordonnée au point de savoir, non pas si la somme était due, mais si le serment a été prêté. (L. 3. D. 12, 2.) Il s'agit donc ici du serment prêté, sur l'invitation de l'adversaire, mais extra-judiciairement.

Une telle action, on le conçoit, est essentiellement une action *in factum*, la question posée étant, non une question de droit, mais une question de fait. (L. 8. C. 4, 1.)

Il va sans dire que le serment peut être déféré sur une difficulté relative à un droit de propriété ou de possession, comme sur une difficulté relative à une obligation ; et, s'il est prêté, il permettra à l'adversaire de poursuivre par l'action *de jurejurando* la restitution du fonds litigieux ou de la possession. (LL. 9, § 7 ; 11, § 1. D. 12, 2.)

Nous avons vu (n° 3317, II, *in fine*) que le serment pouvait produire une exception : *exceptio jurisjurandi* (*Inst.*, § 4, IV, XIII ; L. 9, pr. D. 12, 2.)

3480. N. B. En ce qui concerne spécialement la question de propriété, M. Demangeat (t. II, p. 625) fait justement remarquer qu'il importe beaucoup de savoir dans quels termes le serment a été déféré et prêté, car un tel serment peut fournir soit une exception, soit une action. Voici ce que dit Ulpien : « *Si possessori fuerit jusjurandum delatum, juraveritque rem petitoris non esse, quamdiu quidem possidet, adversus eum qui detulit jusjurandum, si petat, exceptione jurisjurandi utetur. Si vero amiserit possessionem, actionem non habebit, ne quidem si is possideat qui ei jusjurandum detulit : non enim rem suam esse juravit, sed ejus non esse.* (L. 11, pr. D. 12, 2.) Il est certain que le possesseur actuel n'est pas propriétaire, mais il ne perdra la possession qu'en faveur d'un tiers qui prouverait y avoir des droits supérieurs aux siens.

Dans un autre texte, Ulpien qualifie notre action d'action *utile* : *Julianus ait eum qui juravit fundum suum esse, post longi temporis præscriptionem etiam utilem actionem habere.* (L. 13, § 1. D. 12. 2.) — On a donné de ce texte plusieurs explications : d'après la première, on suppose que Titius a juré, sur l'interpellation du possesseur d'un fonds, que ce fonds lui appartenait à lui Titius. Ce dernier pourra toujours *utilement*, c'est-à-dire *avec succès*, revendiquer le fonds, alors même que le possesseur aurait accompli le temps de la *longi temporis præscriptio*, car le serment, prêté sur la délation du possesseur, interrompt contre lui la prescription. — D'après la seconde explication, un possesseur, au lieu d'invoquer la *præscriptio longi temporis* (dont il a accompli les délais), défère le

serment à celui qui se prétend propriétaire ; or ce dernier jure que le fonds lui appartient. Il pourra dès lors intenter l'action *de jure-jurando*, sans s'occuper de la *præscriptio* à laquelle le possesseur est réputé avoir renoncé. — Je me demande, en réponse à cette explication, quel est le possesseur qui aurait pu avoir une telle idée !

Nous avons dit incidemment que l'action *de jurejurando* était une action *in factum*. Nous savons déjà quel est le sens de cette expression. (N° 3383).

APPENDICE.

« § 12. Le préteur a encore introduit, en vertu de sa juridiction, un grand nombre d'actions pénales, et notamment : contre celui qui dégraderait une partie quelconque de l'album sur lequel le magistrat inscrit ses édits ; contre celui qui citerait devant le magistrat (*in jus*) son patron ou son ascendant, sans en avoir obtenu la permission ; contre celui qui, par violence, enlèverait une personne appelée à comparaître devant le préteur, ou qui, par dol, la ferait enlever par d'autres ; et une foule d'autres actions.

3482. Il est parfaitement exact que les trois actions dont parle notre texte sont prétoriennes et conçues *in factum*. — Elles ont donc la même origine et le même caractère que l'action *in factum*, puisqu'elles sont purement pénales, répressives, qu'en d'autres termes elles ne servent aucunement à assurer l'exécution d'un *vinculum juris* ou d'un droit quelconque. — Il convient toutefois, pour suivre les *Institutes*, d'en dire deux mots ici :

La première de ces actions est donnée contre celui qui n'a pas respecté l'*album* du préteur. Cette action est *populaire* en ce sens qu'elle peut être exercée pas le premier citoyen venu : *Si quis id quod jurisdictioni perpetuæ causa, non quod prout res incidit, in albo vel in charta, vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit, datur in eum quingentorum aureorum judicium quod populare est.* (L. 7, pr. D. 7, 1.)

La seconde est donnée contre celui qui, sans la permission préalable du magistrat, aura cité *in jus* son patron ou son ascendant. Elle aboutit à une amendè de dix mille sesterces. (*Inst.*, § 3. IV, XVI.)

La troisième est donnée contre celui qui a enlevé ou fait enlever de force un individu *vocatus in jus*. La peine est très rigoureuse : *non id continetur* (dans l'action) *qui in veritate est, sed quanti ea res est ab actore æstimata de qua controversia est : hoc enim additum est ut appareat, etiamsi calumniator quis sit, tamen hanc pænam eum persequi.* (L. 4, § 1. D. 2, 7.)

N. B. Les *Institutes* continuent par l'étude des actions préjudicielles qu'elles considèrent comme actions *in rem* (§ 13), et n'étudient que sous le paragraphe 20 les actions mixtes *tam in rem quam in personam*. Nous connaissons assez (nos 3265) la nature toute spéciale de ces actions pour ne point les mêler aux actions réelles ordinaires. — D'un autre côté, il n'y a aucun motif pour ne pas aborder immédiatement, après l'étude des actions réelles et des actions personnelles, l'étude des actions mixtes, qui tiennent des unes et des autres.

ARTICLE III. — ACTIONS MIXTES : TAM IN REM QUAM IN PERSONAM.

« § 20. Certaines actions paraissent avoir une nature mixte et être tant réelles que personnelles. Telles sont : l'action *familiæ erciscundæ* (en partage de succession), qui est donnée aux cohéritiers qui réclament le partage de la succession; l'action *communi dividundo* (en partage d'une chose commune), qui est donnée aux copropriétaires pour obtenir le partage de la chose commune; et l'action *finium regundorum* (en bornage), qui a lieu entre ceux qui ont des fonds contigus.

Dans ces trois actions, le juge, prenant pour règle l'équité, peut adjuger la chose à l'un des plaideurs, et condamner celui, dont le lot serait trop fort, à payer une soulte aux autres.

§ Ier. — GÉNÉRALITÉS. — SENS DE CETTE DIVISION

3483. De ce qui a été dit précédemment sur l'origine et la nature de la division des actions *in rem* et *in personam*, il résulte, avec la dernière évidence, qu'une action ne pouvait être en même temps *in rem* et *in personam ;* comment concevoir, en effet, une *intentio* dans laquelle le défendeur serait et ne serait pas nommé? Et lors même qu'on laisserait de côté les formules pour s'attacher uniquement à la nature absolue des actions réelles et personnelles, l'incompatibilité serait toujours la même : l'action personnelle étant celle par laquelle *je soutiens que mon adversaire est obligé envers moi*, et l'action réelle étant celle par laquelle j'agis *sans alléguer aucune obligation de la part de mon adversaire*, il est évident que ces deux prétentions s'excluent l'une l'autre. Je ne veux pas dire par là, cependant, que la même personne ne puisse pas avoir, à l'occasion d'une même chose, deux actions, l'une réelle, l'autre personnelle ; car cela arrive, au contraire, très fréquemment. Par exemple, le déposant, le commodant, le débiteur gagiste, le locateur, bien entendu en les supposant propriétaires de la chose qui a fait l'objet du dépôt, du commodat, etc., peuvent agir contre le dépositaire,

le commodataire, le créancier gagiste et le locataire, soit par l'action *personnelle* résultant du *contrat*, soit par l'action *réelle* résultant de la *propriété*. Mais, de ce que, dans les cas précités et autres analogues, le demandeur a le choix entre deux actions de natures diverses, il n'en résulte nullement que, dans l'expression de sa prétention, il puisse confondre les deux causes en vertu desquelles il peut agir ; et alors même qu'il pourrait les cumuler, la force des choses l'obligerait toujours à les énoncer séparément, par exemple : « Je soutiens que Titius est *obligé*, par contrat de dépôt, à me restituer telle chose ; *subsidiairement*, que, ne fût-il pas obligé par dépôt, la chose *m'appartient*, et qu'ainsi j'ai le droit de la reprendre contre tout détenteur. » Ou bien, à l'inverse : « Je soutiens que telle chose *m'appartient*, et qu'ainsi j'ai le droit de la reprendre contre tout détenteur ; *subsidiairement*, je soutiens qu'alors même que la chose ne m'appartiendrait pas, Titius, mon adversaire, serait obligé de me la restituer, parce qu'il y a entre lui et moi un contrat de dépôt qui lui en impose l'obligation. » Le demandeur pourra agir de l'une ou de l'autre façon, selon qu'il lui paraîtra plus facile ou plus avantageux de prouver l'existence du *contrat* ou celle de la propriété. Mais, alors même que la loi permettrait de réunir ainsi dans une demande deux actions, l'une réelle, l'autre personnelle, il y aurait juxtaposition, emploi simultané de deux actions ; mais il n'y aurait pas une action mixte.

Cependant, nous lisons dans le paragraphe 20 aux *Institutes*, *De actionibus : Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam.....* » Ce texte célèbre a été reproduit par un grand nombre d'auteurs qui ne paraissent pas avoir seulement soupçonné les questions auxquelles il donne lieu : d'autres ont aperçu la difficulté et ont proposé diverses explications.

3484. 1° On avait d'abord pensé que ce passage pouvait s'entendre dans ce sens : « Certaines actions ont une nature mixte, et de ces actions on en trouve tant parmi les actions personnelles que parmi les actions réelles, » Cette interprétation s'appuyait sur plusieurs passages dans lesquels les mots *tam in rem quam in personam* présentent effectivement le sens que nous venons d'indiquer (§§ 31 et 3. *Inst.* IV, VI ; pr. IV, XII.) Mais cette explication a dû être abandonnée : en effet, les seules actions auxquelles puisse s'appliquer l'ensemble du paragraphe 20 sont les trois actions divisoires, *familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum ;* or ces trois actions sont *in personam.* (§§ 3 et 4, *Inst.*, III, XXVII ; L. 1. D. 10, 1 ; L. 1, § 1. C. 7, 40.)

3485. 2° D'autres ont cru trouver l'explication de ce passage

dans un texte d'Ulpien, inséré au *Digeste*, et qui est ainsi conçu : « *Mixtæ actiones in quibus* UTERQUE ACTOR EST, *ut puta finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi.* » (L. 37, § 1. D. 44, 7.) Dans ce système, le mot *mixte* présenterait le même sens que le mot *double* dont Gaïus se sert pour caractériser les interdits *uti possidetis* et *utrubi*, en les considérant au même point de vue qu'Ulpien. (Gaïus, IV, §§ 158, 159, 160.) Pour concevoir ce double rôle, il suffit de se rappeler que, d'après la conception ordinaire des formules, la condamnation ne peut, en général, tomber que sur le défendeur ; tout le risque que court le demandeur est de voir absoudre son adversaire : *Si paret..., N. Negidium A. Agerio condemna; si non paret, absolve...* Par exception à la règle, dans les trois actions divisoires, la condamnation peut tomber aussi bien sur le demandeur que sur le défendeur ; car si, usant du pouvoir que lui confère l'*adjudicatio* de la formule, le juge, pour éviter un morcellement nuisible, adjuge à l'une des parties la totalité de la chose indivise, il doit en même temps, pour rétablir l'égalité, condamner cette partie à payer une soulte à l'autre. Cette explication est vraie sans doute, et le double rôle que joue chacune des parties dans les actions divisoires est incontestable ; mais cela n'explique nullement pourquoi on dit de ces actions qu'elles sont *in rem* et *in personam ;* il faut donc chercher ailleurs.

3485 *bis*. 3° D'après une troisième opinion, on prétend que, dans le passage en question, les expressions *in rem*, *in personam*, ne doivent pas être prises dans le sens technique qu'elles comportent habituellement ; elles signifieraient seulement que, dans les actions divisoires, le juge a un double pouvoir, pouvoir *sur les choses* pour les adjuger (*in rem*, *in res*), pouvoir sur les *personnes* (*in personam*, *in personas*), pour les condamner à payer des soultes. (L. 22, § 4. D. 10, 2 ; l. 4, § 3, D. 10, 3.)

3486. 4° Cette manière de sortir d'embarras, qui avait déjà été indiquée par Pothier, rentre, sous plusieurs rapports, dans l'explication précédente, et, quoiqu'elle repose sur une donnée exacte, néanmoins elle ne nous semble pas admissible. En premier lieu, si cette manière de voir était vraie, ce ne serait pas seulement les trois actions divisoires qui seraient mixtes, mais aussi toutes les actions *in rem*, et notamment la *pétition d'hérédité*. (L. 25, § 18. D. 5, 3.) Or notre paragraphe 20 semble bien ne reconnaître qu'aux trois actions divisoires le caractère d'actions *mixtes*, quel que soit d'ailleurs le sens qu'on doive attacher à cette dénomination. En second lieu, quand on rapproche, sans préoccupation, le paragraphe 20 de la loi première, au Digeste, *finium regundorum*, où il est dit : « *Fi-*

nium regundorum actio IN PERSONAM *est*, LICET PRO VINDICATIONE *rei sit*, » on demeure convaincu que les mots *in rem* et *in personam* du paragraphe 20 doivent bien être pris dans leur sens technique ; et qu'ainsi, à tort ou à raison, les Romains avaient cru apercevoir, dans les trois actions divisoires, un mélange d'action réelle et d'action personnelle.

3487. 5° Mais comment de si habiles analystes avaient-ils pu croire à la coexistence, dans une même action, de deux caractères dont l'incompatibilité est si bien démontrée? Je ne puis admettre qu'ils aient jamais pensé qu'une même action contînt ces deux caractères sous le même point de vue ; mais n'est-il pas possible qu'ils aient voulu dire qu'une même action pouvait les réunir, en la considérant sous deux points de vue différents? Le sens du paragraphe 20, expliqué par la L. 1, *finium regundorum*, nous paraît être celui-ci : certaines actions ont une nature mixte, en ce sens que, quoique leur *intentio* soit conçue *in personam*, elles conduisent ou peuvent conduire au même résultat qu'une action *in rem*, c'est-à-dire à une déclaration de propriété au profit du demandeur. C'est ainsi qu'en sens inverse la pétition d'hérédité, qui est incontestablement une action réelle, conduit néanmoins fort souvent aux mêmes résultats que ceux que l'on eût obtenus par une action personnelle. (L. 25, § 18. D. 5, 3.)

Au surplus, on ne doit pas s'étonner que les trois actions divisoires eussent un caractère particulier. Ces trois actions étaient les seules dont la formule contînt la partie appelée adjudication ; et il serait vraiment bien extraordinaire que l'introduction dans la formule d'un élément si important eût pu avoir lieu sans qu'il en résultât pour ces trois actions une physionomie et une nature à part. Ce résultat n'avait pu manquer de frapper les jurisconsultes romains, et ils s'efforcent d'en rendre compte à l'aide d'expressions déjà consacrées (*in rem*, *in personam*), qui peut-être n'ont pu rendre complètement leur idée [1].

---

1. M. Demangeat formule quatre opinions différentes, qui touchent en certains points à celles que nous venons d'exposer. Nous en citerons deux qui se dégagent assez nettement :

1° « Le mot *causa* signifie souvent l'objet, le but. Or, dans les trois actions divisoires, chaque partie a pour but, non-seulement, comme dans toutes les actions, d'obtenir une condamnation, c'est-à-dire de faire naître à son profit un *droit de créance*, mais aussi d'obtenir une *adjudication*, c'est-à-dire la création à son profit d'*un droit réel*. Voilà ce qui constitue le caractère exact des trois actions divisoires. — Cette explication ne semble pas pouvoir être admise, car elle s'appuie sur un sens tout à fait insolite des expressions *in rem*, *in personam*.

2° Ces trois actions sont des actions *in personam*, puisque l'on prétend que

§ II. — ACTIO FINIUM REGUNDORUM

3488. On a déjà parlé de la procédure particulière aux procès ayant pour objet la délimitation des fonds ruraux. On a vu que, d'après la loi des Douze Tables, les controverses relatives aux *fines*, ou espace de cinq pieds de large qui, d'après la loi Mamilia, devait être laissé entre les champs voisins, étaient renvoyées devant trois arbitres qui se faisaient assister d'*agrimensores*. Sous la procédure formulaire, l'action en bornage se porte devant un seul juge, qui se fait également assister d'*agrimensores*.

Cette action embrassait deux objets principaux : le règlement des limites et des condamnations pécuniaires.

Le juge devait d'abord chercher à reconnaître les limites, par l'inspection des anciens monuments, le rapport des *agrimensores* et les registres publics du cens ; il pouvait aussi ordonner des arpentages, afin de s'assurer de la contenance respective des deux fonds. (L. 8, § 1 ; L. 11 ; L. 12, D. 10, 1.)

La limite une fois reconnue, le juge ordonnait la restitution du terrain usurpé, ainsi que la destruction des plantations ou constructions qui empiétaient sur la limite. Le refus d'obéir entraînait contre le récalcitrant une condamnation pécuniaire. (L. 4, § 3 ; L. 7 ; L. 8. D. 10, 1.)

La condamnation comprenait aussi les dommages-intérêts en raison des délits que l'un des voisins aurait commis au sujet des limites, soit en les déplaçant, soit en les faisant disparaître. (L. 4, § 4. D. 10, 1.)

Quand la limite réelle paraissait au juge trop difficile à reconnaître ou à conserver, il entrait dans ses pouvoirs d'y substituer une limite nouvelle, en adjugeant à chacun des voisins la propriété des portions de terre que la limite nouvelle enlevait à l'autre, sauf à condamner celui qui recevait ainsi plus de terre qu'il n'en perdait à payer à l'autre une soulte en argent (§ 6, *Inst.*, IV, XVII ; L. 2, § 1. L. 3, D. 10, 1.)

---

l'adversaire est *obligé*. Cependant il est possible que le juge ait à résoudre une question de propriété, si par exemple le défendeur conteste tout d'abord la qualité de propriétaire chez le demandeur. — Le paragraphe 20, aux Institutes, voudrait donc dire : le juge est sans doute appelé à statuer sur une question d'obligation, mais il peut avoir à faire ce que fait le juge de la pétition d'hérédité ou de la revendication, c'est-à-dire statuer sur une question de propriété. » — Sans doute, mais cette seconde face de l'office du juge. dans les actions divisoires, ne se présente que très accidentellement ; or, les Institutes paraissent bien considérer le caractère mixte de ces actions, non pas comme résultant de circonstances accidentelles, mais comme étant constant

Régulièrement, l'action en bornage n'appartenait qu'au propriétaire ; mais on l'accordait utilement à l'usufruitier, à l'emphytéote et au créancier gagiste. (L. 4, § 9. D. 10, 1.)

L'action *finium regundorum* était autrefois imprescriptible. Depuis la constitution de Théodose, qui réduisit à trente ans la durée de toutes les actions qui auparavant avaient une durée indéfinie, on distingue par rapport à l'action *finium regundorum* : cette action est-elle employée comme moyen de recouvrer les parties de terrain usurpées par le voisin, elle se prescrit par trente ans, comme la revendication dont elle tient alors la place. Est-elle, au contraire, employée dans le seul but de faire cesser la confusion des limites, elle est imprescriptible : il serait en effet absurde qu'un laps de temps quelconque pût obliger deux voisins à vivre dans l'espèce d'indivision qui naît de l'absence de limites.

§ III. — ACTIO FAMILIÆ ERCISCUNDÆ

3489. I. L'action en partage d'hérédité (*familiæ erciscundæ*) ne doit pas être confondue avec la pétition d'une quote-part d'hérédité. La pétition d'hérédité est une action réelle qui a pour but de faire reconnaître au demandeur la qualité d'héritier qu'on lui conteste ; l'action *familiæ erciscundæ* est, au contraire, une action personnelle, *quasi ex contractu*, qui suppose que la qualité d'héritier est reconnue au demandeur. Si le défendeur à l'action entend contester au demandeur la qualité d'héritier, il peut le repousser par l'exception « *si in ea re, de qua agitur, præjudicium hæreditati non fiat* », sauf au demandeur à faire reconnaître sa qualité par une action en pétition d'hérédité. Toutefois, si le demandeur possède la part d'hérédité à l'occasion de laquelle il demande le partage, comme il ne peut, en ce cas, agir par pétition d'hérédité, puisqu'il possède, le juge, saisi de l'action *familiæ erciscundæ*, connaîtra incidemment de la question concernant la qualité d'héritier. (LL. 1, § 1 et 50, § 1. D. 10, 2.)

3490. II. L'action *familiæ erciscundæ* comprend deux chefs principaux : des prestations personnelles et une adjudication de propriété. (L. 22, § 4. D. 10, 2.)

Les prestations personnelles se réfèrent : 1° au payement des soultes auxquelles doit être condamné celui à qui est adjugé un lot supérieur en valeur à sa part héréditaire ; 2° à l'obligation réciproque qu'ont tous les héritiers de se tenir compte des profits et des pertes qui ont pu résulter pour eux de la possession ou de la gestion de tout ou partie de la succession indivise. Chaque héritier

est tenu de donner à la gestion de l'hérédité les mêmes soins qu'il donne à ses propres affaires.

L'adjudication comprend la composition des lots et leur attribution aux divers héritiers : par là, chaque héritier se trouve échanger un droit de propriété indivise dans le tout, contre un droit de propriété privative sur une partie déterminée. Pour la composition des lots, le juge jouissait d'un pouvoir très étendu : il pouvait adjuger à chacun un objet entier, ou bien une portion déterminée dans chacun des objets héréditaires (L. 22, §§ 1, 2 et 3; L. 52, § 2. D. 10, 2); adjuger à l'un la nue propriété, à l'autre l'usufruit; et même, si la division paraissait impossible ou trop difficile, adjuger le tout à un seul des copartageants, sauf à condamner celui qui obtient un lot d'une valeur supérieure à sa part héréditaire à payer une soulte aux autres. (§ 5, *Inst.*, IV, XVII.)

3491. III. L'action en partage ne porte que sur la division des corps héréditaires : les créances (*nomina*) et les dettes (*æs alienum*) n'exigent aucun partage, car une disposition de la loi des Douze Tables les divisait de plein droit entre tous les cohéritiers, en proportion des parts héréditaires. (L. 2, § 5; L. 3. D. 10, 5.)

3492. IV. L'adjudication des lots n'avait pas, à Rome, d'effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession; chaque héritier n'était réputé propriétaire des objets compris dans son lot que du jour de l'adjudication; en conséquence, l'hypothèque consentie avant le partage par l'un des cohéritiers sur sa part indivise continue à subsister, après le partage, moitié sur son lot et moitié sur celui de son cohéritier. (L. 6, § 8. D. 10, 3.)

3493. V. L'action *familiæ erciscundæ* ne peut, en général, être exercée qu'une seule fois entre mêmes personnes, relativement à une même hérédité : si donc, lors d'un premier partage, quelques objets héréditaires ont été omis, les cohéritiers ne peuvent plus agir à cet égard que par l'action *communi dividundo*. (L. 20, § 4. D. 10, 2.)

§. IV. — ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO

3494. I. *L'action familiæ erciscundæ* est spéciale à l'indivision d'hérédité, l'action *communi dividundo* est générale, et se donne dans tous les cas où, par une cause quelconque, une chose se trouve appartenir en commun à plusieurs; soit que cette communauté soit volontaire et résulte d'une société, soit qu'elle soit involontaire et accidentelle, comme cela arrive quand une même chose a été léguée à plusieurs, ou lorsqu'il s'établit une confusion entre des choses appartenant à divers propriétaires. (LL. 1; 2; 8 § 1. D.

10, 3.) Au surplus, la forme et les effets de l'action *communi dividundo* sont, presque en tout, les mêmes que dans l'action *familiæ erciscundæ*. (§ 5, *Inst.* IV. XVII.)

II. L'action *communi dividundo* n'appartient régulièrement qu'à ceux qui sont copropriétaires ; mais elle se donne utilement à l'emphytéote, à l'usufruitier, au créancier gagiste. (L. 7, pr. §§ 2 a 11. D. 10, 3.)

CHAPITRE VI

ACTIONS PRÉJUDICIELLES.

(*Inst.*, IV, VI.)

§ 13. Les actions prèjudicielles paraissent être aussi des actions réelles (*in rem*) : telles sont les actions dans lesquelles le juge a à rechercher si un individu est libre, s'il est affranchi, si le part doit être reconnu.

Parmi ces actions, il n'en est guère qu'une qui vienne du droit civil, savoir celle dans laquelle on recherche si un individu est libre; toutes les autres tirent leur origine de la juridiction du préteur.

ARTICLE PREMIER. — CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES *PRÆJUDICIA*.

3495. Les actions préjudicielles se distinguent de toutes les autres par ce caractère remarquable que leur formule se compose uniquement d'une *intentio*, sans *condemnatio*. C'est qu'en effet, dans les actions préjudicielles, le demandeur se propose seulement de faire constater judiciairement une qualité ou un fait, sans prétendre en tirer, au moins pour le moment, la conséquence d'aucune prestation à la charge du défendeur, — que cette constatation soit de nature à procurer par elle-même un avantage suffisant, ou que le demandeur ait en vue d'utiliser ultérieurement cette constatation, pour intenter une action proprement dite, but qu'il n'est point tenu de faire connaître. (L. 6. D. 40, 14.) Justinien fait remarquer que les actions préjudicielles avaient beaucoup de ressemblance avec les actions réelles : « *Præjudiciales actiones in rem esse videntur*. » (L. 35, § 2. D. 3, 3.) Cette assimilation est exacte sous plusieurs rapports. Il est certain d'abord que, dans le *præjudicium* comme dans l'action réelle, le demandeur ne présente point le défendeur comme étant *obligé* ; l'*intentio* est donc, dans l'un et l'autre cas, conçue en termes absolus. En second lieu, on a la preuve que plusieurs demandes, qui, primitivement, étaient présentées sous la forme d'une action proprement dite, sont devenues

dans la suite de simples *præjudicia* : telle est, notamment, la demande tendant à faire reconnaître la qualité d'homme libre, action sur laquelle nous reviendrons dans le paragraphe suivant. Enfin, la plupart des actions préjudicielles se rapportent à des questions d'état : or, bien que les jurisconsultes romains, en traitant de la division des droits en *jura in rem* et *jura in re*, ne s'occupent jamais que des droits qui se rapportent au patrimoine, il n'en est pas moins vrai qu'au fond les qualités qui constituent l'état des personnes sont de véritables droits absolus, *adversus omnes*, et par conséquent des droits réels, dans l'acception la plus large de ce mot ; il n'est donc pas étonnant que l'*intentio* de ces formules fût conçue en termes absolus comme celle des actions *in rem*. Cette formule, dont les textes ne nous ont pas conservé un seul exemple, était vraisemblablement conçue ainsi : *Judex esto : Præjudicium fiat* ou peut-être : *Præjudicio quærito an Dio, Erotis filius, Lucii Seii libertus sit* ; ou plus simplement encore : *Judex esto : an Dio, Erotis filius, Lucii Seii libertus sit, quærito*. (Gaïus, III, § 123 ; Paul, *Sent.*, V, 9., § 1 ; Heffter, in Gaii comment. obs., p. 60.)

ARTICLE II. — DIVERSES ESPÈCES DE *PRÆJUDICIA*.

3496. Sur la foi de l'énumération incomplète donnée par Justinien, on croyait autrefois que toutes les actions préjudicielles avaient pour objet de faire décider des questions d'état. Gaïus a rectifié cette opinion en nous apprenant qu'il y avait des *præjudicia* parfaitement étrangers à l'état des personnes : *Præjudicium quanta sit dos*, et celui tendant à faire vérifier si des *sponsores* ou des *fidepromissores* ont été avertis comme le veut la loi [1]. Au

---

1. On s'est demandé dans quelles circonstances on pouvait avoir besoin d'intenter l'action préjudicielle *quanta dos sit*. — Voici l'explication la plus plausible : un beau-père a promis à son gendre, à titre de dot, une valeur qu'il s'est réservé de fixer, sous-entendant que la fixation sera faite *boni viri arbitratu*. Or, la promesse n'est pas exécutée. Une constitution de Gordien (L. 3. C. 5, 11) dit que le gendre peut recourir à plusieurs actions. Mais laquelle ? C'est d'abord l'action *ex stipulatu*, par laquelle le gendre fera fixer le montant de la dot, et obtiendra immédiatement condamnation. Mais cela suppose nécessairement que la dot était exigible. Or, si elle n'est pas exigible, le gendre ne peut intenter l'action *ex stipulatu ;* cependant, comme il peut avoir intérêt à connaître dès à présent le chiffre de la dot qu'il recevra, il intentera l'action préjudicielle *quanta dos sit*, à la suite de laquelle le juge fixera *ex æquo et bono* le montant de la dot qui devra plus tard être fournie, naturellement sans avoir à prononcer, quant à présent, de condamnation.

Quant à la seconde action préjudicielle dont parle Gaïus, nous savons que le créancier qui reçoit des *sponsores* ou des *fidepromissores* doit proclamer,

reste, on aurait dû le soupçonner bien auparavant ; car on trouvait des traces d'autres *præjudicia* de même espèce dans des sources déjà anciennement connues : ainsi, au *Digeste*, il est question du *præjudicium* : *An bona jure venierint ;* et, dans les sentences de Paul, de celui : *An res sextertiorum centum millia major sit.* Il est hors de doute qu'il devait y avoir une foule d'autres cas dans lesquels le préteur accordait ainsi des actions préjudicielles.

Disons maintenant quelques mots des principales actions préjudicielles.

3497. I. *Liberale judicium.* — Les procès relatifs à la liberté pouvaient se présenter sous une double forme : ou bien on revendiquait comme esclave une personne ayant la possession d'état de liberté (*vindicatio in servitutem*) : le procès de Virginie nous en offre un exemple mémorable ; ou bien, au contraire, on voulait faire déclarer libre un individu qui, de fait, se trouvait en esclavage (*vindicatio in libertatem.*) (L. 7, § 5, D. 40, 12.)

3498. Dans la procédure des actions de la loi, l'un et l'autre procès, touchant la liberté, se jugeaient dans la forme ordinaire des revendications mobilières : il y avait *vindicatio* et contre-*vindicatio*, imposition de la vindicte, *manuum consertio*, etc.

Le magistrat réglait ensuite le possessoire, c'est-à-dire déterminait celle des parties qui avait à faire la preuve soit de la liberté, soit de la servitude ; mais, quelle que fût sa décision à cet égard, l'individu dont l'état était en question jouissait, pendant le litige, de la liberté de fait. (Tit. Liv. III, 44 et 45.) Dans l'un et l'autre cas, aussi, celui dont la liberté était contestée ne pouvait figurer dans le procès comme partie : il fallait que sa cause fût soutenue par un citoyen qui se portait champion de la liberté (*assertor libertatis*) et qui soutenait le procès à ses risques et périls. (Gaïus IV, § 14 ; Paul. *Sent.* V. 1, § 5). Justinien présente l'*assertor libertatis* comme également indispensable dans la *vindicatio in servitutem* et dans la *vindicatio in libertatem.* (L. 1, C. 7, 17) ; on comprend difficilement qu'il en soit ainsi ; car que serait-il arrivé si un homme libre, revendiqué comme esclave, n'avait trouvé per-

---

prædicare, ce qui lui est dû et le nombre des cautions qu'il va recevoir. S'il ne le fait pas, les *sponsores* et les *fidepromissores* peuvent, dans les trente jours, « *præjudicium postulare quo quæratur an prædictum sit* », et si le résultat de cette enquête est négatif, ils sont libérés. (Gaïus, III, § 123.)

La loi 38, au Digeste (42, 5) nous apprend que : *qui bona sua negant jure venisse, præjudicio experiri debere, et frustra Principem desiderare rescindi venditionem.*

Enfin, un texte de Paul (*Sent.* V, IX, § 1) nous révèle deux autres *præjudicia*, trop obscurs pour qu'il y ait à les expliquer.

sonne pour prendre sa défense? C'est à cette question que répond la loi 5 (C. Th, 4, 8) dans laquelle l'empereur Constantin prend des mesures particulières pour que la personne, qui vit *in libertate*, et que je prétends être mon esclave, puisse toujours avoir un *assertor*.

3499. Sous le régime formulaire, la *vindicatio in servitutem* continue à être considérée comme une action ordinaire, qui se poursuivait soit *per sponsionem*, soit *per formulam petitoriam ;* (LL. 8; 12 § 5, D. 40, 12.) Mais la *vindicatio in libertatem* cessa d'être une revendication ordinaire (avec *condemnatio*) pour devenir une action préjudicielle (sans *condemnatio*). — Le possessoire ne se réglait pas au moyen d'interdits, comme dans les actions ordinaires : le magistrat décidait lui-même laquelle des parties jouerait, soit le rôle de demandeur, soit le rôle de défendeur [1]. (L. 7, § *ult.* D. 40, 12.) On avait, au surplus, conservé les anciens principes touchant la nécessité de l'*assertor* (LL. 1, 2, 3 et 4, C. Th., 4, 8) et la liberté provisoire, pendant le litige, de celui dont l'état civil était en question. Or, cette liberté provisoire avait des effets fort importants (LL. 24, 25, 29, D. 40, 12.) — La sentence rendue entre l'*assertor* et celui qui contestait la liberté avait la force de la chose jugée, quand elle proclamait la liberté ; dans le cas contraire, celui qui avait été déclaré esclave pouvait encore se prétendre libre et faire juger, jusqu'à trois fois, la question de sa liberté. (L. 25, § 1, D. 40, 12.) Justinien supprime la nécessité de l'*assertor libertatis*, et permet à celui dont la liberté est contestée d'intenter l'action ou d'y défendre, soit par lui-même, soit par procureur ; mais il veut, en même temps, que la sentence qui interviendra, alors même qu'elle prononcerait contre la liberté, obtienne du premier coup l'autorité de la chose jugée. (L. 1, C. 7, 17.) — Dans le cas où l'individu dont l'état est contesté ne voudrait ou ne pourrait soutenir le procès, ses parents, ses parentes, son épouse ou son patron pourront intenter l'action ou y défendre. (LL. 1, 2, 3, 4, 5, D. 40, 12.)

3500. II. *Præjudicium de libertinitate.* — Cette action préjudicielle était soumise à des règles analogues à celles qui viennent d'être exposées, sauf que l'*assertor* y était évidemment inutile. Le litige se présentait aussi sous une double forme, suivant qu'il s'agissait de faire déclarer affranchie une personne ayant la posses-

---

1. Plus tard, pour régler le possessoire, on admit qu'on s'attacherait à l'état de fait existant au moment où le procès éclate (L. 7, § 5. D. 40, 12); mais on continua d'admettre que la personne dont l'état est contesté doit provisoirement rester *in libertatis*. (L. 14. C. 7, 16.)

sion d'état d'ingénu ou, réciproquement, ingénu celui qui avait la possession d'état d'affranchi.

3501. On a beaucoup discuté sur le point de savoir à qui incombait le fardeau de la preuve dans cette action. — En effet, deux textes d'Ulpien (L. 14, D. 22, 3 ; L. 6, D. 40, 14) paraissent contenir des principes très opposés. On a cherché à les concilier ; Dans l'un, dit-on, Ulpien suppose seulement que l'une des parties prétend que l'autre est son affranchi, et que ce dernier répond qu'il est ingénu. Le demandeur aura ou n'aura pas le fardeau de la preuve, selon que son adversaire n'aura pas ou aura la possession d'état d'affranchi. — Dans l'autre, au contraire, Ulpien suppose deux cas distincts : 1° celui dont il vient d'être parlé, dans lequel le défendeur prétend être ingénu ; 2° le cas où, reconnaissant être affranchi, il nie être l'affranchi du demandeur. Et c'est seulement quant à cette seconde espèce qu'Ulpien énonce que le prétendu patron aura toujours à faire la preuve de sa prétention, que le *præjudicium* soit donné sur sa demande, ou contre lui. (Voir également L. 18, pr. D. 22, 3.) — Les espèces étant différentes, on conçoit que le jurisconsulte donne des décisions différentes.

On saisit parfaitement les motifs de l'importance accordée dans la première hypothèse à la possession d'état : on saisit tout aussi bien la pensée qui inspire la seconde décision : si le défendeur reconnaît sa position d'affranchi, le demandeur, qui se prétend le patron de cet affranchi, doit être assimilé à celui qui prétend qu'un autre est obligé envers lui, et par conséquent chargé de la preuve de sa prétention.

La qualité d'ingénu, comme celle d'homme libre, ne peut résulter que d'un procès dans lequel a figuré le contradicteur légitime ; sans cela la sentence serait nulle. (L. 3, D. 40, 16.) — Mais si le *justus contradictor* s'est arrangé par complaisance pour faire reconnaître la liberté ou l'ingénuité de celui qui est réellement son esclave ou son affranchi, toute personne est recevable à réclamer contre cette fraude. (L. 1, D. 40, 16.) — Un délai de cinq ans est accordé pour faire ainsi tomber la sentence frauduleusement obtenue. (L. 2. D. 40, 16.)

3502. III. *Præjudicium de partu agnoscendo.* — Cette action a pour but de constater si telle femme est accouchée, si elle était mariée au moment de la conception, si le mari est bien le père de l'enfant. (L. 3, § 1, D. 25, 3.) — La sentence du juge, établissant la filiation de l'enfant, est réputée vraie vis-à-vis de tout le monde. (L. 3, pr. D. 25, 3.)

3503. IV. Y avait-il un *præjudicium* pour les contestations relatives à la qualité de citoyen ? Ni Gaïus ni Justinien n'en font mention ; mais l'analogie ne permet pas de douter qu'il n'en fût ainsi.

3504. V. Les trois actions préjudicielles dont il vient d'être parlé ne pouvaient être soulevées après la mort de celui dont elles mettaient l'état en question ; à moins que ce ne fût incidemment, et comme une question préalable de laquelle aurait dépendu la décision d'une autre difficulté. (L. 13. C. 7, 16.) Même dans cette hypothèse, il n'était pas permis de contester l'état dont le défunt était en possession au moment de sa mort, quand il s'était écoulé cinq ans depuis le décès, si toutefois il s'agissait de lui attribuer une condition inférieure à celle qu'il avait possédée ; car, dans le cas contraire, l'action pouvait être exercée, même après les cinq ans. (LL. 1, 3, 4. D. 40, 15. L. 6. C. 7, 21.) La règle qui défend de contester l'état du défunt ne s'appliquait pas aux contestations qui, laissant intact l'état politique (liberté, cité, ingénuité), n'auraient porté que sur l'état civil, *stricto sensu ;* par exemple : un tel est-il *sui* ou *alieni juris?* parent ou non parent de telle personne ? telle femme est-elle épouse légitime de tel homme ? le mari de la femme est-il le père de l'enfant ? (L. 1, § 1. D. 6, 1 ; L. 2, C. 3, 8 ; LL. 1, § 1 ; 3, § 4 ; D. 25, 3 ; L. 5, C. 7, 21.)

CHAPITRE VII

ACTIONS REI, — PŒNÆ, — REI VEL PŒNÆ PERSECUTORIÆ.

§ 16. Voici maintenant une autre division des actions : les unes ont pour but la poursuite de la chose, les autres, la poursuite de la peine ; enfin, quelques autres sont mixtes.

§ 17. Toutes les actions réelles tendent à poursuivre la chose. Parmi les actions personnelles, presque toutes celles qui naissent des contrats tendent aussi à la poursuite de la chose, telles sont les actions par lesquelles le demandeur réclame une somme d'argent qui lui est due par *mutuum* ou par stipulation ; telles sont encore l'action de commodat, de dépôt, de mandat, de société, d'achat, de vente, de louage.

Toutefois, quand il s'agit d'un dépôt fait dans un moment de tumulte, d'incendie, d'écroulement, de naufrage, le préteur accorde une action au double : pourvu que l'action soit dirigée contre le dépositaire lui-même ou contre son héritier, qui serait personnellement coupable de dol ; dans ce cas, l'action de dépôt est mixte.

§ 18. Quant aux actions qui naissent des délits, les unes tendent seulement à la poursuite de la peine ; les autres tendent tout à la fois à la poursuite de la peine et à celle de la chose ; et c'est pour cela qu'on les appelle mixtes.

On poursuit seulement la peine dans l'action de vol : en effet, soit qu'on

réclame le double par l'action de vol non manifeste, soit qu'on réclame le quadruple par l'action de vol manifeste, la demande ne porte jamais que sur la peine seule. Quant à la poursuite de la chose volée, elle est l'objet d'une action distincte : le demandeur peut à son choix, ou agir par action réelle, tant contre le voleur que contre tout autre possesseur, en soutenant que la chose lui appartient; ou agir, mais seulement contre le voleur lui-même, par l'action personnelle dite condiction furtive.

§ 19. L'action *vi bonorum raptorum* est mixte, car dans le quadruple se trouve comprise la poursuite de la chose, et la peine n'est que du triple. Est pareillement mixte l'action de la loi Aquilia, non-seulement quand la dénégation du défendeur la fait porter au double, mais même quelquefois quand elle est intentée au simple : c'est ce qui arrive si l'esclave tué était boiteux, manchot ou borgne au moment de l'accident, tandis que, dans l'année, il avait été sans infirmité et d'un grand prix; en effet, ainsi que nous l'avons dit dans un titre précédent, le défendeur est condamné à payer la plus haute valeur que l'esclave a eue dans l'année.

Est encore mixte l'action donnée contre ceux qui, étant chargés de payer un legs ou un fidéicommis aux saintes églises et autres lieux vénérables, en diffèrent tellement la délivrance, qu'il devient nécessaire de les citer en justice : en effet, ils sont alors tenus, non seulement de délivrer la chose laissée par le défunt, mais, en outre, condamnés à payer une somme d'argent égale; la condamnation est donc au double.

3505. La division, dont nous nous occupons maintenant, est tirée (comme en partie les deux précédentes) du but que se propose celui qui intente l'action. Tantôt le demandeur réclame seulement la réparation du préjudice qu'il éprouve, c'est-à-dire le recouvrement de ce dont il est privé (*rei persequendæ gratia actio*); tantôt il demande que son adversaire soit condamné à une peine (*pœnæ persequendæ gratia actio*), et cette peine n'est point un obstacle à ce qu'il poursuive plus tard, par une action séparée, la réparation du préjudice éprouvé ; quelquefois enfin il réclame simultanément l'un et l'autre par une seule et même action (*actio rei et pœnæ persequendarum*). Dans ce dernier cas, l'action est appelée *mixte*, mais dans un tout autre sens que celui qui nous a occupé plus haut.

3506. Une action peut être pénale pour le défendeur, et *rei persecutoria* pour le demandeur. Ainsi vous tuez mon esclave, dont la valeur est restée la même depuis un an. Par l'action Aquilia je vous force à me rendre cette valeur : je ne fais donc que poursuivre le rétablissement de mon patrimoine, diminué par votre fait; mon action est donc seulement *rei persecutoria* pour moi ; mais elle est pénale pour vous dont le patrimoine est diminué de la valeur que vous me restituez. De même, si vous vous présentez faussement comme possédant une chose, pour laisser au possesseur le temps d'usucaper, vous serez condamné à m'indemniser ; et comme je ne peux qu'être indemnisé, et comme vous, vous

perdez purement et simplement ce que vous me donnez, il en résulte que l'action que j'ai intentée sera *rei persecutoria* à mon égard, *pœnæ persecutoria* pour vous (L. 39, D. 4, 3.) En d'autres termes ces actions pourraient être qualifiée d'actions pénales *unilatérales*, tandis qu'elles pourraient être appelées actions pénales bilatérales, si elles ont pour résultat, non seulement d'appauvrir le défendeur, mais aussi d'enrichir le demandeur (M. de Savigny, *System*, t. V, § 210.)

Certaines actions sont réputées pénales, nous venons de le voir, quoiqu'à un certain point de vue, elles soient simplement *rei persecutoriæ*. A l'inverse, quand un homme tenu *ex contractu* ou *quasi ex contractu* a commis un dol, on en tiendra compte ordinairement dans une action *rei persecutoria*, et une telle action, quoique résultant d'un dol, n'aura pas le caractère d'action pénale. (L. 49. D. 44, 7.)

3507. Cette distinction entre une action pénale ou non a une grande importance pratique. En effet :

1° L'action pénale s'exerce *noxaliter* contre le possesseur du délinquant. (Inst. pr. IV. VIII.)

2° L'action pénale, même unilatérale, ne peut jamais être intentée contre l'héritier de celui dans la personne duquel elle a pris naissance passivement. (Gaïus, IV, § 112.) C'est ainsi : que l'action de dol n'est donnée contre les héritiers que jusqu'à concurrence de l'enrichissement dont ils ont profité (L. 17. § 1. D. 4, 3) ; que l'action de la loi Aquilia n'est jamais donnée contre les héritiers, lors même qu'elle ne poursuivrait que la réparation du dommage. (Inst. § 9, IV. III.) — Il faut dire la même chose des actions *in factum* données contre le faux tuteur, et contre celui qui a transféré la possession à un tiers, *judicii mutandi causa*. (L. 7. D. 4, 7 ; L. 9, § 1, D. 27, 6.)

3° Si le délit a été commis par plusieurs personnes, on distingue : si l'action est pénale unilatérale (action de dol), on la donne *in solidum* contre chacun des codélinquants, mais le payement fait par l'un libère les autres ; en effet, il ne s'agit que de désintéresser le plaignant, et un seul payement produit ce résultat; — si l'action est pénale bilatérale (action *furti*), chacun des codélinquants est obligé de payer l'intégralité de la peine ; et, en effet, l'esprit de la loi est de punir les délinquants. Il n'y a aucune raison pour *gracier* les autres, parce que l'un d'eux a payé. (L. 1, C. 4, 8 ; L. 17, pr. D. 4, 3.) C'est ce qui explique la différence qui existe entre l'action *furti* et la *condictio furtiva*. — Toutefois, l'action de la loi Aquilia est traitée comme l'action *furti*.

3508. I. Actions *rei persecutoriæ*. — Sont *rei persecutoriæ* les actions réelles et toutes les actions personnelles naissant des contrats et des quasi-contrats, excepté toutefois l'action de dépôt misérable, donnée en double contre le dépositaire ou son héritier personnellement coupable du dol ; l'action *ex testamento* dans le legs *per damnationem*, et l'action *depositi directa*, qui n'est pas toujours donnée uniquement *rei persequendæ causa*[1].

3509. II. Actions *pœnæ persecutoriæ*. — Ce sont en général les actions qui naissent des délits, par exemple : l'*actio furti manifesti*, qui est donnée au quadruple, et l'action *furti nec manifesti*, qui est donnée au double, sans préjudice du droit que conserve la personne volée de réclamer ensuite la chose dérobée, soit par revendication, soit par condiction furtive.

3510. III. Actions *mixtes*. — Elles sont assez nombreuses, et, pour la plupart, naissent des délits. Nous allons parcourir les principales. L'action *vi bonorum raptorum* se donne au quadruple ; mais comme la valeur de la chose s'y trouve comprise, et qu'une fois le quadruple obtenu, le demandeur n'a plus rien à réclamer, on dit que l'action est mixte, *rem et pœnam continens*. Cependant, au témoignage de Gaïus, quelques jurisconsultes avaient regardé cette action comme purement pénale, et, par conséquent, avaient pensé que l'obtention de la peine n'était point un obstacle à ce que le spolié revendiquât la chose par action séparée, comme dans l'action *furti manifesti ;* mais leur opinon n'a pas prévalu. (Gaïus, IV, § 8.) L'action de la loi *Aquilia* est mixte dans un double sens : d'un côté, en ce que la condamnation croît au double, en cas de dénégation du défendeur ; d'un autre côté, lors même qu'elle reste au simple, en ce que, au moment où l'esclave a été tué ou blessé, il pouvait ne plus avoir la valeur qu'il avait eue dans la dernière année ou dans les trente derniers jours. D'après cette manière de voir, l'action de la loi *Aquilia*, quand elle est au simple, ne serait donc mixte qu'accidentellement : c'est, au surplus, ce que Justinien donne à entendre par le mot *interdum*. En d'autres termes on peut dire : 1° que jusqu'à concurrence du dommage réparé elle est pénale *unilatérale ;* 2° qu'au delà, elle est pénale bilatérale ; c'est pourquoi elle n'est donnée contre l'héritier, que *quatenus locupletior factus est*. (L. 23, § 8. D. 9, 2.)

---

1. Si le possesseur de ma chose la détruit pour n'avoir pas à me la rendre, la revendication que je puis exercer contre lui sera pénale unilatérale. C'est pourquoi, en général, elle ne peut être intentée contre son héritier. (L. 52, D. 6, 1.)

Si le *damnum injustum* est imputable à plusieurs codélinquants, chacun d'eux sera tenu comme s'il était seul auteur du délit, et, de plus, le payement fait par l'un ne libérera pas les autres. (L. 51, § 1. L. 11 § 2. D. 9, 2.) On n'observe donc pas ici la règle que nous avons posée, en matière d'action pénale *unilatérale* (n° 3507); c'est sans doute parce que l'action de la loi Aquilia est, dans une certaine mesure, le plus souvent une action pénale bilatérale, et, d'autre part, parce que, le propriétaire de l'esclave lésé pouvant prendre la valeur de celui-ci à des époques différentes vis-à-vis de chacun des délinquants, chacun de ces derniers peut être tenu d'une somme différente, ce qui ne permet guère de les considérer comme des débiteurs solidaires.

3511. Gaïus cite encore comme mixtes les diverses actions qui croissent au double *adversus inficiantem*, par exemple : l'action *judicati*, l'action *depensi* et l'action de testament pour réclamer les legs *per damnationem*. (Gaïus, IV, § 9.) On pourrait, à ce titre, ajouter à la liste qu'il donne l'action de dépôt misérable [1] (§ 17, de n. t.), l'action *quod metus* (§ 31, de n. t.), qui croît au quadruple, et, sous Justinien, l'action de testament pour les legs faits aux églises. (§ 19. de n. t.)

CHAPITRE VIII

ACTIONS : AU SIMPLE, AU DOUBLE, AU TRIPLE, AU QUADRUPLE.

§ 21. Toutes les actions sont au simple, ou au double, ou au triple, ou au quadruple, mais jamais au delà.

§ 22. L'action est au simple quand elle dérive d'une stipulation, d'un *mutuum*, d'une vente, d'un louage, d'un mandat, et dans beaucoup d'autres cas encore.

§ 23. Sont au double l'action de vol non manifeste, l'action de la loi Aquilia, celle de dépôt, mais seulement dans certains cas, l'action *servi corrupti*, donnée contre celui dont les conseils et les exhortations ont engagé l'eselave à prendre la fuite, ou à résister à son maître, ou à vivre dans la débauche, ou

---

1. Remarquons que le paragraphe 26 (IV, VI) des Institutes indique que cette action n'est donnée au double qu'*adversus inficiantem*. Mais un passage de Paul (*Sent.*, XII, § 11) paraît bien énoncer que, d'après la loi des Douze Tables, l'*actio depositi* était *toujours* donnée au double.

out corrompu l'esclave d'une manière quelconque : dans cette dernière action, on doit tenir compte aussi des choses que l'esclave a emportées en prenant la fuite.

Est pareillement au double, comme nous l'avons dit plus haut, l'action relative aux legs faits aux lieux vénérables.

§ 24. L'action est au triple quand, dans l'exploit d'ajournement, le demandeur exagère le montant de la demande, et, par là, autorise l'huissier (*viator*, *executor litium*) à exiger un salaire plus considérable : dans ce cas, en effet, nous accordons au défendeur une action par laquelle il pourra répéter, contre le demandeur, le triple de la somme qu'il a payée en trop à l'huissier; mais dans ce triple se trouve compris, pour une fois, le dommage éprouvé. Ainsi l'a établi une constitution que nous avons fait insérer dans notre code, et de laquelle dérive certainement une condiction légale.

§ 25. Sont au quadruple : l'action de vol manifeste; l'action *quod metus causa* (concernant les actes extorqués par la violence); l'action donnée tant contre celui qui a soudoyé quelqu'un pour qu'il suscitât une chicane à un tiers (*calumniæ causa*), que contre celui qui s'est fait payer par une personne pour renoncer à un procès injuste dont il la menaçait.

Nous avons aussi établi une condiction légale au quadruple contre les huissiers qui exigent des parties quelque chose au delà du tarif fixé par notre constitution.

§ 26. Parmi les actions au double, on doit distinguer l'action de vol non manifeste et l'action *servi corrupti*, qui sont toujours au double ; tandis que l'action de la loi Aquilia, et, dans certains cas, celle de dépôt, ne sont au double qu'autant que le défendeur nie la dette; s'il l'avoue, elles ne sont données qu'au simple.

Quant à l'action relative aux choses laissées aux lieux vénérables, elle est au double, non seulement quand le défendeur nie, mais même par cela seul qu'il a assez différé la délivrance du legs ou du fidéicommis, pour qu'il soit devenu nécessaire de l'assigner par ordre du magistrat; l'action n'est donc au simple qu'autant que le débiteur avoue et paye avant toute poursuite.

§ 27. Pareillement, l'action *quod metus causa* diffère des autres actions au quadruple, en ce qu'il est dans sa nature que le défendeur soit absous quand, sur l'ordre du juge, il restitue la chose elle-même. Dans les autres cas, et notamment dans l'action de vol manifeste, la condamnation est toujours au quadruple.

3512. Cette division, qui a de l'analogie avec la précédente, présente, dès l'abord, à résoudre la question suivante : Quel est le terme qui sert d'unité pour fixer le double, le triple, le quadruple ? — D'après l'opinion la plus vraisemblable et la plus généralement adoptée, cette division exprime un rapport arithmétique entre l'*intentio* et la *condemnatio*. L'unité, ou point de départ, se trouverait dans l'*intentio*, et cette unité (déterminée de prime abord, ou fixée plus tard par le juge), serait précisément le multiplicande dont le produit par deux, par trois ou par quatre doit former le chiffre total de la *condemnatio* à prononcer. Mais ce système n'est pas, il s'en faut de beaucoup, à l'abri de toute objection, surtout pour les actions qui sont dès l'origine au double ou au quaduple.

I. *Actions au simple.* — L'action est au simple, quand on agit

en vertu d'une stipulation, d'un prêt, d'un mandat, d'une vente, d'un louage, etc. On peut dire d'une manière générale que toutes les action *rei persecutoriæ* sont au simple. Il faut en dire autant de l'action *ex stipulatu duplæ*, car c'est le double qui a été stipulé : c'est donc cette valeur double qui est mentionnée également dans l'*intentio* et dans la *condemnatio*.

II. *Actions au double.* — Il y en a de deux espèces. Les unes sont toujours au double : telles sont les actions *furti nec manifesti, servi corrupti, de tigno juncto*. Les autres, données d'abord au simple, croissent au double par la dénégation du défendeur : telles sont l'action *judicati*, l'action *depensi*, l'action *legis Aquiliæ*, l'action de dépôt nécessaire, l'action *ex testamento* pour le legs *per damnationem*, et, sous Justinien, pour les legs faits aux églises (§§ 22, 26, de n. t. ; Gaïus, IV, § 9) ; remarquons même qu'au sujet du legs (ou fidéicommis) fait à des lieux vénérables, l'action est donnée au double, non seulement si le débiteur conteste l'existence de l'obligation (*inficiatio*), mais même, s'il tarde à payer, et, par suite, s'il y a lieu de l'assigner *jussu magistratus*.

III. *Actions au triple.* — L'ancien droit ne connaissait que deux actions au triple, l'action *furti oblati* et l'action *furti concepti* (nos 3059 et suiv.) ; ces deux actions étant tombées en désuétude sous Justinien, ce prince en créa une nouvelle contre le demandeur qui, en portant dans la citation (*libellum conventionis*) plus qu'il ne lui est dû, oblige par là le défendeur à payer à l'huissier un salaire trop élevé. (§ 24 de n. t.)

IV. *Actions au quadruple.* — Nous ferons à leur égard la même distinction que pour les actions au double. Les unes sont, dès le principe, au quadruple : telles sont l'action *furti manifesti, vi bonorum raptorum, de calumnia*. Au contraire, l'action *quod metus causa* est d'abord au simple, et ne croît au quadruple que par la dénégation du défendeur. (§§ 25, 27, de n. t.) Justinien a aussi imaginé une action au quadruple contre les huissiers qui exigent au delà du tarif fixé par les constitutions. (§ 25, de n. t.)

CHAPITRE IX

ACTIONS DE DROIT STRICT, — DE BONNE FOI, — ARBITRAIRES.

§ 28. Les actions se divisent encore en actions de bonne foi et actions de droit strict.

Sont de bonne foi, les actions d'achat, de vente, de louage, de gestion d'af-

faires, de mandat, de dépôt, de société, de tutelle, de commodat, de gage; l'action *familiæ erciscundæ*, l'action *communi dividundo* et l'action *præscriptis verbis*, quand elle est donnée à l'occasion du contrat estimatoire ou de l'échange.

Est pareillement de bonne foi la pétition d'hérédité : ainsi l'a décidé notre constitution; car, autrefois, on doutait si on devait la ranger, ou non, au nombre des actions de bonne foi.

§ 29. L'action *rei uxoriæ* (relative aux reprises de la femme) était aussi une action de bonne foi.

Mais trouvant que l'action *ex stipulatu* était plus avantageuse, nous avons transporté, avec de nombreuses distinctions, à l'action *ex stipulatu* relative aux reprises des femmes, les effets qui, auparavant, étaient propres à l'action *rei uxoriæ*. Cette dernière action étant ainsi supprimée, nous attribuons à l'action *ex stipulatu*, qui en tiendra lieu désormais, les caractères des actions de bonne foi, mais seulement quand il s'agira de la répétition de la dot.

Nous accordons en outre à la femme une hypothèque tacite; toutefois, en vertu de cette hypothèque, elle ne sera préférée aux autres créanciers hypothécaires qu'autant qu'elle réclamera elle-même sa dot; car c'est à elle personnellement que notre constitution accorde son privilège.

§ 30. Dans les actions de bonne foi, le juge est investi du plein pouvoir d'évaluer, d'après les règles de l'équité, les restitutions dues au demandeur. Il doit, par conséquent, faire entrer en ligne de compte ce que le demandeur doit au défendeur, et ne condamner celui-ci qu'à l'excédant qui restera après cette compensation opérée.

D'après un rescrit de Marc-Aurèle, le défendeur pouvait aussi, au moyen de l'exception de dol, faire admettre la compensation, même dans les actions de droit strict.

Mais notre constitution, donnant une plus grande extension à la compensation, quand elle est fondée sur un droit évident, veut qu'elle diminue, de plein droit, toute espèce d'actions personnelles, réelles ou autres, à la seule exception de l'action de dépôt; nous avons en effet regardé comme odieux qu'un dépositaire pût opposer la compensation, et, sous ce prétexte, éviter la restitution des objets confiés à sa bonne foi.

§ 31. Il y a encore une troisième classe d'actions que l'on appelle arbitraires, parce qu'elles dépendent de l'arbitrage (*arbitrium*) du juge. Dans ces actions, le défendeur n'est condamné qu'autant qu'il ne donne pas au demandeur la satisfaction fixée par l'arbitrage du juge : cette satisfaction consiste soit à restituer, soit à exhiber, soit à payer, soit à donner en noxe un esclave.

On trouve des actions arbitraires tant parmi les actions réelles que parmi les actions personnelles. Parmi les actions réelles, on peut citer la publicienne, la servienne relative aux effets du fermier, la quasi-servienne, qu'on appelle aussi action hypothécaire; — parmi les actions personnelles, l'action *quod metus causa*, l'action *de dolo malo*, l'action *de eo quod certo loco* et l'action *ad exhibendum*.

Dans ces actions et autres semblables, il est permis au juge d'estimer, d'après les règles de l'équité et suivant la nature particulière de la chose en litige, de quelle manière le défendeur doit donner satisfaction au demandeur.

ARTICLE PREMIER. — NATURE DE CETTE DIVISION

3513. Cette division est tirée de la nature des pouvoirs que la formule confère au juge, tant par rapport aux principes d'après les-

quels il doit examiner les prétentions des parties, que relativement à la latitude plus ou moins grande qu'il a de fixer le montant des restitutions ou le chiffre des condamnations. En traitant plus haut des condictions (n^os^ 3465 et suiv.), nous avons déjà donné, sur les actions, de droit strict et de bonne foi, des notions qui vont être complétées.

Les distinctions qui font l'objet de cette neuvième division ont été conservées, avec presque tous leurs effets, dans le droit de Justinien, nonobstant la suppression des formules. Ainsi, dans le droit nouveau, le juge, en vertu des seuls pouvoirs de sa charge, juge avec plus ou moins de latitude dans les mêmes cas et de la même manière qu'aurait fait autrefois le juré, en exécution des termes de la formule. — Cette division des actions ne s'applique pas à toutes les actions, mais seulement là où l'action est *civile* et *in personam*. Elle est sans doute aussi ancienne que la procédure formulaire. (Lire, sur les *arbitria* et les *judicia*, le n° 3247.)

ARTICLE II. — ACTIONS *STRICTI JURIS*.

3514. Les actions *stricti juris* sont celles dans lesquelles le juge doit, si l'intention est fondée *jure civili*, condamner le défendeur à payer précisément la somme comprise dans cette *intentio*, ou, si cette indication n'est pas dans la formule, l'estimation exacte du litige, sans pouvoir prendre en considération des raisons qui ne seraient pas reconnues par le droit civil. Mais le magistrat peut étendre, à cet égard, les pouvoirs du juge, en insérant dans la formule l'exception *de dolo* ou toute autre de la même nature. (§§ 1 et 3, *Inst.*, IV, XIII.) A défaut de cette exception, qui n'est d'ailleurs jamais insérée d'office, le juge, saisi par une action de droit strict, doit se décider exclusivement par les principes du droit civil proprement dit, sans se préoccuper de l'équité.

Il est probable que, dans les premiers siècles de Rome, toutes les obligations devaient être exécutées à la lettre, et que, par conséquent, toutes les actions étaient de droit strict (v. n° 3247). Outre que cela est conforme à l'esprit de rigueur qui dominait dans l'ancien droit civil, nous avons encore le témoignage formel de Cicéron : *Nam quum ex XII Tabulis satis esset ea præstari quæ essent lingua nuncupata.* (Cicer., *de Offic.*, III, c. 16, 17.) La rigueur avec laquelle le juge devait interpréter les obligations des parties était telle que la stipulation *dolum abesse abfuturumque* n'était pas considérée comme garantissant le dol antérieur (*dolum abfuisse*). (L. 7, § 3, D. 4, 3.)

Dans les actions de droit strict, le juge portait plus spécialement le nom de *judex*. (Aulu-Gelle, *Noct. Att.*, XX, c. 1; L. 7, D. 48,13; L. 15, D. 42, 1; L. 13, c. 7, 46.) C'est aussi à ce genre d'actions que s'appliquent ces expressions de Cicéron : *Quid est in judicio? Directum, asperum, simplex;* et celle-ci de Sénèque : *Judicem formula includit.* (Cic., *pro Roscio*, c. 4.)

Les actions de droit strict formaient, à notre avis, la règle générale; les actions de bonne foi et arbitraires n'étaient que des exceptions. Cela nous paraît résulter de ce que, en parlant de ces deux dernières classes, on procède toujours par énumération, tandis que nous ne voyons pas que les anciens jurisconsultes aient jamais tenté d'énumérer les actions de droit strict.

En résumé, — sauf l'action *furti* et l'action *legis Aquiliæ*, que M. de Savigny, peut-être à tort, ne veut pas faire entrer dans les actions *stricti juris*, — toute action de droit strict est une *condictio*. (Lire ce qui a été dit sur les *condictiones*, nos **3463** et suiv.)

ARTICLE III. — ACTIONS DE BONNE FOI.

3515. I. L'action est dite *bonæ fidei* quand le juge est autorisé à juger en suivant les principes de l'équité, et en tenant compte des réclamations contraires du défendeur, toutes les fois au moins que ces réclamations ont de la connexité avec la demande. Les expressions employées pour désigner ce genre de pouvoir variaient suivant les cas; la plus usitée était : *in bona fide ejus* (Cic., *de Offic.*, III, 16 et 17; Gaïus, IV, §§ 47, 63); mais on trouve aussi : *Ut inter bonos bene agier*, pour l'action de *fiducie;* et *æquius melius* pour l'action *rei uxoriæ*. (Cic., *de Offic.*, III, 15; L. 66, D, 24, 13.) — Dans les actions de bonne foi, le juge portait plus particulièrement le nom d'*arbiter*. (L. 24, D. 16, 3; L. 52, § 2, D. 10, 2; Gaïus, IV, § 141.) L'action elle-même était nommée *arbitrium*. (C. 5, 51; L. 18, C. 3, 36.)

3516. II. L'action de bonne foi conférait au juge les pouvoirs les plus étendus : « *In bonæ fidei judiciis libera potestas permittitur judici ex bono et æquo æstimandi quantum actori restitui debeat* ». (§ 30, de n. t.) Sénèque, dans plusieurs passages, définit fort bien la mission du juré dans ces sortes d'actions : *Arbitri libera et nullis adstricta vinculis religio; et detrahere aliquid potest et adjicere, et sententiam suam prout humanitas et misericordia impulit, regere... Liberum arbitrium habet, non sub formula, sed ex æquo et bono judicat; et absolvere si licet et quanti vult taxare litem* (*de Benef.*, III, 7; *de Clement.*, II, 7.)

3517. III. De ces notions générales, descendons aux applications, et examinons les effets des actions de bonne foi, relativement : à l'interprétation des conventions, aux pactes, aux exceptions, à la compensation, aux intérêts et aux fruits. — En ce qui concerne l'interprétation des conventions, Ulpien nous enseigne que : *Ea quæ sunt moris et consuetudinis in bona fidei judiciis debent venire.* (L. 13, § 20; D. 21, 1.) — Quant aux pactes, ceux qui étaient ajoutés, *in continenti* à un contrat de bonne foi s'identifiaient avec le contrat lui-même, et leur exécution était garantie par l'action même naissant du contrat. (L. 7, §§ 5 et 6; D. 2, 14.) — Dans les actions de bonne foi, il était inutile d'insérer l'exception de dol, puisque, d'après la conception de l'*intentio*, le juge était autorisé à juger *ex æquo et bono*. Il n'en faudrait pas conclure que toutes les exceptions fussent inutiles; car il en est plusieurs qui ne sont pas fondées sur l'équité, par exemple, les exceptions *rei judicatæ*, *litis residuæ*, *procuratoriæ*, *cognitoriæ*. — Équité ne signifie pas autre chose qu'égalité; la réciprocité est donc l'un des caractères de l'équité; et par conséquent, l'arbitre doit toujours examiner ce que chacune des parties doit à l'autre, et le faire entrer en compensation. (L. 21; D. 24, 3.) — Enfin, dans les actions de bonne foi, le juge peut même accorder au demandeur des choses qui ne sont pas comprises dans l'obligation en vertu de laquelle l'action est intentée : tels sont les fruits et les intérêts. On arriva même, peu à peu, à décider que les intérêts sont dus à partir de la mise en demeure : *Non tam ex obligatione quam ex officio judicis.* (L. 54; D. 19, 2.)

3518. IV. Après avoir indiqué les effets des actions de bonne foi, il nous reste à examiner quelles étaient ces actions, et comment elles se sont introduites dans le droit romain. Nous possédons trois énumérations des actions de bonne foi : l'une de Cicéron (*Topic.* 17; *de Off.* III, 15, 17.); l'autre de Gaïus (IV, § 62); la troisième de Justinien (§ 30, de n. t.; L. 38; D. 17, 2). Celle de Justinien est la plus complète; elle comprend les actions *ex empto — venditi*, *locati — conducti*, *mandati*, *pro socio*, *commodati*, *depositi*, *pigneratitia*, *negotiorum*, *tutelæ*, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *præscriptis verbis*, *de æstimato*, *præscriptis verbis de permutatione*, *rei uxoriæ*, et la *petitio hæreditatis;* ce qui, en y comprenant les actions contraires, donne vingt-trois actions de bonne foi. Ces actions sont-elles les seules qui soient de bonne foi? Ce qui porterait à le penser, c'est que Gaïus commence son énumération par ces mots : *Sunt bonæ fidei judicia hæc...*, tournure qui est essentiellement limitative. Nous croyons toutefois que les actions précitées n'étaient pas les seules où le juge fût autorisé à statuer *ex æquo et bono :* il nous paraît

constant qu'il en devait être ainsi, en général du moins, pour les actions *in factum*, et cela sans qu'il fût nécessaire d'insérer dans la formule les mots *ex bona fide*. Voici nos raisons : d'abord il n'est pas probable que le préteur, si partisan de l'équité, ait imaginé des actions de droit strict, et l'on sait que la plupart des actions *in factum* étaient prétoriennes; d'un autre côté, l'action de dépôt est sans contredit de bonne foi; et cependant les mots *ex bona fide*, qui figurent dans l'action de dépôt *in jus*, ne se retrouvent pas dans l'action *in factum;* or, il n'est pas croyable que l'action de dépôt devînt *stricti juris* par cela seul qu'elle était rédigée *in factum*. Enfin, si les mots *in bona fide* ne se rencontrent pas dans les actions *in factum* (Gaïus, IV, § 47), cela tient à ce que ces actions, ne soulevant, du moins dans la forme du langage, aucune question de droit civil, il était inutile d'autoriser le juge à y déroger. Toutefois, il ne faut pas trop généraliser ce que nous venons de dire : il est certain, en effet, que plusieurs actions *in factum* se rapprochaient beaucoup des actions de droit strict, en ce sens que la formule contenait à l'avance le chiffre de la condamnation à prononcer par le juge, sans que celui-ci pût s'en écarter, en plus ou en moins : telles étaient, en général, les actions pénales dérivant de la juridiction du préteur. (§ 12, de n. t.; Gaïus, IV, § 46.) D'autres actions *in factum* étaient arbitraires; par exemple, les actions *quod metus causa*, *de dolo*, etc.

Au surplus, dans les idées et le langage des jurisconsultes romains, les actions *in factum* restaient peut-être en dehors de la division des actions de droit strict et de bonne foi, comme en dehors de la division des actions réelles et personnelles.

3519. V. En observant avec attention les actions de bonne foi, il est aisé de remarquer que presque toutes naissent de contrats et de quasi-contrats synallagmatiques parfaits ou imparfaits. C'est qu'en effet le besoin de modifier, d'après l'équité, les obligations des parties, a dû se faire sentir beaucoup plus dans les affaires bilatérales que dans les autres; parce que la manière plus ou moins entière dont l'une des parties a accompli son obligation peut être un motif pour modifier l'obligation de l'autre. Le pontife Scévola avait indiqué un caractère général qui se rapproche beaucoup de celui-ci, à savoir que les actions de bonne foi se réfèrent principalement aux affaires dont se compose le commerce journalier de la vie : *quibus vitæ societas continetur* (Cic., *de Offic.*, III, 17), c'est-à-dire précisément aux contrats synallagmatiques.

Les actions de bonne foi paraissent avoir été connues dans le droit romain longtemps avant le temps de Cicéron; car, à la ma-

nière dont cet orateur en parle, il est difficile d'admettre que ce fût là une nouveauté dans le droit civil. Nous avons, au surplus, déjà fait remarquer que, très probablement, dès les temps les plus anciens, on agissait *per judicis postulationem* dans la plupart des cas qui, plus tard, donnèrent lieu à des formules de bonne foi.

APPENDICE AUX ACTIONS DE DROIT STRICT ET DE BONNE FOI.

§ Ier. — QUELQUES ACTIONS DE BONNE FOI.

3520. I. On doit nécessairement examiner les actions de bonne foi énumérées par Justinien, dans l'étude des rapports juridiques qu'elles sanctionnent. Néanmoins, plusieurs auteurs placent ici l'examen de trois actions : l'action *præscriptis verbis*, la pétition d'hérédité, l'*actio rei uxoriæ* en restitution de dot. Or, nous avons examiné déjà l'*actio rei uxoriæ* au sujet de la dot (nos 1188 et suiv.) ; l'action *præscriptis verbis*, au sujet des contrats innomés (nos 2913 et suiv.); enfin, la pétition d'hérédité, dans les actions réelles (nos 3427 et suiv.). Il suffit maintenant de préciser quelques notions spéciales.

3521. I. **Actio uxoriæ.** — Je me contenterai ici de donner un résumé très succinct de l'*actio rei uxoriæ.*

1° *Ancien droit.* — Toute personne, qui constitue une dot, peut valablement *stipuler* que la dot lui sera restituée dans telle ou telle circonstance. Dans cette hypothèse, la restitution est garantie par l'action *ex stipulatu.*

Mais si la constitution de dot n'a été accompagnée d'aucune stipulation relative à la restitution ? Deux hypothèses : 1° *Divorce*, ou *prédécès du mari.* La femme *sui juris* peut obtenir la restitution, au moyen de l'action *rei uxoriæ* (si elle est *filiafamilias*, son père pourra exercer l'action *rei uxoriæ*, mais seulement avec le concours de sa fille)..... Si, après la dissolution du mariage, la femme meurt sans avoir recouvré sa dot, l'action *rei uxoriæ* ne passera à ses héritiers que si, de son vivant, elle a mis en demeure le mari divorcé ou l'héritier du mari. — 2° *Prédécès de la femme.* En principe, la dot reste au mari ; toutefois, s'il s'agit d'une dot *profectice*, constituée par le père ou l'aïeul paternel de la femme, cet ascendant pourra se faire rendre la dot par l'action *rei uxoriæ.*

D'après ce qui précède, on voit que la femme peut se faire rendre sa dot, soit par l'action *ex stipulatu*, soit par l'action *rei uxoriæ.* Quelles sont les différences entre ces deux actions? Il y en a six.

Action rei uxoriæ.	*Action ex stipulatu.*
1° Elle est de bonne foi ; et se donne de quelque manière que la dot ait été constituée.	— Elle est de droit strict, et ne se donne que si la restitution de la dot a été stipulée.
2° Elle n'appartient pas aux héritiers de la femme, qui meurt *in matrimonio*, ou qui meurt après la dissolution du mariage, sans que le mari, ou son héritier, ait été mis en demeure.	— Dans les deux cas, au contraire, les héritiers de la femme peuvent agir *ex stipulatu*.
3° Le mari poursuivi peut exercer certaines rétentions.	— Il ne peut exercer ces rétentions.
4° Le mari peut restituer la dot, qui consiste en choses fongibles, en trois termes d'un an chacun : *annua*, *bima*, *trima die*.	— Le mari doit restituer, aussitôt après la dissolution du mariage, la dot de quantités comme celle de corps certains.
5° Le mari a le bénéfice de compétence.	— Le mari n'a pas le bénéfice de compétence.

Si le mari mourant *in matrimonio* laisse une disposition de dernière volonté au profit de sa femme :

6° La femme doit opter entre le bénéfice de cette disposition et l'exercice de l'action *rei uxoriæ*.	— La femme peut cumuler le bénéfice de l'action *ex stipulatu* et celui de la disposition en sa faveur.

2° *Droit de Justinien.* — Justinien fond les deux actions en une seule, qui prend le nom d'action *ex stipulatu*. Il sous-entend toujours la stipulation ; mais, en même temps, il sous-entend la *cautio de dolo*, qui accompagne habituellement la stipulation, ce qui donne à cette nouvelle action le caractère d'*action de bonne foi*.

Comme l'action rei uxoriæ, la nouvelle action : 1° est une action de bonne foi ; 2° comporte, en faveur du mari, le bénéfice de compétence ; 3° permet au mari de ne restituer la dot, qui consiste en *meubles*, qu'au bout d'un délai d'un an. — La dot *immobilière* doit être restituée immédiatement.

Comme l'ancienne action ex stipulatu, la nouvelle action : 1° passe, dans tous les cas, aux héritiers de la femme morte *in matrimonio*,

ou après la dissolution du mariage, mais sans que le mari ou ses héritiers aient été mis en demeure. — 2° Elle n'admet pas d'autres *rétentions* que les dépenses *utiles* et *nécessaires*, faites pour l'entretien de la chose dotale.

Comme système mixte entre les deux anciennes actions : la nouvelle action accorde au mari un délai d'un an pour la restitution des *meubles*, mais aucun délai pour les *immeubles*.

REMARQUE. — On sait, d'autre part, que Justinien accorde à la femme, pour sûreté de la restitution de la dot, une hypothèque tacite et privilégiée sur les biens du mari, primant même les créances antérieures au mariage.

3522. II. **Actio præscriptis verbis.** — Quant à l'action *præscriptis verbis*, une seule question se présente au point de vue qui nous occupe maintenant. Justinien ne cite, parmi les actions de bonne foi, l'action *præscriptis verbis*, que dans deux de ses applications, l'*échange* et le *contrat estimatoire ;* or, faut-il en conclure que cette action, dans ses autres applications, n'est plus une action de bonne foi? Je ne le pense pas, et le texte de Justinien ne doit pas être considéré comme *limitatif*. Cela paraît prouvé par un texte d'Ulpien, qui applique la théorie des fautes à une espèce régie par l'*actio præscriptis verbis ;* or, la théorie des fautes ne s'applique jamais qu'aux actions de bonne foi (L. 17, § 2. D. 19, 5). Il est vrai qu'un texte de Julien semble considérer l'*actio præscriptis verbis* (appliquée au cas où quelqu'un a reçu une chose à précaire) comme une *condictio*, ce qui exclurait la qualité d'action de bonne foi (L. 19 § 2. D. 43, 26). Mais ce texte paraît avoir été accidentellement faussé, si on le compare à un autre texte d'Ulpien, qui dit le contraire, et qui cependant paraît avoir été rédigé conformément au premier (L. 2 § 2. D. 43, 26) :

« *Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus* (texte commun à Ulpien et à Julien), *sed et incerti* CONDICTIONE, *id est præscriptis verbis* (Julien)... *sed etiam præscriptis verbis actione, quæ* EX BONA FIDE *oritur* (Ulpien). »

§ II. — COMPARAISON DES ACTIONS DE BONNE FOI ET DE DROIT STRICT.

Actions de bonne foi.	*Actions de droit strict.*
1° Elles consacrent toujours des contrats synallagmatiques parfaits ou imparfaits (sauf l'ac-	— Elles consacrent des contrats unilatéraux.

tion *de precario*, qui est unilatérale).

2° Le juge supplée toutes les clauses d'usage et d'équité, et y conforme sa sentence, comme si elles avaient été exprimées. (L. 31, § 20. D. 21, 1.)

— Le juge ne peut s'éloigner de la rigueur des principes, pour satisfaire aux exigences de l'équité, que si la formule l'y autorise spécialement.

3° Le juge, prenant l'équité pour règle, supplée tout fait de dol, sans qu'il soit nécessaire : — au demandeur, d'invoquer la *clausula doli* ou la *cautio de dolo*, — et au défendeur, l'*exceptio doli mali* ou toute autre exception assimilée. (L. 7 § 3. D. 4, 3.)

— Dans les actions de droit strict, on ne peut tenir compte du dol que si la partie contractante a eu soin d'ajouter la *clausula doli* ou la *cautio de dolo*.

4° Le débiteur répond de toute faute, *in omittendo*, comme *in committendo*.

— Le débiteur ne répond que de la faute *in committendo*.

5° Le demandeur a droit *de plano* à la valeur de la chose principale, et aussi aux fruits, aux intérêts, à partir de la demande (L. 6 § 12; L. 7. D. 3, 5; L. 24. D. 16, 3; L. 13 § 20. D. 19, 1).

— Le demandeur n'a droit aux fruits et intérêts de la chose principale, qu'au moyen d'une demande spéciale.

6° Le juge peut modifier la condamnation, en tenant compte d'un intérêt d'affection. (L. 54. D. 17, 1.)

— Le juge ne doit tenir compte que de l'intérêt pécuniaire, de la valeur réelle de la chose.

7° Le juge peut, dans certains cas, prendre des mesures en vue de l'avenir, et notamment ordonner au défendeur de fournir au demandeur des garanties pour sûreté de la dette à échoir (L. 38. pr. D. 17, 2; L. 41. D. 5, 1).

— Rien de semblable dans les actions de droit strict.

8° La *plus-petitio* ne peut se produire, puisque le juge est appréciateur de la demande.

— La *plus-petitio* a des conséquences très rigoureuses.

9° Les effets d'un pacte, ajouté *ex intervallo* ou *in continenti* à un contrat, diffèrent, suivant qu'il s'agit d'un contrat de droit strict ou de bonne foi. (Voir aux Pactes.)

10° Dans l'ancien droit, le juge avait, dans les actions de bonne foi, une capacité exceptionnelle pour admettre la *compensation*, ce qui n'avait pas lieu dans les actions de droit strict. (§ 30, de n. t.)

ARTICLE IV. — ACTIONS ARBITRAIRES

3523. I. Les actions arbitraires diffèrent essentiellement et des actions de droit strict, et des actions de bonne foi. — Dans les actions ordinaires, quand l'*intentio* est vérifiée, le juge procède immédiatement à la condamnation du défendeur, soit qu'il en fixe le chiffre d'après le droit strict, soit qu'il prenne pour règle l'équité. Dans l'action arbitraire, dont nous avons donné plus haut la formule, d'après Cicéron, le juge, avant de condamner, doit d'abord *ordonner* (*jussus*) au défendeur de satisfaire le demandeur [1], et ne doit *condamner* le défendeur (*sententia*) qu'autant que celui-ci refuserait d'obéir, ou du moins chercherait à éluder le *jussus*. De cette manière, la condamnation du défendeur, qui, dans les actions ordinaires, n'est soumise qu'à une seule condition : *si paret*, se trouve ici subordonnée à une seconde condition : *nisi restituat*, *nisi exhibeat*. Le *jussus* est donc le trait caractéristique des actions arbitraires. Le pouvoir de donner cet ordre est habituellement conféré au juge par les clauses *nisi exhibeat*, *nisi restituat*. — Lorsqu'il était d'ores et déjà certain que le défendeur ne pourrait obéir au *jussus*, le juge se dispensait probablement de rendre un ordre inutile, et procédait immédiatement à la condamnation. Pareillement, on peut conjecturer que, lorsque l'impossibilité de restituer ou d'exhiber était déjà constante *in jure*, le préteur n'insérait point les clauses *nisi restituat*, *nisi exhibeat*, et qu'ainsi la formule était conçue comme celle d'une action de droit strict. Toutefois, il n'en était pas toujours ainsi, et nous trouvons souvent l'action *ad exhibendum* donnée contre celui qui est évidemment dans l'impossibilité d'exhi-

---

1. En quoi consiste cette *satisfaction?* D'après le paragraphe 31 de n. t., le juge ordonne au défendeur *ut rem restituat*, *vel exhibeat*, *vel solvat*, *vel ex noxali causa servum dedat*. Cela n'est, certes, pas limitatif, car dans l'action *finium regundorum*, qui est arbitraire, la satisfaction ou le *jussus* peuvent consister à abattre un arbre, à démolir un mur, etc. Rien à dire du *restituere* et de l'*exhibere*. Quant au *solvere*, il se rapporte à l'action hypothécaire, dans laquelle le juge ordonne au défendeur de payer la dette ou de restituer la chose. Enfin, nous reviendrons plus loin sur la phrase « *ex noxali causa servum dedat* ».

ber : il est à remarquer que, dans ce cas, l'action *ad exhibendum* paraît être considérée comme plus rigoureuse que la *condictio*. Ainsi, par exemple, lorsque celui, auquel un pupille a remis à titre de *mutuum* une certaine somme d'argent, a dépensé cette somme, on distingue s'il l'a dépensée de bonne ou de mauvaise foi : dans le premier cas, on donne seulement contre lui la *condictio;* dans le second, on accorde au pupille l'action *ad exhibendum*, qui est ainsi présentée comme une sorte de punition pour la mauvaise foi du défendeur (§ 2. *Inst.* II, VIII). Mais en quoi la position du défendeur était-elle pire dans l'action *ad exhibendum* que dans la simple condiction ? A mon avis, cela tenait à ce que, dans la condiction, celui qui a reçu la somme est seulement exposé à rendre une somme équivalente ; tandis que, dans l'action *ad exhibendum*, faute d'exhiber les écus mêmes qu'il a reçus et consommés de mauvaise foi, le défendeur sera condamné à payer la somme déterminée par le serment du demandeur, à la merci duquel il se trouve ainsi livré, du moins dans de certaines limites.

3524. Au reste, le juge peut fixer *ex bono et æquo* le mode et la nature de la satisfaction ; mais naturellement il ordonne au défendeur de faire ce qui est réclamé par le demandeur. Le défendeur récalcitrant peut y être contraint par la force (*manu militari*) [1] si le demandeur l'exige. Lorsque le défendeur se trouve, par sa faute, dans l'impossibilité d'obéir, le juge le condamne à payer au demandeur une somme d'argent dont le montant est fixé, tantôt par le demandeur lui-même, tantôt par le juge.

---

1. Cette opinion s'appuie sur un texte formel (L. 68. D. 6, 1). Néanmoins, M. Demangeat ne la partage pas absolument. Il rappelle tout d'abord que M. de Savigny professe que, dans toute action arbitraire, il y a lieu au *jusjurandum in litem ob contumaciam rei*, ce qui a pour objet de faire condamner — à une somme fixée sous serment par le demandeur, — le défendeur qui n'obéit pas à l'*arbitratio judicis*. (L. 2, § 1. D. 12, 3.) D'où M. de Savigny conclut que la *manus militaris* est absolument incompatible avec ce serment, et que, dans l'hypothèse d'une exécution réelle, on ne conçoit pas qu'il y ait lieu au serment. — M. Demangeat répond : 1° Que, si je revendique une chose contre le possesseur, je puis très bien reprendre ma chose avec l'aide de la force publique ; ou, à mon choix, faire condamner l'adversaire récalcitrant à une somme considérable ; 2° que le *jusjurandum in litem* constituera la seule ressource du demandeur, dans tous les cas où la *manus militaris* serait impossible, par exemple s'il s'agit de transférer la propriété, la *manus militaris* ne pouvant lever qu'un obstacle de fait ; 3° que même en supposant un obstacle de fait, la *manus militaris* n'est possible que si le défendeur, ayant prétendu qu'il ne pouvait pas restituer, est convaincu de mensonge. Et ce qui le prouve, c'est un texte de Marcellus qui semble bien supposer que, là où le défendeur déclare qu'il ne veut pas restituer, le revendiquant ne peut qu'obtenir une condamnation pécuniaire. (L. 8. D. 12, 3.) — En résumé, le savant professeur résume son opinion en prétendant : « ... Que le défendeur qui n'a pas menti,

3525. II. Il y a des actions arbitraires tant parmi les actions réelles que parmi les actions personnelles. Les actions réelles ne sont arbitraires que lorsqu'elles sont intentées par la formule pétitoire. Les actions personnelles arbitraires sont : l'action *ad exhibendum*, l'action *de eo quod certo loco*, l'action *quod metus causa*, l'action *de dolo*, l'action *finium regundorum* (L. 4, § 3. D. 10, 1 ; *Inst.*, § 5, IV, XVII), les actions données à la suite des interdits restitutoires ou exhibitoires, quand les parties ne veulent pas procéder par sponsion (§ 31, *Inst.* IV, VI; Gaïus, IV, § 141). Ces actions personnelles étaient-elles les seules qui fussent arbitraires? Cela n'est pas probable. Zimmern va plus loin : tout en reconnaissant qu'il n'y avait d'actions arbitraires ni parmi les actions de droit strict, ni parmi les actions de bonne foi conçues *in jus*, il pense que toutes les actions de bonne foi qui tendent à une restitution, telles que les actions de dépôt, de commodat et de louage, pouvaient devenir arbitraires en convertissant en formule *in factum* la formule *in jus* qui, pour ces contrats, est certainement de bonne foi. Cette conjecture est ingénieuse, mais bien hasardée.

3526. III. Trompés par la dénomination d'*arbitria*, sous laquelle les classiques désignent souvent les actions de bonne foi, quelques auteurs ont pensé que les actions arbitraires n'étaient qu'une variété des actions de bonne foi. Pour montrer combien cette opinion est erronée, il suffit de faire remarquer que, dans une multitude de textes, on considère l'exception de *dol* comme nécessaire au dé-

---

qui n'a pas déclaré mensongèrement qu'il ne pouvait restituer, est parfaitement libre en fait de garder la chose, sauf à payer le montant de la condamnation, fixé par le demandeur lui-même sous la foi du serment. En d'autres termes, l'emploi de la *manus militaris* au profit du propriétaire qui veut reprendre sa chose n'est admis par les jurisconsultes romains qu'autant que le défendeur a menti, ou ne paye pas la somme à laquelle il a été condamné. »

Je ne veux point entamer une discussion. Mais on sentira par quelle complication d'idées et par quel enchaînement de propositions incertaines M. Demangeat arrive à un système qui repose sur une distinction fort extraordinaire, qui ne s'appuie sur aucun texte précis, qui enlèverait à l'action arbitraire son caractère original, et qui ne répond rien au texte d'Ulpien : « *Qui restituere jussus, judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem,* MANU MILITARI *officio judicis ab eo possessio transfertur.* » Ne serait-il pas d'ailleurs absolument déraisonnable de refuser au demandeur le moyen de rentrer *hic et nunc* en possession de la chose qui lui appartient? On dit bien qu'il fera condamner le récalcitrant à une somme importante. Mais quel serait le résultat de cette condamnation en cas d'insolvabilité du défendeur? L'action *judicati* aurait donc pour résultat de *faire vendre* la chose réclamée, pour en verser le prix au propriétaire de cette chose ! — Sans doute, si le demandeur le préférait, ou si le défendeur s'était mis par dol dans l'impossibilité de restituer ou d'exhiber, on arrivait à la condamnation pécuniaire fixée *ex jurejurando adversarii*, soit sans limitation, soit *cum taxatione*. Le juge pouvait d'ailleurs ne pas se conformer à l'évaluation de la partie.

fendeur attaqué par action arbitraire, ce qui n'aurait aucun sens, si l'action arbitraire était de bonne foi, c'est-à-dire si le juge était autorisé *de plano* à juger suivant l'équité. Quant au passage des *Institutes* de Justinien (§ 31 de n. t.), qui semble favoriser l'erreur que nous combattons, il s'explique aisément : le juge règle comme arbitre les restitutions à faire par le défendeur, et il ne consulte l'équité que pour décider si le défendeur a ou non convenablement satisfait au *jussus*.

Il faut, toutefois, remarquer que certaines actions personnelles tendent à une restitution ; et, pour les actions directes de dépôt, de commodat et de gage, certains auteurs professent que ces actions de *bonne foi* sont, de plus, *arbitraires* (M. de Savigny, *System.*, t. V, p. 216, not. 1). Il est incontestable, en effet, que l'action *depositi* et l'action *rei uxoriæ* paraissent bien comporter la *restitution* des actions arbitraires (Gaïus, IV, § 47 ; L. 7, § 1. D. 23, 5).

3527. Quoi qu'il en soit, il convient de dire deux mots des actions *quod metus causa* et *de dolo*. — Quant à la première, nous savons que, dans la rigueur du droit civil, un acte, fait sous l'empire de la crainte, est parfaitement valable ; mais, par des motifs impérieux d'équité, on avait de bonne heure accordé à la personne lésée une action personnelle, soit contre l'auteur de la violence, soit même contre la personne qui avait profité de l'acte extorqué. Avec cette action le défendeur, sera tenu, sous la peine du quadruple, d'indemniser le demandeur. On pourrait trouver cette règle un peu dure en ce qui concerne celui qui aurait profité de bonne foi de l'acte extorqué. Mais il faut bien noter que cette action *quod metus causa* ne croît, au quadruple, qu'*adversus inficiantem*, contre les récalcitrants. — Il faut observer que, pour atteindre tous ceux qui, directement ou indirectement, volontairement ou à leur insu, ont profité de l'acte extorqué par violence, l'action *quod metus causa* est conçue *in rem*.

3528. Il en est autrement du cas où l'acte aurait été obtenu, non par violence, mais par dol. En effet, l'action qui compète à la victime du dol n'est pas *in rem scripta ;* elle suppose par conséquent que le demandeur connaît l'auteur du dol. Elle n'est jamais donnée qu'au simple (LL. 15, § 3 ; 18 pr. D. 4, 3).

Dans ces deux actions, il y a lieu au *jusjurandum in litem* en cas de *contumacia* du défendeur. Mais : *officio judicis debet, in utraque actione, taxatione jusjurandum refrenari* (L. 18, pr. D. 4, 3). Si c'est une aliénation que j'ai consentie sous l'empire de la crainte ou du dol, je puis avoir intérêt à faire rescinder l'aliénation pour intenter ensuite une action *in rem*. En effet, le demandeur se présentant

dans les actions *quod metus causa* et *de dolo* comme créancier, le juge ne saurait lui faire restituer sa chose *manu militari*. De telle sorte qu'il n'aurait qu'un dividende plus ou moins restreint si le défendeur était insolvable. (Voir la note (1) *in fine*, p. 842.)

3529. IV. Une autre question fort controversée est celle de savoir si toute action noxale est arbitraire, ou si, au contraire, l'action noxale n'est arbitraire qu'autant qu'elle le serait par elle-même, si elle était donnée directement contre l'auteur même du délit.

3530. La première opinion s'appuie sur le passage des *Institutes*, dans lequel Justinien, définissant les actions arbitraires, dit : « *Vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat...* » (§ 31 de n. t). Elle s'appuie aussi sur ce que l'action Aquilia, qui n'est pas arbitraire par elle-même, le devient quand elle est donnée contre le maître, à raison du dommage causé par son esclave. — Zimmern, Schrader et quelques autres ont adopté l'opinion contraire. D'après ces auteurs, l'action donnée *noxaliter* n'est arbitraire qu'autant qu'elle aurait déjà, par elle-même, ce caractère. Zimmern suppose, en outre, que le *jussus*, qui intervenait dans l'action arbitraire donnée *noxaliter*, était alternatif comme la condamnation elle-même; qu'ainsi, de même que, dans la condamnation, le maître était condamné à payer ou à abandonner la noxe, de même, dans le *jussus*, il lui était ordonné de satisfaire ou d'abandonner l'esclave.

3531. La première opinion ne peut être admise. En effet, dans l'action arbitraire, non seulement le *jussus*, qui réglait la satisfaction, précédait la condamnation, mais il offrait encore au défendeur un moyen d'éviter cette condamnation elle-même en accordant la satisfaction fixée par le *jussus*. Au contraire, dans l'action noxale, l'alternative de payer ou d'abandonner l'esclave en noxe se trouve, non pas dans un *jussus* antérieur à la condamnation, mais dans la condamnation elle-même. — Quant aux textes desquels on conclut que l'action de la loi Aquilia devenait arbitraire par cela seul qu'elle était donnée *noxaliter*, ils ne me paraissent nullement renfermer la conséquence qu'on veut en tirer. — Je ne puis croire non plus, avec Zimmern, que le *jussus* fût alternatif comme la condamnation. Dans le *jussus*, cette alternative eût été bien inutile, et il suffisait qu'elle fût réservée au maître dans la condamnation. — Voici donc, à mon sens, comment les choses se passaient quand une action arbitraire (par exemple l'action *quod metus causa* ou *de dolo*) était donnée noxalement contre le maître de l'auteur du dommage. Le juge réglait d'abord *ex arbitrio* la satisfaction à donner par le défendeur, par exemple la restitution de la chose extorquée par violence ; puis, si le défendeur refusait de restituer, le

juge le condamnait à payer au demandeur une somme d'argent égale à celle à laquelle eût été condamné l'auteur même du dommage, s'il eût été libre, mais avec faculté de se libérer en abandonnant au demandeur l'esclave noxal ; cela est tout à fait conforme à l'ensemble des documents et au texte des *Institutes*: « *Publium Mævium Lucio Titio decem aureos condemna, aut noxam dedere.* Au surplus, il va sans dire que le maître, qui pouvait toujours, même après condamnation, éviter de payer le dommage en abandonnant l'esclave noxal, pouvait, à plus forte raison, éviter la condamnation, et même l'instance devant le juge, en offrant spontanément, à la partie lésée, l'abandon noxal de l'auteur du délit.

3532. *Appendice.* — I. Certaines actions sont arbitraires ; d'un autre côté Justinien nous enseigne que toutes les actions sont absolutoires.

§ 32. Il nous reste à avertir qu'il est dans l'office du juge d'absoudre le défendeur, quand, avant le jugement, il donne satisfaction au demandeur; bien que, au moment où la formule d'action a été délivrée, le défendeur se trouvât dans le cas d'être condamné; c'est de là que venait cet ancien adage : Toutes les actions sont absolutoires.

Entre l'expression *judicium arbitrarium* et l'expression *judicium absolutorium*, il y a cette différence importante que la première est spéciale, et que la seconde est générale; à un autre point de vue, si dans les deux cas le défendeur échappe à la condamnation en donnant au demandeur une certaine satisfaction, dans le *judicium arbitrarium* cette satisfaction est réglée par le juge, tandis que, dans le *judicium absolutorium* la satisfaction consiste simplement à faire droit à la prétention formulée par le demandeur, ou à s'arranger avec lui.

Dans l'ancien droit, les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur les effets de la satisfaction accordée *post judicium acceptum;* les Sabiniens en faisaient toujours découler l'absolution du défendeur; les Proculiens au contraire n'admettaient ce résultat que dans les actions de bonne foi ou *in rem* (Gaïus, IV, § 114.) Mais, dans les autres actions, ils admettaient sans doute que le défendeur, condamné quoiqu'ayant fourni au demandeur ce que celui-ci prétendait lui être dû, pouvait au moins répéter cette valeur. — Justinien a consacré l'opinion des Sabiniens. (V. néanmoins L. 84, D. 45, 1.)

3533. II. Nous avons vu que le demandeur, dans l'action arbitraire, pouvait, au lieu de recourir à la *manus militaris*, demander une somme d'argent qu'il appréciait *ex jurejurando*. Il y avait là une véritable transaction, et le possesseur, ayant ainsi payé la

valeur de la chose, devenait aussitôt propriétaire de la chose possédée par lui. (L. 46. D. 6, 1). — Si ce payement en argent a été fait, non pas par suite de la préférence du demandeur, mais parce que le défendeur a fait, par dol, disparaître la chose de manière à paralyser l'emploi de la force publique, sans doute le demandeur ne pourra plus revendiquer cette chose, s'il la retrouve dans les mains de son ancien adversaire, car il y a eu *res deducta in judicio;* mais, si le condamné perd la possession, il n'aura ni la *rei vindicatio*, ni même l'action publicienne ; d'où il faut conclure que c'est l'ancien et véritable propriétaire qui pourra revendiquer cette chose contre le nouveau détenteur, le procès n'étant plus *inter easdem personas*.

CHAPITRE X

ACTIONS QUI FONT OBTENIR TANTOT TOUT CE QU'ON DEMANDE, TANTOT MOINS, OU CIRCONSTANCES QUI EMPÊCHENT LE DEMANDEUR D'OBTENIR TOUT CE QUI LUI EST DU.

§ 36. Il y a certaines actions qui nous font obtenir tantôt tout ce que nous demandons, et tantôt moins.

3534. En général, toute action justifiée devrait faire obtenir au demandeur l'intégralité du montant de sa prétention ; il y a cependant certaines circonstances dans lesquelles la condamnation reste inférieure à la demande.

Comme on le verra dans la suite de ce chapitre, les actions, dans lesquelles la condamnation n'est pas égale à l'*intentio*, ne sont pas des *actions spéciales*, mais bien des actions ordinaires dont les résultats sont modifiés par certaines situations exceptionnelles, certains incidents particuliers, comme : la plus-pétition ; le bénéfice de compétence ; la compensation ; les limites de la condamnation prononcée contre le maître ou le père, à raison de certaines dettes de l'esclave ou du fils ; l'abandon noxal.

3535. Ces situations, ces incidents peuvent tous se rattacher à d'autres matières. Ainsi, la plus-pétition pourrait se placer, soit dans l'étude de la rédaction des formules, soit dans les peines contre les plaideurs téméraires ; le bénéfice de compétence pourrait être étudié avec la *condemnatio* (n° 3272) ; il en est de même de la compensation (n° 3269), qui pourrait également prendre place parmi les *exceptions* ; le père et le maître, poursuivis par les créan-

ciers du fils ou de l'esclave, à l'occasion de l'administration de leur pécule, ou à raison des délits de ces personnes, ne peuvent être condamnés, dans le premier cas, que jusqu'à concurrence de ce dont ils ont profité, et du montant du pécule ; et, dans le second, que s'ils ne préfèrent pas abandonner le délinquant; or, ces principes ont déjà été étudiés assez complètement (n° 335, 441, 3272), ou seront étudiés dans une matière toute spéciale qui formera notre XIII^e^ division.

Nous croyons devoir réunir ici, dans une commune explication, la plus-petitio, le bénéfice de compétence et la compensation, parce que ces trois sujets, d'origines si diverses, se rapprochent logiquement par l'influence qu'ils exercent sur la condamnation, et qu'étudiés séparément ils ne présenteraient qu'un intérêt médiocre.

ARTICLE PREMIER. — PLUS-PETITIO.

§ 33. Le demandeur qui, dans l'*intentio* (partie de la formule qui exprime sa prétention), comprenait plus qu'il ne lui revenait, encourait déchéance, c'est-à-dire perdait son procès : et le préteur n'accordait pas facilement alors la restitution en entier ; à moins que le demandeur déchu ne fût un mineur de vingt-cinq ans, auquel cas, on venait à son secours, en connaissance de cause, comme dans les autres circonstances où sa jeunesse l'aurait fait faillir. Cependant, on venait aussi au secours du majeur de vingt-cinq ans, quand l'erreur, dans laquelle il était tombé, était telle que l'homme le plus prudent n'eût pu l'éviter : par exemple, si, après qu'un légataire a demandé le legs tout entier, on vient à produire des codicilles qui révoquent une partie du legs, ou qui contiennent, au profit d'autres personnes, des libéralités nouvelles, lesquelles, jointes aux anciennes, excèdent les trois quarts et soumettent tous les legs à la loi Falcidie : dans ces deux cas, le demandeur a réclamé plus qu'il ne lui revenait; mais nul n'eût pu éviter une telle erreur.

Il peut y avoir plus-pétition sous quatre rapports différents : quant à la chose, quant au temps, quant au lieu et quant à la cause.

Il y a plus-pétition sous le rapport de la chose, quand, par exemple, celui, à qui il était dû dix écus d'or, en demande vingt ; ou quand celui, qui n'avait droit qu'à une partie de la chose, la réclame en entier ou pour une partie plus forte.

Il y a plus-pétition sous le rapport du temps, quand on réclame avant l'échéance du terme ou l'événement de la condition : car, de même que le débiteur qui paye trop tard est réputé ne pas payer tout ce qu'il doit, de même le créancier qui demande trop tôt est réputé demander plus qu'il ne lui est dû.

Il y a plus-pétition sous le rapport du lieu, lorsqu'on réclame dans un lieu ce qui devait être payé dans un autre, sans faire mention du lieu convenu pour le payement ; par exemple, si après avoir stipulé dans ces termes : Promettez-vous de me donner à Éphèse? le créancier demande purement et simplement le payement à Rome : dans ce cas, le créancier demande plus, parce que son *intentio*, pure et simple, tend à priver le promettant de l'avantage qu'il y avait pour lui à payer à Éphèse. C'est même pour cela qu'on a imaginé une action arbitraire qui permet de réclamer dans un lieu ce qui est dû dans

un autre : dans cette action on tient compte de l'avantage qu'avait le promettant à payer au lieu convenu, avantage qui est quelquefois très important, surtout pour les marchandises dont le prix varie suivant les pays : l'argent même ne produit pas partout le même intérêt. Mais si le créancier demande à Éphèse, c'est-à-dire dans le lieu même où le payément doit se faire, il peut très valablement agir par une action pure et simple (ainsi que le préteur l'indique lui-même dans son édit); car le promettant n'est privé alors d'aucun des avantages qu'il s'était réservés.

La plus-pétition sous le rapport de la cause est assez semblable à celle sous le rapport du temps : par exemple, si après avoir stipulé ainsi : me promettez-vous l'esclave Stichus ou dix écus d'or? le stipulant demande seulement l'un des deux, ou l'esclave ou la somme : il y a plus-pétition, parce que dans les stipulations de ce genre le choix appartient au débiteur qui peut payer, à son choix, ou l'esclave ou les dix écus d'or. Or, en soutenant qu'on doit lui donner l'esclave seulement, le demandeur enlève le choix au débiteur; il améliore sa position et rend pire celle de son adversaire. En conséquence, il y a pour ce cas une action par laquelle le demandeur soutient qu'on lui doit donner ou l'esclave Stichus ou dix écus d'or; c'est-à-dire par laquelle il formule son *intentio* dans les termes mêmes dont il s'est servi pour stipuler. Celui qui ayant stipulé d'une manière générale un esclave, du vin, de la pourpre, vient demander spécialement l'esclave Stichus, du vin de Campanie, de la pourpre de Tyr, commet une plus-pétition, parce qu'il enlève le choix à son adversaire qui était libre, aux termes de la stipulation, de payer tout autre esclave, tout autre vin, toute autre pourpre. Bien plus, lors même que l'objet demandé serait le moins précieux, la plus-pétition n'en existerait pas moins, parce qu'il peut arriver qu'il soit plus facile au débiteur de payer l'objet le plus précieux.

Mais ces principes, suivis autrefois, ont été modifiés tant par la constitution de Zénon que par la nôtre.

Quand il y aura plus-pétition sous le rapport du temps, il faudra suivre la règle établie par l'empereur Zénon de glorieuse mémoire.

Si la plus-pétition porte sur la quantité, ou a lieu de toute autre manière, le demandeur, pour sa punition, sera condamné à payer au défendeur le triple du dommage que celui-ci a éprouvé; de même que nous l'avons décidé plus haut à l'égard du salaire des huissiers.

§ 34. Mais le demandeur ne court aucun danger, si, dans l'*intentio* de son action, il comprend moins que ce qui lui revient; par exemple si, créancier de dix, il soutient qu'on doit lui donner cinq; ou si, propriétaire de la totalité d'un fonds, il prétend que la moitié de ce même fonds lui appartient.

Depuis la constitution de l'empereur Zénon de glorieuse mémoire, le juge peut, dans la même instance, condamner l'adversaire au surplus.

§ 35. Pareillement, il n'y a aucun danger à demander une chose pour une autre; et nous permettons au demandeur, qui reconnaît son erreur, de rectifier sa demande dans la même instance. Il y a erreur de ce genre quand le demandeur, ayant droit à l'esclave Stichus, réclame l'esclave Érote; ou quand il réclame, en vertu d'un testament, ce qui lui est dû en vertu d'une stipulation

3536. Cette matière se rattache : à une subdivision des actions en *actiones certæ* et *actiones incertæ* (n° 2135), à la rédaction de l'*intentio* (n° 3264), enfin à la rédaction de la *condemnatio* (n° 3271).

Pour le système formulaire, nous savons, en effet, que la prétention du demandeur était consignée dans l'*intentio* de la formule délivrée par le préteur. Puis le pouvoir par le juge de condamner

était soumis à la preuve préalable des énonciations de l'*intentio* : *Si paret decem millia dare oportere... condemna*. Si donc le demandeur a commis l'imprudence de faire consigner dans l'*intentio* une prétention supérieure à son droit absolu, le juge, étant obligé de se maintenir dans les termes de la formule, ne pouvant juger pour partie les allégations du demandeur, mais étant obligé de les considérer telles qu'elles sont énoncées, devra nécessairement décider que cette prétention exagérée n'est pas fondée, et il absoudra le défendeur. En d'autres termes, si créancier de dix j'ai réclamé quinze, le juge, considérant que l'*intentio*, telle qu'elle est formulée, n'est pas justifiée, ne peut condamner pour une somme inférieure, puisque la condamnation est précisément subordonnée à la preuve de la prétention formulée.

Voilà donc une conséquence très grave de l'exagération de la demande, très grave, car, non seulement le demandeur perd le procès actuel, mais encore il ne pourrait utilement recommencer un nouveau procès, son droit ayant été déduit en justice, et jugé non fondé.

3537. Contrairement à l'opinion de M. Demangeat (p. 688), nous dirons qu'il y a là une véritable *peine*, car la perte de son droit est pour le demandeur la conséquence de l'exagération de sa demande. On dit, il est vrai, que cette perte du droit n'est qu'une conséquence naturelle du système formulaire et de la liaison entre elles des diverses parties de la formule. Je le veux bien, mais il n'en est pas moins certain que le demandeur est puni de son exagération. C'est pourquoi j'ai dit plus haut que la plus-pétition aurait parfaitement pu trouver sa place dans les *peines contre les plaideurs téméraires*.

Il faut bien remarquer que cette conséquence de la *plus-petitio* est sévèrement appliquée. Aussi Justinien précise-t-il que le préteur ne restitue pas facilement *in integrum* celui qui a ainsi succombé.

Toutefois, la sévérité du préteur s'adoucissait en faveur du mineur de vingt-cinq ans, et même en faveur des majeurs, s'ils n'avaient commis la *plus-petitio* que par suite d'une erreur inévitable. Tel serait le cas d'un légataire qui réclamerait la totalité du legs à lui fait, avant qu'on n'ait eu connaissance d'un codicille révoquant ce legs pour partie.

3538. Du reste, l'exagération n'est dangereuse qu'autant qu'elle se trouve dans l'*intentio*. En effet la *falsa demonstratio* n'entraîne aucune déchéance, par la raison que rien n'est déduit *in judicium*. Le procès présent est bien perdu, mais le demandeur peut recommencer à porter son droit en justice. — Si maintenant nous sup-

posons l'erreur commise dans la *condemnatio*, le défendeur pourra tout simplement obtenir du préteur la rectification de la formule. (Gaïus, IV, §§ 57, 58, 59.)

3539. La plus-petition ne peut se produire, avons-nous dit, que si le demandeur formule dans l'*intentio* une prétention exagérée. Ceci revient à dire que la *plus-petitio* ne peut se produire que dans les actions munies d'une *intentio certa*, puisque, dans les *intentiones incertæ* le demandeur ne précise pas le chiffre de ses réclamations. Gaïus formule parfaitement cette idée (IV, § 54). Il faudrait cependant faire une exception en ce qui concerne le *plus-petitio tempore*. Quant à la *plus-petitio loco*, Paul précise qu'elle ne peut se produire *in incerta formula* : « *In bonæ fidei judiciis, etiamsi contrahendo convenit* UT CERTO LOCO QUID PRÆSTETUR, *ex empto vel vendito vel depositi actio competit*, NON ARBITRARIA ACTIO. » — Ainsi l'action arbitraire *de eo quod certo loco* (v. plus loin) n'est pas nécessaire pour protéger le demandeur contre les dangers de la *plus-petitio loco*, si le contrat, dont il demande l'exécution, donne naissance à une *action de bonne foi*, dont l'*intentio* est *incerta*. (L. 7, pr. D. 13, 4.)

La stipulation d'un droit d'usufruit donne lieu à une formule *incerta*, et cependant, celui qui intente l'action réelle *de usufructu*, l'action confessoire, peut commettre une *plus-petitio*. « Cela tient sans doute, dit M. Demangeat, à ce que, la formule de l'action réelle n'ayant pas de *demonstratio*, le demandeur est obligé d'indiquer bien précisément dans l'*intentio* le droit d'usufruit qu'il prétend avoir. »

La *plus-petitio* est possible dans une action dont l'*intentio* est conçue *in factum*. (Gaïus, IV, § 60.)

Ceci bien compris, revenons à notre texte, d'après lequel la *plus-petitio* peut se produire de quatre manières différentes :

3540. 1° *Plus-petitio re*. — Pas de difficulté : je réclame par exemple quinze, alors qu'on ne me doit que dix.

3541. 2° *Plus-petitio tempore*. — Je suis créancier à terme, et je poursuis le débiteur avant l'échéance. En effet, on considère l'éloignement du payement comme une diminution de la dette. Demandeur avant l'échéance, je réclame donc plus que ce qui m'est dû, et je perds, non seulement mon procès, mais le droit de le recommencer. On considère comme à terme, non seulement l'obligation originairement à terme, mais encore celle qui n'aurait été affectée d'un terme que par suite d'une convention postérieure, bien que, dans ce cas, cette convention postérieure n'agisse pas de plein droit, mais au moyen d'une exception. (Gaïus, IV, § 123 ; n° 2152.)

Justinien met sur la même ligne celui qui agit avant l'échéance,

et celui qui, dans une obligation conditionnelle, agit avant l'événement de la condition. Nous avons déjà vu l'application de ce principe (n° 2194) qui me paraît résulter *a fortiori* de la règle suivie en matière de créance à terme. En effet, nous savons (n° 2145) que l'obligation à terme *prend* immédiatement *naissance*, et que l'exigibilité seule est reportée à l'arrivée du terme, tandis que l'obligation conditionnelle ne constitue que l'*espérance* d'une dette future. On peut donc dire que : réclamer une dette à terme, c'est seulement demander en trop l'équivalent des intérêts de la valeur due jusqu'à l'échéance du terme ; tandis que, réclamer l'exécution d'une obligation conditionnelle, c'est réclamer ce qui n'est *aucunement* dû. En poussant ce raisonnement à l'extrême, on serait donc fondé à dire : celui qui poursuit l'exécution d'une obligation conditionnelle ne fait rien de sérieux, il ne déduit rien *in judicium ;* par conséquent, s'il perd le procès présent, son droit n'est aucunement compromis pour l'avenir, et il pourra l'invoquer dès que la condition sera réalisée. — Il me paraît difficile de rien opposer à cette conclusion, fortement étayée par la différence que nous avons signalée entre ces deux classes d'obligation (nos 2146, 2194), différence d'après laquelle le payement de l'obligation *sub die* est parfaitement valable, tandis que le payement de l'obligation *conditionnelle* est nul, et donne lieu à la *condictio indebiti*.

Quoi qu'il en soit en théorie, il est certain en jurisprudence que le créancier conditionnel, qui agirait avant l'événement de la condition, perdrait tout son droit [1] dans le présent et dans l'avenir, comme dans la créance à terme.

Mais il faut remarquer que, par une singulière bizarrerie, celui qui agirait en payement d'un legs *cujus dies non adhuc cessit* ferait une chose absolument dépourvue d'effet, et par conséquent conserverait son droit pour l'avenir. (L. *unica*, § 4. D. 7, 3.) Cette décision plaide en faveur de notre théorie de tout à l'heure.

3542. 3° *Plus-petitio loco*. — Si la dette est payable dans une certaine localité, c'est là que le demandeur doit porter son action, par la raison que les condamnations sont exécutoires là où elles ont été prononcées. Il est vrai que cette compétence légale peut être modifiée avec le consentement du débiteur ; de plus, si ce dernier ne se trouve pas au lieu où le payement devrait avoir lieu, le créancier a la faculté de porter son action, soit devant le magistrat *du domicile* du débiteur, soit devant le magistrat de Rome. (LL. 1 et 19, § 4, D. 5, 1.)

---

1. Voir néanmoins L. 36. D. 46, 3 ; L. 28, § 5. D. 5, 1 ; L. 3. D. 8, 4.

Toutefois, le créancier, agissant ainsi dans un lieu autre que celui déterminé au contrat pour le payement, commettrait une *plus-petitio*, s'il n'avait soin de faire modifier la formule de telle sorte que le juge puisse tenir compte, dans la condamnation, de l'intérêt que le débiteur pouvait avoir à payer dans le lieu primitivement désigné. Cette modification consiste à indiquer dans l'*intentio* le lieu convenu pour le payement ; à donner au juge le pouvoir d'apprécier le montant de la condamnation ; à rendre l'action arbitraire. (L. 1, D. 13, 4.) Gaïus appelle cette action arbitraire : *utilis*, — sans doute, dit M. Demangeat, parce que c'est une raison d'équité qui l'a fait introduire. Dans les textes on désigne cette action sous le nom de : *actio de eo quod certo loco.*

Mais nous savons que l'action arbitraire est celle dans laquelle l'absolution est subordonnée à une satisfaction préalable à fournir par le débiteur. Dans notre action, cette satisfaction consistera dans la garantie que fournit le débiteur de payer au lieu convenu. (L. 4, § 1, D. 13, 4.) Si le débiteur ne donne pas cette satisfaction, le juge aura un pouvoir très étendu pour apprécier le montant de la condamnation. (L. 2, pr. D. 13, 4.)

3543. 4o *Plus-petitio causa.* — Cette plus-pétition consiste à demander une des deux choses stipulées *sub modo*, alors que le choix appartenait au débiteur. Cette question a été étudiée au n° 2227. (Voir néanmoins L. 36, D. 46, 3 ; L. 28, § 5, D. 5, 1 ; L. 3, D. 5, 4.

La peine de la *plus-petitio* a dû disparaître avec l'*ordo judiciorum*, parce que nous avons vu qu'elle résultait logiquement de l'obligation pour le juge de déclarer non fondée la prétention telle qu'elle était à tort formulée dans l'*intentio*. Toutefois, la *plus-petitio tempore*, étant indépendante du système formulaire, subsiste sous Justinien, qui admet également qu'on peut commettre *plus-petitio quantitate vel alio modo*, par une exagération du *libellus conventionis*.

Mais on comprend que, si la *plus-petitio* est encore possible, la peine, — qui, dans la procédure formulaire, consistait dans l'absolution pure et simple du débiteur, et, par suite, dans la perte définitive du droit du demandeur, — doit consister en autre chose. En effet, Zénon, quant à la *plus-petitio tempore* avait édicté que l'exigibilité de la dette serait reculée d'une période égale à la période de temps qui restait à courir depuis la demande prématurée jusqu'à l'échéance primitivement stipulée. Justinien consacre cette règle spéciale ; mais, de plus, il décide que, dans toutes les autres *plus-petitiones*, le défendeur, qui en aura éprouvé du préjudice, fera condamner *au triple* le demandeur.

APPENDICE.

3544. *A. Minus-petitio.* — Si le demandeur réclame *moins* que ce qui lui est dû, il faut distinguer dans quelle partie de la formule se trouve l'erreur :

1° Est-ce dans l'*intentio ?* Il n'y a aucun danger pour le demandeur, qui sera seulement obligé d'attendre une nouvelle préture avant d'agir *de reliquo* ; sans cela sa nouvelle demande serait repoussée par l'exception *litis dividuæ*. (Gaïus, IV, §§ 56 et 122. V. *Exceptions dilatoires.*)

Zénon a simplifié cette pratique en décidant que le magistrat pourrait, dans la même instance, condamner le défendeur au surplus. (V. § 34 de n. t.)

2° Est-ce dans la *demonstratio ?* Les jurisconsultes sont divisés : les uns, appliquant la règle générale « *falsa demonstratione rem non perimi* », disent que rien n'est déduit *in judicium*, et que le demandeur peut agir à nouveau. — Les autres, parmi lesquels Labéon, permettent au demandeur de demander une autre formule pour l'excédant. (Gaïus, IV, §§ 58 et 59.)

3° Est-ce dans la *condemnatio?* C'est la situation la plus grave : en effet, tout le droit ayant été déduit *in judicium* ne peut plus être poursuivi de nouveau, et cependant le magistrat ne peut excéder les termes de la condamnation. Remarquons que ce demandeur imprudent (à moins que ce ne soit un mineur de vingt-cinq ans) ne pourra se faire restituer *in integrum*.

3545. *B. Aliud pro alio.* — Celui qui réclame autre chose que son droit perd évidemment son procès ; mais son droit véritable, n'ayant pas été déduit *in judicium*, reste entier et pourra être poursuivi par une action mieux rédigée.

Cette situation se présente, soit que, créancier du fonds *A*, je réclame le fonds *B ;* soit que, agissant en qualité de *cognitor* ou de *procurator* (v. Représentation des plaideurs), je prétends que c'est moi qui suis titulaire de la créance : *mihi dare oportere ;* soit que, créancier *ex stipulatu*, je prétende qu'on me doit *ex testamento* ; ce dernier cas est remarquable, car il prouve que se tromper sur la cause de la dette c'est demander *aliud pro alio*.

Justinien permet à celui qui s'est ainsi trompé de réparer son erreur *in eodem judicio*, avant la sentence, sans avoir besoin de former une demande nouvelle (§ 35 de n. t.). — On comprend que ce procédé était impraticable dans la procédure formulaire.

ARTICLE II. — BÉNÉFICE DE COMPÉTENCE

§ 37. Il est admis que le mari, attaqué par sa femme en restitution de la dot, ne doit pas être condamné au delà de ce qu'il peut faire, c'est-à-dire à une somme plus forte que celle que sa fortune lui permet de payer : si donc sa fortune est égale à la dot, il est condamné pour le tout; si sa fortune est moindre, il n'est condamné qu'à la somme qu'il peut payer.

§ 38. L'ascendant actionné par son descendant, le patron par son affranchi, ne doivent pas être condamnés au delà de ce qu'ils peuvent faire. Il en faut dire autant de l'associé contre lequel son associé agit par l'action de société; et du donateur attaqué par le donataire en exécution de la donation.

§ 39. Si celui qui a fait cession de biens acquiert postérieurement de quoi payer ses dettes, ses créanciers ne pourront agir contre lui que jusqu'à concurrence de ce qu'il peut faire : il a paru en effet inhumain de condamner pour le tout celui qui s'est dépouillé de tous ses biens.

3546. Les interprètes désignent sous ce nom diverses situations dans lesquelles le défendeur est seulement condamné dans la limite de ce qu'il peut payer, « *quatenus facere potest*, » ce qui le soustrait aux conséquences rigoureuses qu'entraîne une condamnation contre celui qui ne peut l'exécuter.

Ce bénéfice est personnel ; il ne s'applique ni aux cautions ni aux héritiers ; il peut être opposé même à l'action *judicati*.

Il s'exerce naturellement en la forme d'une exception insérée dans la formule, car c'est le défendeur seul qui peut l'invoquer, et il n'y a pas de défendeur sans une demande préalable. L'exception se traduit en une restriction à la *condemnatio*, sans qu'il y ait naturellement lieu de modifier l'*intentio*. (L. 7, pr. ; L. 22, pr. D. 44, 1.)

3547. Reste à savoir quelle est la situation du créancier quant à la partie de la dette qui n'est pas payée, par suite de restriction du bénéfice de compétence. Incontestablement il subsiste tout au moins une obligation naturelle (n° 3016 ; L. 9. D. 12, 6.) Mais on soutient même qu'il subsiste une obligation civile. Il est vrai que dans cette théorie on est assez embarrassé par le principe que tout droit déduit *in judicium* est consommé ; en effet, ainsi que nous venons de le voir, tout le droit est énoncé dans l'*intentio*, et par suite consommé, quoique la *condemnatio* ne donne pas au demandeur tout ce à quoi il avait droit. C'est pourquoi on est obligé d'admettre que, lors de la *condemnatio in quantum facere potest*, le débiteur, sur l'invitation du juge, prend formellement l'engagement de payer le surplus dès qu'il le pourra. On possède, en effet, des traces de la *cautio* qui était fournie en pareil cas. (L. 63, § 4. D. 17, 2 ; L. *unica*, § 7, C. 5, 13.)

Les facultés du défendeur (le *quantum facere potest*) se calculent

sur l'actif brut, sans déduire les dettes. (L. 19 pr., D. 42, 1.) Toutefois le donateur, poursuivi par le donataire, jouit d'un double avantage : 1° on ne prend en considération que l'actif net, ce qui par parentbèse profite surtout aux créanciers du défendeur; 2° même sur l'actif net, on laisse au donateur une certaine valeur *ne egeat*, pour qu'il ne soit pas réduit à l'indigence. (L. 19, § 1, D. 42, 1.)

Il est vrai qu'un texte de Paul (L. 173, pr. D. 50, 17) paraît indiquer que cette dernière faveur était générale. Mais c'est là évidemment une généralisation incomplète et maladroite due aux rédacteur du *Digeste*. Elle est *incomplète*, dit M. Demangeat, car on déduit bien du patrimoine du débiteur *aliquid ne egeat*, mais on n'a pas commencé par déduire ses autres dettes; *maladroite*, car ce qu'on laisse au demandeur *ne egeat* n'aura pas sa destination, puisque ce sont les autres créanciers du défendeur qui s'empareront de cette réserve.

3548. Ce bénéfice de compétence appartient aux diverses personnes suivantes :

1° Au mari poursuivi par l'action *rei uxoriæ*. (L. *unic*, § 7, C. 5, 13.) Modestin va beaucoup plus loin et nous apprend que le mari jouissait de cette faveur, quelle que fût la cause en vertu de laquelle il était poursuivi par la femme. (L. 20, D. 42, 1.) Les *Institutes* ne parlent du bénéfice de compétence accordé au mari, que si ce dernier est poursuivi par la femme *de dote judicio* (§ 37 de n. t.).

2° A l'ascendant poursuivi par son descendant, et même au patron poursuivi par son affranchi (§ 38 de n. t.).

3° A l'associé contre lequel est intentée l'action *pro socio*, non seulement dans le cas d'une société universelle, comme certains interprètes l'ont prétendu, mais probablement dans tous les cas. L. 63, pr. D. 17, 2.)

4° Au donateur, lorsque le donataire lui réclame l'exécution de la donation, même si le donateur, ayant fait un pacte de constitut, est poursuivi par l'action *pecuniæ constitutæ*, ou si le donateur, ayant été condamné, est poursuivi par l'action *judicati*. (L. 33, pr. D. 39, 5.) Toutefois Paul expose une doctrine plus sévère, pour le cas où le donateur, ayant transféré la propriété au donataire, serait poursuivi par la revendication : « *Fundum quis donavit; si non restituat, ut quivis possessor damnandus est. Si autem fundum restituit, fructuum nomine, si non eos consumpsit, in solidum condemnandus est; potuit enim non periclitari, si statim restituisset. Si dolo desiit possidere, in litem jurabitur et tanti sequetur condemnatio.* » (L. 41. § 1. D. 42, 1).

5° Au militaire, en raison des dettes par lui contractées. (L. 6, pr. et L. 18. D. 42, 1.)

6° Au fils de famille, obligé civilement, qui au moment des poursuites a été émancipé ou exhérédé, ou s'est abstenu. (L. 2. D. 14, 5.)

7° Au débiteur qui a fait *cession de biens* à ses créanciers, dans les poursuites sur les biens qu'il aurait acquis depuis la cession. (V. 6e partie.)

ARTICLE III. — COMPENSATION

§ 39. La compensation, opposée par le défendeur, conduit aussi fort souvent à ce résultat, que le demandeur n'obtient pas tout ce qui lui est dû. En effet, comme nous l'avons déjà dit plus haut, le juge commence par déduire, d'après l'équité, tout ce que le demandeur doit au défendeur (en vertu des mêmes causes); et condamne seulement ce dernier à payer l'excédant qui reste après la compensation opérée.

3549. La compensation n'est autre chose que la balance entre deux dettes et deux créances réciproques : *debiti et crediti inter se contributio.* (L. 1. D, 16, 2.) Elle suppose nécessairement deux personnes qui se trouvent chacune créancière et débitrice de l'autre. Il est tout naturel de supprimer ces doubles rapports de créancier à débiteur, et de considérer ces deux obligations comme éteintes, au moins jusqu'à concurrence de la plus faible si elles ne sont pas égales. Par exemple Primus achète une maison à Secundus, et ne paye à ce dernier qu'une partie du prix, restant ainsi débiteur d'un reliquat. Puis il est évincé et fait condamner Secundus à des dommages-intérêts. Il se trouve donc envers Secundus : débiteur du reliquat du prix, et créancier des dommages-intérêts ; de son côté Secundus est créancier du reliquat et débiteur des dommages-intérêts. Rien de plus naturel que d'opposer l'un à l'autre ces titres contraires et de ne condamner que celui dont la dette est plus forte que la créance, c'est-à-dire précisément pour l'excédant de la dette sur la créance.

3550. Malgré sa grande utilité, la compensation n'avait pas été tout d'abord consacrée par les Romains, comme règle de droit commun. Elle fut d'abord restreinte à un petit nombre de cas ; mais on considéra bientôt que ce procédé donnait satisfaction à deux principes : 1° l'idée de justice, car celui qui est débiteur n'agit pas d'une façon équitable en poursuivant une personne dont il est lui-même débiteur ; 2° l'idée d'utilité, car il vaut mieux se payer par ses mains, quand on doit soi-même à son débiteur, que

de commencer par le poursuivre pour avoir à lui restituer tout ou partie de ce qu'on a obtenu. On évite ainsi la chance d'insolvabilité résultant, soit de la mauvaise administration du débiteur, soit du concours d'autres créanciers.

C'est pourquoi la compensation, admise d'abord à titre exceptionnel, prit dans la jurisprudence un développement sans cesse croissant, jusqu'à Justinien, époque à laquelle on ne repousse la compensation que dans des cas tout à fait particuliers.

3551. Toutefois, il faut bien remarquer qu'à aucune époque la compensation n'a été, chez les Romains, un mode d'extinction *ipso jure* de condamnation contre le débiteur qui était lui-même créancier du poursuivant. Elle n'était donc qu'un moyen de défense judiciaire, une véritable demande reconventionnelle.

Après ce rapide exposé de la philosophie de la compensation, abordons le développement historique de cette matière, en ce qui touche notre sujet des *actions*.

3552. Jusqu'à Justinien, jamais la compensation n'avait lieu dans les actions *in rem* tendant à faire reconnaître des droits de propriété ou de servitude ; celui qui revendiquait légalement sa chose devait triompher, sans que le juge eût à apprécier si le revendiquant était débiteur *ex alia causa* envers le défendeur, ou si même il détenait de son côté la chose dudit défendeur.

3553. Dans les actions *in personam*, on n'admettait la compensation que si l'action était de *bonne foi*, et si de plus les deux dettes réciproques provenaient d'une même origine, *ex eadem causa*. Cela ne pouvait, on le comprend, se présenter que dans les actes faisant naître des obligations réciproques, comme la vente, le louage, la société, la tutelle, la gestion d'affaires, etc., etc. Du reste, le juge n'était pas obligé à tenir compte d'office des éléments de compensation ; le défendeur qui ne les avait pas présentés, ou qui n'avait pu les faire accepter, demeurait parfaitement libre, après sa condamnation intégrale, d'exercer à son tour l'action qui lui appartenait. (L. 7, § 1, D. 16, 2 ; Gaïus, IV, § 63.)

Dans les actions de bonne foi, nous savons que la formule comprend d'abord une *demonstratio* qui expose l'affaire, puis une *intentio* conçue dans des termes très étendus : QUIDQUID PARET... *dare facere oportere* DE FIDE BONA. Cette formule impose donc au juge l'obligation de tenir compte de la créance que le défendeur aurait contre le demandeur, mais à la condition que cette créance se rattache par son origine à l'affaire désignée dans la *demonstratio* et sur laquelle le juge doit statuer. Ainsi s'explique la condition que Gaïus et Justinien expriment par les mots *ex eadem causa*.

3554. Que décider quant aux actions du droit strict? Les rédacteurs des *Institutes*, après avoir dit que, dans les actions de bonne foi, le juge doit condamner le défendeur seulement à l'excédant de sa dette sur sa créance (§ 30) ajoutent : « *Sed et in strictis judiciis, ex rescripto D. Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur.* » Ainsi, d'après un rescrit de Marc-Aurèle, le débiteur, même tenu d'une action de *droit strict*, peut faire valoir des éléments de compensation, au moyen de l'exception de dol. Il est probable d'ailleurs que Marc-Aurèle n'a fait que consacrer une jurisprudence antérieure ; en effet, un texte d'Ulpien atteste que Julien admettait la compensation dans l'action *ex stipulatu*. (L. 10, § 3. D. 16, 2.) Quoi qu'il en soit, il est évident que cette compensation avait lieu *ex dispari causa*, puisque l'action de droit strict résulte toujours d'un contrat unilatéral, impuissant à faire naître *hic et nunc* des obligations réciproques. — Il est probable que ce principe dut s'étendre rapidement aux actions de bonne foi, et qu'elles comportèrent la compensation même *ex dispari causa*, au moyen d'une modification de la formule tendant à donner au juge le pouvoir d'apprécier des circonstances étrangères à l'acte énoncé dans la *demonstratio*.

3555. Même après le rescrit de Marc-Aurèle, il fallait, bien entendu, pour que le juge pût, dans un *judicium stricti juris*, tenir compte de la compensation, que l'exception du dol fût insérée dans la formule. Mais quel sera précisément l'effet de cette exception, si elle est justifiée? Le défendeur obtiendra-t-il absolution complète, ou sera-t-il seulement condamné à l'excédant de sa dette sur sa créance ? Nous verrons, en effet, un peu plus loin, deux cas spéciaux : la compensation opposée, dans l'un à un *argentarius*, et entraînant l'absolution complète du défendeur, dans l'autre au *bonorum emptor*, et entraînant seulement la réduction de la condamnation au reliquat des deux dettes compensées. Or est-ce le premier ou le second principe qui s'appliquera dans le cas d'un *exceptio doli mali?*

3556. M. Demangeat (t. II, p. 708 et suiv.) adopte le second parti, et voici en substance les arguments qu'il présente :

1° Paul (L. 22, D. 44, 1) et Ulpien (L. 2, pr. D. 44, 1) enseignent qu'une exception a pour effet soit d'exclure absolument la prétention du demandeur telle qu'elle est formulée dans l'*intentio*, soit de réduire le chiffre posé dans la *condemnatio* quand elle est *certa*, ou le chiffre auquel le juge arriverait en l'absence de l'exception. (LL. 2 pr. et 22 pr ; D. 44, I.) On objecte, il est vrai, qu'il y a un nombre fort limité de cas où l'exception, reconnue fondée, entraîne seulement une réduction de la

condamnation, par exemple celui où le défendeur ne peut être condamné que *in quod facere potest;* celui où il est poursuivi *de peculio* ou *de in rem verso;* celui ou la *deductio* est opposée au *bonorum emptor*. Voilà les seuls cas que Paul et Ulpien auraient eus en vue en disant que l'exception pouvait non plus *excludere id quod in condemnationem deductum est*, mais seulement *minuere damnationem*. Or, M. Demangeat répond que c'est là une assertion purement gratuite, et que, même en ce qui concerne l'exception *doli mali*, les termes généraux des textes autorisent à croire qu'elle peut simplement faire réduire la condamnation, comme aussi faire absoudre le fédendeur.

2° On comprend que l'*argentarius* encourût déchéance, quand il n'avait pas opéré de lui-même la compensation, dont il avait tous les éléments, et qui ne comportait aucune difficulté. Mais si Titius me devant une somme d'argent, je lui dois du blé d'une valeur inférieure, je ne pourrai faire moi-même la compensation, et on ne peut raisonnablement me demander de commencer par payer ce que je dois. Il est évident que, Titius étant de mauvaise foi et ne voulant pas me payer, les jurisconsultes romains me donnaient un moyen de faire évaluer judiciairement ma dette, et de faire condamner Titius pour le surplus.

3° Papinien dit que, l'exception de dol étant insérée dans la formule de revendication, l'action prend le caractère d'une action de *bonne foi* (L. 42, pr., D. 39, 6). Or, dans l'action de bonne foi, la circonstance que le défendeur a une petite créance sur le demandeur n'amène certainement pas son absolution.

4° Le texte des Institutes indique suffisamment que l'admission de l'exception *doli mali*, dans une action de droit strict, n'entraîne pas l'absolution du défendeur. En effet, après avoir exprimé que, dans l'action de bonne foi, si le demandeur est, de son côté, débiteur, le juge, faisant compensation, condamnera le défendeur seulement à l'excédant de sa dette sur sa créance, le texte ajoute : « *sed in strictis judiciis, ex rescripto D. Marci, opposita et doli mali exceptione, compensatio inducebatur ;* » et le sens naturel du texte est bien qu'il y a, depuis Marc-Aurèle, analogie entre l'action de bonne foi et l'action de droit strict munie d'une exception de dol. Or, dans l'opinion repoussée par M. Demangeat, il n'y aurait plus aucune analogie entre ce qui se passe dans l'action de bonne foi, et ce qui se passe dans l'action de droit strict, puisqu'il s'agit dans la première d'une compensation judiciaire, et dans la seconde d'une compensation conventionnelle, le texte des Institutes se tra-

duisant ainsi : « Titius voulant se faire donner contre vous une *condictio* pour 100 sous d'or que vous lui avez empruntés ou que vous lui avez promis, vous l'amènerez à réduire sa prétention et à tenir compte d'une dette dont lui-même est tenu envers vous; vous l'y amenez en le menaçant de faire insérer dans la formule l'exception du dol, ce qui aboutirait à une absolution pure et simple. » Je me demande, dans cette théorie, pourquoi Titius pouvait désirer une compensation conventionnelle si, par l'exception *doli mali*, il pouvait obtenir l'absolution totale!

Le juge n'est pas absolument obligé de tenir compte de toute créance invoquée par le défendeur. On comprend sans peine, en effet, que, la compensation étant justifiée par le désir de simplifier les rapports de créancier à débiteur, ce serait fort mal en comprendre l'application que de reculer indéfiniment la solution de l'affaire principale, afin de pouvoir déterminer l'élément compensateur. C'est pourquoi le défendeur ne peut demander à compenser qu'une dette liquide, c'est-à-dire une dette dont la vérification ne retarde pas sensiblement la solution de l'affaire principale. (L. 14, § 1; C. 4, 31.)

Nous avons vu dans les obligations corréales que le *correus promittendi* peut opposer en compensation un droit de créance, dont lui-même n'est pas investi (n° 2379.)

3557. Les principes sur la compensation ont un peu changé dans le Droit de Justinien.

§ 30. « Notre constitution, donnant une plus grande extension à la compensation, quand elle est fondée sur un droit évident, veut qu'elle diminue *de plein droit toute espèce d'actions* personnelles, réelles ou autres, à la seule exception de l'action de dépôt; nous avons en effet regardé comme odieux qu'un dépositaire pût opposer la compensation, et, sous ce prétexte, éviter la restitution des objets confiés à sa bonne foi. »

En deux mots les innovations de Justinien consistent : 1° en ce que *toute créance* suffisamment liquidée peut être admise en compensation; 2° en ce que cette compensation s'opère de *plein droit*.

En vertu du premier principe, il est évident que les dettes compensables n'ont pas besoin d'être de la même nature. Le juge a un pouvoir illimité pour balancer deux dettes, quelles que soient leur nature et leur origine. La compensation est donc un moyen d'équité qui permet au juge de terminer d'un seul coup deux procès, soit sur la demande des parties, soit de sa propre autorité. Il appréciera *ex bono et æquo*, prononcera sa sentence, et la libération se produira jusqu'à concurrence de la dette la plus faible. Comme le fait très justement remarquer M. de Fresquet, on peut dire qu'à ce

moment la *dation en payement* peut avoir lieu en justice, car, par le moyen de la compensation, on arrive à payer *rem pro re*.

Il faut, bien entendu, que les dettes à compenser soient échues et liquides, c'est-à-dire que leur existence et leur montant soient faciles à établir.

Toute dette civile, prétorienne ou naturelle, peut servir de base à une compensation. Rien de plus naturel, puisque la compensation est invoquée, comme défense, dans les actions de bonne foi, et par l'exception de dol dans les actions de droit strict. Toutefois, certaines dettes étaient, à ce point de vue, privilégiées, par suite de motifs tout spéciaux. Ainsi, avant Justinien, on ne pouvait opposer la compensation aux impôts en argent ou en nature, aux sommes prêtées à terme fixe par les trésors publics, et aux fidéicommis faits en faveur des cités de l'empire romain. Sous Justinien, il y a trois cas dans lesquels on refuse d'admettre la compensation : 1° celui où il y a eu dépôt; 2° celui où l'on s'est emparé sans droit du terrain d'autrui; 3° celui où le commodataire voudrait garder la chose prêtée.

3558. Notre texte décide que la compensation aura lieu *de plein droit*. Trois interprétations principales ont été présentées.

1° Au moment même où Titius et Mœvius se sont trouvés réciproquement créanciers et débiteurs l'un de l'autre, les deux obligations se sont trouvées immédiatement et complètement éteintes, sans aucune intervention des parties, jusqu'à concurrence de la plus faible. Il n'est plus resté dû que l'excédant de la plus forte sur la plus faible.

2° La compensation n'a d'effet qu'autant qu'elle est invoquée. Jusque-là, les deux dettes et les deux créances coexistent; mais dès que la compensation a été admise par le juge, tout se passe comme dans la première opinion, c'est-à-dire comme s'il y avait eu payement, jusqu'à concurrence de la dette la plus faible, au moment même où les deux obligations réciproques se sont trouvées en présence.

3° M. Demangeat émet une troisième opinion : — il constate tout d'abord en quoi les deux interprétations précédentes diffèrent dans leurs conséquences, et pour cela il pose deux questions : 1° Mœvius, poursuivi par Titius, est son créancier en même temps que son débiteur; or le juge, par un motif quelconque, ne tient pas compte de la créance de Mœvius, tout en ne se prononçant pas sur son existence. Mœvius pourra-t-il encore actionner Titius en payement? Non dans la première interprétation; oui dans la seconde. Or le *Corpus juris* contient plusieurs textes en ce dernier sens.

(L. 1, § 4. D. 27, 4; L. 7, § 1, D. 16, 2). — Du reste, la deuxième interprétation reconnaît que les intérêts ont cessé de courir par cela seul qu'il y a eu coexistence des deux obligations. (LL. 4 et 5, C. 4, 31). — 2° Depuis qu'il y a eu coexistence des deux obligations, l'une d'elles est échue, et une peine avait été stipulée au cas de non-payement à échéance. La peine est-elle encourue? Il faut dire non absolument avec la première interprétation; il ne faut dire non, dans la seconde interprétation, que si le juge admet la compensation.

« En somme, conclut M. Demangeat, aucune des deux interprétations ne peut être exacte : car les décisions qui viennent d'être rapportées, et dont les unes sont invoquées par les partisans de la première, les autres par les partisans de la seconde, avaient été données bien longtemps avant Justinien, les unes par l'empereur Alexandre, les autres par le jurisconsulte Ulpien.

« Quand Justinien a décidé que la compensation s'opérerait de plein droit, qu'a-t-il voulu dire? On peut soutenir que son idée a été tout simplement d'exprimer que désormais, dans aucun cas, le défendeur n'aurait besoin, pour invoquer une cause de compensation, d'employer la forme de l'*exceptio doli mali*. Mais, il faut en convenir, Justinien aurait pris alors une peine bien inutile; et, en définitive, voici, je crois, ce qu'il a voulu dire : « Le débiteur qui devient créancier de son créancier a, par cela même, droit à la compensation, quelle que soit la nature de ses rapports avec lui. Et son droit à la compensation n'est pas subordonné à l'appréciation du juge. Vainement le juge de l'action dirigée contre moi se refuse-t-il, pour une raison quelconque, à tenir compte de ma créance : au fond ma position n'est pas pour cela changée; et, pourvu que je parvienne, même à une époque bien postérieure, à justifier de ma créance, je serai traité exactement comme si le juge de l'action dirigée contre moi avait fait la compensation. » (V. M. de Vangerow, Lehrbuch, t. III, § 618). Lire plus loin, aux *exceptions*, l'exception de compensation.)

3559. Appendice I.

Gaïus indique deux cas spéciaux dans lesquels ma créance se trouvait diminuée, parce que mon débiteur avait lui-même une créance contre moi. Il s'agit de la *compensatio* à laquelle est soumis l'*argentarius*, et de la *deductio* qui peut être opposée au *bonorum emptor*.

On comprend très bien que l'*argentarius*, qui fait profession d'ouvrir des comptes à des particuliers, doit savoir parfaitement quel est le *solde* qu'il doit réclamer. Il ne doit donc faire entrer dans la formule que l'excédant du *débit* sur le *crédit* : en d'autres

termes, il doit établir lui-même la compensation, et ne poursuivre que l'excédant. (Gaïus, IV, § 64.)

La *bonorum venditio* ayant eu lieu à l'encontre d'un débiteur qui ne payait pas, le *bonorum emptor* succède à ce débiteur, et par suite peut exercer comme actions utiles les actions qui appartenaient à ce dernier. Or, si celui-ci se trouvait en même temps créancier et débiteur de Titius, le *bonorum emptor* poursuivra sans doute Titius, mais se verra opposer, *en déduction* de sa demande, la somme dont Titius était créancier envers le débiteur exécuté. (Gaïus, IV, § 65.)

On signale trois différences entre la *compensatio* imposée à l'*argentarius*, et la *deductio* opposée au *bonorum emptor*.

1° L'*argentarius* ne doit compenser sa créance avec sa dette, que si les deux obligations sont *ejusdem naturæ et generis*, c'est-à-dire ont toutes deux le même objet. — Au contraire, la *deductio* s'opère même entre dettes ayant des objets différents. (Gaïus, IV. § 66).

2° L'*argentarius* ne doit compenser qu'une dette exigible. — Au contraire, le *bonorum emptor* se voit opposer même ce qui est dû *à terme*. (Gaïus, IV, § 67.) Mais dans cette hypothèse la *deductio* est plus faible que la valeur nominale de la dette invoquée, le juge ayant à apprécier de combien une dette *à terme* est inférieure à une dette exigible. — Dans tous les cas, la dette fût-elle échue, le juge la fait entrer en déduction, non pour sa valeur nominale, mais en la réduisant selon le dividende que le *bonorum emptor* a promis aux créanciers.

3° Enfin la compensation se manifeste dans l'*intentio* de la formule; d'où la conséquence que, si l'*argentarius* se trompe dans le calcul de la compensation et demande un écu de trop, il succombera et perdra son droit. — Au contraire, la *deductio* ne s'opère que dans la condamnation, qui est toujours *incerta*, alors même que l'*intentio* de la formule serait *certa*. (Gaïus, IV, § 68.)

3560. Appendice II.

Il y a aussi des rétentions qui viennent en réduction des répétitions dotales; c'est ainsi que le mari peut déduire, de la dot réclamée, la valeur des impenses qu'il a faites pour la dot : la dot est en effet diminuée de plein droit de toute la valeur des dépenses nécessaires, comme on peut le voir avec plus de détails dans le Digeste.

Notre texte indique suffisamment cette situation spéciale.

La femme, qui exerce l'action *rei uxoriæ* contre son mari, ne fait pas toujours condamner celui-ci au montant intégral de la dot; en effet le mari peut opposer à la demande certaines rétentions qui arrivent en compensation de sa dette : *retentiones ex dote fiunt*, *aut propter liberos*, *aut propter mores*, *aut propter impensas*, *aut propter*

res donatas, aut propter res amotas. (Ulpien, frag. VI, §§ 9 et suiv.)

Résumons ces diverses hypothèses :

3561. « 1° Une rétention a lieu *propter liberos*, si le divorce est arrivé par la faute de la femme ou du père sous la puissance duquel elle était ; car alors le mari retient un sixième de la dot pour chaque enfant, sans pouvoir cependant excéder trois sixièmes ; et il ne peut obtenir ces sixièmes que par voie de rétention, et non par voie de demande. » (Ulp., VI, § 10.)

Cette rétention a pour double but : de punir la femme à laquelle le divorce est imputable, et d'indemniser le mari d'avoir seul à supporter les charges qui devaient être supportées en commun. D'où résulte que, si la femme n'est pas en faute, ou s'il ne reste pas au mari de charges à supporter, la rétention n'aura pas lieu.

3562. 2° « *Propter mores*, la rétention est du sixième, si l'atteinte aux mœurs est grave, et du huitième, si elle est légère. On entend par atteintes graves, les adultères, et par atteintes légères, toutes les autres fautes. (Ulp., VI, § 12.)

Le mari pouvait à son choix exercer sa rétention *propter liberos*, ou *propter mores*. Il adoptait cette dernière quand il n'avait pas d'enfant ; mais il avait avantage à exercer la première qui présentait une double supériorité : plus d'étendue dans la quotité, plus d'extension dans les causes. Toutefois, à un autre point de vue, la rétention *propter mores* avait l'avantage de pouvoir être exercée soit par voie de rétention (*retentio ob mores*), soit par voie d'action (*actio de moribus*), tandis que l'indemnité *propter liberos* ne pouvait être réclamée que par voie de rétention.

Tigerstroem observe que le *judicium de moribus* n'est pas une action préjudicielle tendant à constater, avant la restitution de dot, la faute de la femme et à fixer le droit du mari à la *retentio* ; mais que, l'*actio rei uxoriæ* étant *bonæ fidei*, le juge peut examiner les faits qui peuvent donner lieu à une compensation ou rétention : qu'en d'autres termes le *judicium de moribus* est plutôt un *judicium contrarium rei uxoriæ.*

3563. 3° « Il y a trois espèces d'*impenses* : on dit en effet qu'elles sont nécessaires, utiles ou voluptuaires.

« Les impenses nécessaires sont celles dont l'omission détériorerait la dot : par exemple la réparation d'une maison qui menace ruine.

« Les impenses utiles sont celles dont l'omission, il est vrai, ne détériorerait pas la dot, mais dont l'exécution a rendu cette dot plus productive : tel serait le cas où l'on aurait planté des vignes ou des oliviers.

« Les impenses voluptuaires sont celles dont l'omission n'aurait

pas détérioré la dot, et dont l'exécution ne l'a pas améliorée. » (Ulp., VI, §§ 14, 15, 16, 17.)

Les impenses nécessaires diminuent de plein droit la dot de leur montant intégral. D'où résulte que le mari les recouvre en totalité, soit par voie de rétention, au moment de la restitution de la dot, soit même par voie d'action, par la *condictio indebiti*, s'il avait restitué la dot sans retenir le montant de ces impenses.

Quant aux impenses utiles on distingue : si le mari les a faites du consentement de la femme, il les retiendra ; s'il les a faites sans son consentement, il ne pourra s'en faire tenir compte que si le remboursement n'est pas trop onéreux pour la femme. — Dans l'un et l'autre cas, la voie de rétention était seule ouverte.

Enfin les dépenses voluptuaires ne donnent lieu à aucun droit de la part du mari.

3564. 4° Les donations entre époux sont interdites en principe. L'époux donateur, qui veut reprendre ce qu'il a donné, peut donc revendiquer, si la chose existe ; ou, si la chose n'existe pas, agir par une *condictio sine causa* ou *ex injusta causa*, si toutefois le donataire s'est enrichi du fait de la donation.

Le mari en particulier pourra *retenir* sur la dot la valeur des choses qu'il a données.

3565. 5° Entre époux on n'a pas voulu que les soustractions, commises par l'un au préjudice de l'autre, donnassent lieu à l'action pénale *furti ;* on s'est contenté d'établir une action en restitution ou en indemnité, *rei persecutoriæ*, qui tient de la *condictio furtiva*, et qu'on appelle l'*actio rerum amotarum*.

Il est évident que le mari pourra se faire indemniser des soustractions commises par sa femme, en *retenant* la valeur des objets détournés, au moment de la restitution de la dot. S'il n'a pas usé de ce moyen de compensation, il intentera l'action *rerum amotarum*.

3566. Ainsi en résumé, parmi ces cinq causes d'indemnité au profit du mari, la première seule, *propter liberos*, ne donne lieu qu'à la rétention, les quatre autres donnent lieu à une rétention et à une action (sauf pour les impenses *utiles*).

La plupart de ces rétentions ont été supprimées par Justinien, comme fournissant au mari un prétexte pour retarder la restitution de la dot. (L. unica, § 5. C. 5, 13.)

Le mari doit commencer par restituer la dot intégralement, sauf à poursuivre ensuite la femme, s'il a quelque droit contre elle. Toutefois, en ce qui concerne les impenses nécessaires, Justinien conserve les anciens principes : « *ipso jure necessariis sumptibus diminuitur*... » (Inst., § 37. IV, VI.)

CHAPITRES XI ET XII

ACTIONS PERPÉTUELLES. — ACTIONS TEMPORAIRES. — ACTIONS TRANSMISSIBLES. — ACTIONS NON TRANSMISSIBLES.

(*Inst.*, IV, XII.)

Pr. Nous devons maintenant faire remarquer que les actions qui dérivent d'une loi, d'un sénatus-consulte ou des constitutions des princes pouvaient être exercées pendant un temps illimité, et que la durée des actions tant réelles que personnelles n'a été renfermée dans certaines limites que par les constitutions impériales.

Quant aux actions qui sont émanées de la juridiction du préteur, la plupart ne duraient qu'un an, parce que le pouvoir du préteur lui-même était borné à la durée d'une année. Cependant, quelques actions prétoriennes sont perpétuelles, c'est-à-dire qu'elles n'ont d'autres limites que celle fixée par les constitutions; telles sont les actions qui sont accordées aux possesseurs de biens et aux autres successeurs assimilés aux héritiers. L'action du vol manifeste, quoique dérivant de la juridiction prétorienne, est aussi perpétuelle; car il a semblé absurde qu'une telle action ne durât qu'un an.

§ 1. Au reste, les actions données contre une personne, soit par le droit civil, soit par le droit prétorien, ne sont pas accordées toujours, ni de la même manière contre les héritiers de cette personne. C'est en effet une règle de droit constante que les actions pénales, résultant des délits, ne sont pas données contre l'héritier de l'auteur du délit; c'est ce qui arrive pour l'action de vol, de rapine, d'injure et de dommage causé injustement.

Mais ces actions sont données aux héritiers de la personne lésée; à l'exception toutefois de l'action d'injure et des autres qui auraient le même caractère.

Quelquefois même, l'action résultant d'un contrat n'est pas donnée contre l'héritier de l'obligé : il en est ainsi quand l'action se fonde sur le dol du testateur et que l'héritier n'en a tiré aucun profit.

A l'inverse, les actions pénales, dont nous avons parlé plus haut, passent aux héritiers, et contre eux, toutes les fois qu'il y a eu *litis contestatio* (procès engagé) entre les parties principales.

§ Ier. — ACTIONS PERPÉTUELLES OU TEMPORAIRES

3567. Dans la seconde partie de notre livre III (nos 3335 et suiv.), nous nous sommes occupé de la durée des instances (*judicia*), c'est-à-dire des formules d'actions délivrées par le préteur. — Dans cette division, nous allons examiner la durée, non de la formule elle-même, mais du droit de la demander, à partir du moment où ce droit a pris naissance.

I. A l'époque des jurisconsultes du *Digeste*, on distinguait les actions perpétuelles et temporaires : les premières avaient une

durée illimitée; les secondes ne duraient qu'un an. Les actions perpétuelles étaient, en général, les actions civiles provenant d'une loi, d'un sénatus-consulte ou d'une constitution impériale; les actions temporaires, celles qui avaient été créées par le préteur; mais il y avait des exceptions dans les deux sens. Certaines actions civiles n'avaient qu'une durée limitée (Gaïus, III, § 121); et à l'inverse, un grand nombre d'actions prétoriennes étaient perpétuelles comme les actions civiles elles-mêmes : telles étaient, notamment, l'action *furti manifesti*, les actions héréditaires données au *bonorum possessor*, à l'*emptor bonorum*, et au fidéicommissaire; l'action publicienne, et en général les actions *rei persequendæ*.

Y avait-il à cet égard une règle générale et motivée? Nous ne connaissons aucun texte qui réponde nettement à cette double question : on ne peut, en effet, accepter comme suffisantes les raisons par lesquelles Justinien prétend expliquer pourquoi certaines actions étaient perpétuelles : « *Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius Prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur : absurdum enim existimavit anno eum terminari;* » tandis que les autres ne duraient qu'un an : « *plerumque intra annum vivere nam et ipsius Prætoris intra annum erat imperium.* » Mais ne trouverait-on pas à la fois et la règle et les motifs de la règle dans les passages suivants? « *In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quæ rei persecutionem habeant, hæ etiam post annum darentur, cæteræ intra annum. Honorariæ autem, quæ post annum non dantur, nec in hæredum dandæ sunt : ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali, et interdicto unde vi, et similibus. Illæ autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest : ut quum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri. Item publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur. Sed cum rescisa usucapione redditur anno finitur* : QUIA CONTRA JUS CIVILE DATUR. » (L. 35, pr. D. 44, 7.) D'un autre côté, Gaïus, en nous parlant de l'action *furti manifesti*, s'exprime ainsi : « *Aliquando tamen prætoriæ actiones* IMITANTUR JUS LEGITIMUM : *quales sunt eæ quas bonorum possessoribus, cæterisque qui hæredis loco sunt, accommodat; furti quoque manifesti actio, quamvis ea ipsius prætoris jurisdictione proficiscatur, perpetuo datur et merito, cum pro capitati pœna pecuniaria constituta sit.* » (Gaïus, IV, § 111.) En comparant avec attention ces deux fragments, on voit qu'il faut distinguer deux classes d'actions prétoriennes : les unes imitent ou remplacent les actions du droit civil, les autres sont données contrairement aux principes de ce droit; les premières sont perpétuelles, les autres sont annales. (Gaïus, IV, § 36.)

3568. La revendication est une action civile, et par conséquent

perpétuelle : au premier abord, cette perpétuité de l'action paraît peu conciliable avec les délais si courts de l'usucapion romaine. En effet, comme celui qui, de bonne foi, a possédé un meuble pendant un an, ou un immeuble pendant deux ans, en a acquis la propriété par usucapion, et ne peut plus désormais être inquiété par le précédent propriétaire, la durée de l'action en revendication semble n'être en réalité que d'un an ou de deux ans. Cette incompatibilité n'est qu'apparente, par suite de l'usucapion ; l'ancien propriétaire perd, il est vrai, son droit de propriété, et par conséquent son action en revendication ; mais précisément parce que la perte de l'action est une conséquence nécessaire de la perte de la propriété, on ne peut pas dire que cette perte résulte directement et immédiatement du non-exercice de l'action pendant tel ou tel délai : la revendication est donc une action perpétuelle ; seulement il est dans sa nature d'accompagner le droit de propriété de quelque manière que ce droit vienne à passer en d'autres mains. Ce n'est point une pure chicane de mots ; pour s'en convaincre, il suffit de remarquer que si, par une cause quelconque, le possesseur n'avait pu usucaper, le propriétaire pourrait toujours exercer la revendication, quel que fût d'ailleurs le laps de temps pendant lequel il aurait négligé d'user de cette action.

3569. II. Les empereurs de Constantinople apportèrent en cette matière des changements importants : ils décidèrent que toute action, tant réelle que personnelle, serait éteinte *trente ans* après l'événement qui lui avait donné naissance (L. 3, C. 4, 2). Il est cependant une action réelle (l'action hypothécaire) dont la durée est prolongée jusqu'à quarante ans, dans le cas où la chose soumise à l'hypothèque ne serait pas sortie des mains du débiteur. (LL. 4 et C. 7, 2.) Au temps de Justinien, les actions dites *perpétuelles* n'étaient donc en réalité que des actions trentenaires, que l'on continuait à opposer, sous ce titre ancien, désormais inexact, aux actions dont la durée était de moins de trente ans, et qui avaient, avec plus de raison, conservé le nom d'actions *temporaires*.

3570. On s'est demandé si le débiteur libéré *tempore*, parce que l'action qui existait contre lui était prescrite, restait soumis à une obligation naturelle. Il n'y a point de raison de principe qui puisse empêcher de proposer l'affirmative ; mais les textes sont muets.

§ II. — ACTIONS TRANSMISSIBLES OU NON

3571. Comme la précédente, cette division se tire de la durée des actions. L'héritier continue la personne du défunt : aussi, en

général, les actions actives et passives du défunt passent à ses héritiers; mais cela n'a pas toujours lieu. Les actions pénales et mixtes ne sont pas données contre les héritiers du délinquant, ou du moins ne le sont que jusqu'à concurrence de la somme dont ces héritiers auraient profité (L. 35, pr. D. 44, 7); et, réciproquement, l'action d'injure n'appartient pas aux héritiers de la personne injuriée [1] (Gaïus IV, § 112), à moins que, du vivant de celui-ci, il n'y ait eu *litis contestatio* : en effet, comme nous l'avons vu, la *litis contestatio* produit l'effet remarquable de rendre perpétuelles les actions temporaires. (V. § 1, *in fine* de n. t.) — De l'action d'injures on peut rapprocher la *querela inofficiosi testamenti* (n° 1354 *in fine*).

3572. Dans le § 113 (L. IV), Gaïus nous indique que l'action née d'un contrat n'est pas toujours donnée à l'héritier ni contre l'héritier. Ainsi l'héritier de l'*adstipulator* n'a pas d'action, et l'héritier du *sponsor* ou du *fidepromissor* n'est point tenu. Ces exemples ne peuvent plus se rencontrer dans le droit de Justinien; c'est pourquoi les *Institutes* commettent une erreur (§ 1 de n. t.) en disant : *aliquandoe tiam ex contractu actio contra hæredem non competit, quum testator dolose versatus sit et ad hæredem ejus nihil ex dolo pervenit.* En effet, il est de principe que l'obligation, qui tient au dol d'une personne liée par contrat, n'est pas considérée comme pénale, mais comme une obligation contractuelle qui, par conséquent, réagit contre l'héritier. (L. 121, § 3. D. 45, 1.) Toutefois, remarquons que l'action de dépôt nécessaire, qui peut être donnée ou doubler contre le dépositaire, ne sera donnée qu'au simple contre son héritier. (*Inst.* § 17, IV, VI.)

CHAPITRE XIII

ACTIONS NOXALES, ACTIONS QUOD JUSSU, INSTITORIA, EXERCITORIA, TRIBUTORIA, DE PECULIO, DE IN REM VERSO.

(*Inst.* IV, VII.)

3573. Nous connaissons depuis longtemps la constitution de la famille romaine. Le père de famille profite de tout ce qu'acquièrent

1. On cite cependant un texte de Paul qui paraît contredire cette opinion : « *constitutionibus quidam ostenditur hæredes pœna non teneri, placuit, si vivus conventus fuerit, etiam pœnæ persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo.* » (L. 33, D. 44, 7.) Il s'agit probablement dans ce texte d'une peine fiscale poursuivie *extra ordinem*, le délinquant étant mort, après avoir été actionné, — *post conventionem*, — mais sans qu'il y eût eu réellement *litis contestatio*.

les enfants ou les esclaves soumis à sa puissance ; mais il n'est nullement tenu des dettes qu'ils viendraient contracter ; car les individus soumis à la puissance du chef de la famille doivent être pour lui une source d'avantages, et jamais une cause d'appauvrissement.

3574. Toutefois, relativement aux obligations *naissant des délits* commis par les personnes *alieni juris*, des considérations de police avaient fait admettre, dès les temps les plus anciens, que la partie lésée pourrait agir contre le père de famille, en réservant à celui-ci la faculté de se dispenser de payer le dégât, par l'abandon au demandeur de l'auteur du délit (*noxam dedere*). Cette faculté d'abandon n'était que l'application d'une idée générale que les anciens Romains paraissent avoir considérée comme essentielle à la propriété ; à savoir, que le propriétaire ne doit pas éprouver, par les choses qui lui appartiennent, un dommage supérieur à la perte des choses elles-mêmes. Aussi l'abandon noxal n'est-il point particulier aux esclaves et aux fils de famille ; il s'applique également aux animaux et aux choses inanimées, mobilières et immobilières.

3575. Quant aux obligations *résultant des contrats* des individus *alieni juris*, les fondateurs du droit civil n'avaient sans doute vu aucune raison suffisante pour que le chef de famille pût être inquiété à ce sujet. L'engagement de l'esclave restait donc sans effet, puisque le créancier ne pouvait agir ni contre le maître, qui ne peut être obligé que par son propre fait, ni contre l'esclave lui-même, qui n'a point de personne civile sur laquelle puisse reposer un engagement. L'obligation contractée par le fils de famille était au contraire très valable, mais les voies d'exécution manquaient au moins tant que vivait le père de famille : sur quoi, en effet, le créancier aurait-il exécuté ? Sur la personne ?... Mais le fils de famille appartient au père de famille, et ne peut disposer de lui-même. Sur les biens ?... Mais, dans l'ancien droit civil, les fils de famille ne pouvaient rien avoir en propre ; d'ailleurs, dans l'ancien droit, l'exécution sur les biens n'était autorisée que dans quelques cas tout particuliers. Ainsi donc, soit de droit, soit de fait, les esclaves et les fils de famille, c'est-à-dire l'immense majorité de la population, se trouvaient en dehors des transactions commerciales. Le préteur introduisit, à cet égard, une innovation importante, en accordant, sous certaines modifications, à ceux qui ont traité avec les fils de famille et les esclaves, le pouvoir d'agir contre le père de famille, tantôt pour le tout (*quod jussu... exercitoria... institoria*), tantôt pour partie seulement, ou, pour mieux dire, jusqu'à concurrence de certaines valeurs que la condamnation ne

peut, en aucun cas, excéder (*tributoria... de in rem verso... de peculio...*).

3576. Les actions que le préteur accorde ainsi ne forment point des espèces particulières : ce sont tout simplement les actions ordinaires résultant des contrats intervenus entre le demandeur et les personnes soumises à la puissance du défendeur. Les expressions *quod jussu*, *exercitoria*, *institoria*, *tributoria*, *de in rem verso* et *de peculio* ne sont donc pas des *noms* d'actions, mais de simples locutions *adjectives*[1] que l'on ajoute au nom des actions, et qui entraient dans la rédaction des formules pour indiquer, soit la circonstance qui motive l'exercice de l'action contre le père de famille, soit la limite que le juge ne devra pas franchir en condamnant. Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'une vente faite à un *alieni juris*, le vendeur aura contre le père l'action *venditi quod jussu*, ou *venditi exercitoria*, ou *venditi de peculio*, etc.

La même remarque s'applique aux actions *noxales* : le mot *noxales* n'est qu'un adjectif ajouté au nom de l'action pour exprimer que l'action *furti*, ou *legis Aquiliæ*, ou toute autre résultant de délit, n'étant point donnée contre l'auteur même du fait illicite, doit laisser au défendeur la faculté de l'abandon noxal.

ARTICLE PREMIER. — DES OBLIGATIONS CONTRACTÉES AVEC CELUI QUI EST SOUMIS A LA PUISSANCE D'AUTRUI.

Nous avons, plusieurs fois déjà, fait mention de l'action par laquelle on agit contre le pécule du fils de famille et celui de l'esclave : nous devons maintenant traiter, avec plus de soin, tant de cette action que des autres actions qui sont données contre les pères et contre les maîtres, du chef de leurs fils de famille et de leurs esclaves. Et, comme les actes faits avec les fils de famille sont soumis à peu près aux mêmes règles que ceux faits avec les esclaves, pour éviter les longueurs de langage, nous ne parlerons que des maîtres et des esclaves : ce que nous en dirons doit s'appliquer également aux pères de famille et aux enfants soumis à leur puissance; nous aurons soin, au surplus, de noter séparément ce qu'il pourrait y avoir de particulier dans les règles relatives à ces derniers.

---

1. Aussi beaucoup de commentateurs appellent-ils ces actions *actiones adjectitiæ* ou *adjectitiæ qualitatis*. — On ne sait pas d'une manière précise quelle était la forme des actions ainsi modifiées. Mais la nature des choses indique suffisamment que les clauses *quod jussu*, *exercitoria* et *institoria*, devant se trouver placées dans la *demonstratio* ou dans l'*intentio* de la formule; par exemple : *quod jussu N.Negidii, A. Agerius vendidit, qua de re agitur; quidquid paret*, etc. Quant aux clauses *de in rem verso*, *de peculio* et *tributoria*, elles étaient évidemment insérées dans la condamnation : *si paret... N. Negidium A. Agerio de in rem verso condemna* : de même que dans l'action noxale on dit : *Si paret... decem aureos condemna aut noxam dedere*.

3577. Il était naturel qu'en autorisant la poursuite contre le père de famille le préteur distinguât le cas où l'obligation avait été contractée par l'ordre du père de famille ou à sa connaissance, de celui où elle avait été contractée à son insu.

§ 1er. — LE CONTRAT EST INTERVENU SUR L'ORDRE DU PÈRE DE FAMILLE

3578. Quand l'obligation avait été contractée par l'ordre du père de famille, celui-ci était tenu pour toute la dette (*in solidum*), soit que cet ordre fût spécial, soit qu'il fût implicitement compris dans une mission plus générale confiée à l'*alieni juris*.

I. — **Actio quod jussu.**

§ 1. Lorsqu'on a traité avec un esclave, agissant par l'ordre de son maître, le préteur accorde contre le maître une action pour la totalité (*in solidum*); car celui qui contracte ainsi suit la foi du maître (action *quod jussu*).

3579. L'action se donnait *quod jussu* quand l'affaire avait été faite en exécution d'un ordre spécial du maître, soit qu'il eût autorisé d'avance l'engagement, soit qu'il l'eût ensuite approuvé (L. I, § 6, D. 15, 4). Cette approbation postérieure a un véritable effet rétroactif équivalant au *jussus* préalable.

Dans ces conditions, non seulement j'ai suivi la foi du *dominus*, qui doit être condamné au montant intégral de sa dette, mais, comme le dit Ulpien (L. I, pr. D. 15, 4), j'ai, pour ainsi dire, traité avec le maître lui-même. Toutefois il y a toujours cette différence entre le cas où j'ai traité avec le maître et celui où j'ai traité avec l'esclave *jussu domini*, c'est que j'agis, dans le premier cas, en vertu du *jus civile* et, dans le second, en vertu du *jus prætorium* (L. 1, pr. D. 15, 4).

II. — **Actio exercitoria, actio institoria.**

§ 2. Par la même raison, le préteur promet encore deux actions pour le tout (*in solidum*), dont l'une est appelée *exercitoire* et l'autre *institoire*.

§ 3. L'action *exercitoire* est donnée contre le maître, qui a établi son esclave patron (*magister*) d'un navire, à raison des obligations que cet esclave a contractées à l'occasion de la mission qui lui était confiée : cette action est appelée exercitoire, parce qu'on appelle *exercitor* (armateur) celui qui profite des bénéfices journaliers du navire.

L'action *institoire* est donnée contre le maître qui a préposé son esclave à la conduite d'une boutique ou d'un commerce quelconque, à raison des dettes que cet esclave a contractées, à l'occasion de l'administration dont son maître l'avait chargé : cette action est appelée institoire parce qu'on appelle *institores* (commis-gérants), ceux qui sont préposés à un commerce.

Les mêmes raisons d'équité ont déterminé le préteur à accorder ces deux actions, lors même que l'individu préposé à la conduite du navire, ou à l'administration du commerce, serait un homme libre ou l'esclave d'autrui. (V. Gaïus, IV, § 71.)

3580. L'action exercitoire se donnait contre l'armateur (*exercitor navis*), à raison des engagements que l'esclave ou le fils de famille préposé à la conduite du navire (*magister navis*) avait contractés pour remplir sa mission.

L'action institoire est de même nature que l'action exercitoire ; elle se donnait contre celui qui avait préposé son esclave ou son fils de famille à un négoce quelconque, pour tous les engagements relatifs à ce négoce.

Les actions exercitoire et institoire furent aussi étendues, par faveur pour la navigation et le commerce, au cas où le préposé serait une personne indépendante du préposant, homme libre ou esclave d'autrui. — Si le préposé, *magister navis* ou *institor*, se trouve être une personne *sui juris* ou un fils de famille, le tiers qui a traité avec lui peut poursuivre, par nos deux actions, soit le préposant, soit le préposé lui-même.

3581. Il y a deux différences importantes entre l'action institoire et l'action exercitoire : 1° lorsque l'*exercitor* est lui-même en puissance, pourvu que *voluntate patris vel domini navem exercuerit*, le tiers qui a traité avec le *magister navis* peut intenter l'action *exercitoire*, même contre le maître ou le père de l'*exercitor* ; — au contraire, l'action institoire ne peut être intentée que contre le préposant en personne ; si donc ce préposant était esclave, l'action ne pourrait être intentée (L. I, §§ 19 et 20, D. 14, 1).

2° Le *magister navis* a le droit de se substituer au tiers dans la conduite du vaisseau, et celui qui traite avec ce substitué aura néanmoins action contre l'*exercitor* lui-même ; — au contraire, cette substitution effective n'est pas possible de la part de l'*institor* (L. I, § 5, D. 14, 1). — Cette faveur s'explique à l'égard de l'action exercitoire, par les nécessités toutes spéciales de la navigation.

3582. S'il y a plusieurs préposants, ils sont, dans les deux actions, tenus *in solidum* envers le tiers qui a traité avec le préposé (LL. 1, § 25 et 2, D. 14, 1 ; L. 13, § 2, D. 14, 3).

3583. Nous avons déjà vu que le préteur avait étendu ces deux actions au cas où le préposé était un homme *sui juris*, l'esclave ou le fils de famille d'un autre que le préposant. — Ce n'est pas tout : il étend l'action institoire, non plus seulement à un ensemble d'opérations commerciales, mais aussi à un acte isolé, commercial, ou *non commercial*. — Enfin, on généralise ces exceptions, en permettant

à ceux qui ont traité avec le *mandataire* d'agir directement contre le *mandant*, par une action *institoire utile*, et réciproquement au mandant d'agir directement, *utilitatis causa*, par l'action du contrat fait sur son ordre et en son nom. On arrive ainsi, contrairement au droit civil, à admettre la représentation d'une personne par une autre.

§ II. — LE CONTRAT EST INTERVENU SANS L'ORDRE DU PÈRE DE FAMILLE

3584. Si le père de famille n'a ni ordonné ni ratifié l'engagement, il n'en est point tenu pour le tout, mais seulement jusqu'à concurrence d'une certaine valeur ; de là trois nouvelles actions, soit en tout six actions pour cette matière spéciale.

I. — **Actio tributoria.**

§ 3. Le préteur a encore introduit une autre action à laquelle on donne le nom de tributoire. Quand, avec son pécule et au su de son maître, l'esclave fait un commerce, et qu'à l'occasion de ce commerce il a contracté des dettes, le droit prétorien veut que le fonds de commerce et les bénéfices qu'il a produits soient distribués entre le maître, s'il lui est dû quelque chose, et les autres créanciers, proportionnellement à leurs créances. Et, comme c'est le maître lui-même qui est chargé de cette distribution, celui des créanciers, qui aurait à se plaindre de ce qu'on ne lui aurait pas attribué tout ce qui lui revenait, peut agir, pour le surplus, contre le maître, par l'action tributoire.

3585. Quand un esclave faisait, avec tout ou partie de son pécule, et pour son propre compte, un commerce dont son maître avait connaissance, le pécule (ou la portion du pécule) consacré au commerce, était affecté au payement de ce que l'esclave devait : à des étrangers à raison de son commerce, ou à son maître pour une cause quelconque. La répartition de cet actif entre le maître et les divers créanciers était confiée au maître lui-même, et s'opérait, en cas d'insuffisance, au prorata des créances, le maître ne jouissant d'aucun privilège sur les autres créanciers. Le créancier qui se prétendait lésé par cette distribution pouvait agir contre le maître, pour obtenir ce qui lui manquait, par une action dite *tributoire :* il faut toutefois observer que le maître ne répondait que de son dol.

3586. Il faut remarquer que, suivant la doctrine qui a prévalu, on ne recherche pas à quel titre et pour quelle cause le maître est devenu créancier (L. 5, § 7, D. 14, 4).

Si un seul créancier se présente à la distribution, et s'il y a un actif suffisant pour le payer intégralement, il n'est payé que s'il donne caution *pro rata se refusurum si forte alii emerserint creditores*

(L. 5, § 19, D. 14, 4). En effet, d'autres créanciers survenant, le créancier intégralement payé doit faire une sorte de rapport, pour subir la loi de la répartition au prorata des créances.

II. — **Actio de peculio et de in rem verso.**

§ 4. Le préteur a encore introduit une action par laquelle on peut faire condamner le maître jusqu'à concurrence, et de la valeur du pécule (*de peculio*), et de ce qui a tourné au profit du maître (*de in rem verso*) : ainsi, lors même que l'esclave aurait contracté sans la volonté de son maître, celui-ci est tenu de payer la dette jusqu'à concurrence de ce dont il a profité; s'il n'a profité de rien, il n'est tenu de payer que jusqu'à concurrence du pécule.

On regarde comme ayant tourné à votre profit les dépenses nécessaires que votre esclave a faites pour vos affaires : par exemple, s'il a employé l'argent emprunté, soit à payer les créanciers de son maître, soit à étayer ses bâtiments qui menaçaient ruine, soit à acheter du blé pour la maison, soit à faire l'acquisition d'un fonds ou de tout autre objet nécessaire. Il suit de là que, si votre esclave, ayant emprunté dix écus d'or à Titius, en a employé cinq à payer votre créancier, et a dépensé les cinq autres de toute autre manière, vous serez condamné pour la totalité des cinq qui ont tourné à votre profit, et seulement jusqu'à concurrence du pécule, à l'égard des cinq dépensés autrement; il en résulte encore que, si les dix écus d'or ont tourné en entier à votre profit, Titius devra obtenir de vous toute la somme. En effet, quoiqu'on agisse *de peculio* et *de in rem verso* par une seule et même action, cette action renferme deux condamnations différentes. En conséquence, le juge, devant qui cette action est portée, doit d'abord rechercher ce qui a tourné au profit du maître, et ne doit s'occuper de l'évaluation du pécule, qu'autant que le maître n'aurait profité de rien, ou du moins n'aurait pas profité de la totalité.

Quand il s'agit d'évaluer le pécule, il faut d'abord déduire tout ce que l'esclave doit à son maître ou aux personnes soumises à sa puissance; c'est seulement ce qui reste, après cette déduction, qui est considéré comme pécule. Il y a cependant un cas où l'on ne déduit pas ce que l'esclave doit à une personne soumise à la puissance de son maître; cela arrive quand cette personne fait elle-même partie du pécule : ainsi l'on ne doit pas déduire du pécule ce que l'esclave doit à son vicaire.

3587. Dans tous les autres cas où l'esclave avait traité à l'insu de son maître, ou à plus forte raison malgré lui, les créanciers n'avaient action contre le maître que jusqu'à concurrence du pécule de l'esclave et de ce qui avait tourné au profit du maître. Les deux clauses *de in rem verso* et *de peculio* n'indiquent pas deux poursuites distinctes contre le maître; elles se réfèrent, au contraire, à une seule et même action, dont la condamnation est double, en ce sens que, pour déterminer le *maximum* de la somme à laquelle le chef de famille pourra être condamné, elle a égard à deux valeurs différentes. Ainsi, d'après Gaïus, le juge, après avoir reconnu l'existence de l'obligation, devra d'abord déterminer le profit que le père de famille a retiré de l'affaire faite par son esclave ou son fils de famille; et si ce profit ne représente pas une somme égale à celle

de l'obligation, il devra pour le surplus examiner l'importance du pécule ; de sorte que le chiffre de la condamnation définitive à prononcer contre le père de famille peut atteindre, mais non dépasser, la valeur de ce qui a tourné à son profit (*de in rem verso*), augmentée de celle du pécule (*de peculio*). — Ulpien et Paul considéraient la chose d'une manière plus simple : suivant ces jurisconsultes, ce qui a tourné au profit du maître constitue une dette du maître envers l'esclave, dette qui grossit d'autant le pécule : en sorte qu'en agissant simplement *de peculio*, on se trouverait agir aussi virtuellement *de in rem verso*. — Ces deux manières différentes de considérer les choses pouvaient influer sur la rédaction de la formule ; mais elles conduisaient évidemment au même résultat pratique. Notre texte, qu'il faut lire, indique parfaitement comment on doit apprécier l'*in rem versum* et le montant du pécule. — En d'autres termes on peut dire exactement qu'il y a eu *in rem domini versum*, dans tous les cas où l'esclave, s'il était *sui juris*, aurait les actions *mandati* ou *negotiorum gestorum contrariæ*. C'est ce qu'énonce formellement Ulpien (L. 3, § 2, D. 15, 3). — Au surplus, même dans les idées d'Ulpien et de Paul, le créancier devait et pouvait agir spécialement *de in rem verso*, dans tous les cas où il ne pouvait exister de pécule, par exemple, si l'esclave était mort, s'il avait été affranchi, ou s'il était passé sous une autre puissance, car, dans ces hypothèses, au bout d'un an, le maître ne peut plus être actionné *de peculio* (L. I, pr. D. 15, 2). — Pareillement, quand plusieurs créanciers agissaient *de peculio*, celui d'entre eux dont les valeurs avaient tourné au profit du père de famille avait intérêt à agir expressément *de in rem verso*, afin d'éviter, sur ces valeurs, le concours des autres créanciers (L. I, § 2, D. 15, 3). Enfin il faut ajouter le cas où le maître a retiré le pécule sans qu'il y ait dol de sa part (L. I, § 1, D. 15, 3).

3588. Lorsque plusieurs personnes poursuivent le maître *de peculio*, le premier qui obtient condamnation est préféré aux autres (L. 10, D. 15, 1). Du reste, le maître n'étant pas en faute pour n'avoir pas agi, est traité comme si le premier il avait obtenu condamnation, non seulement pour ses créances propres, mais aussi pour les créances des personnes que le maître représente, par exemple comme tuteur ou curateur (L. 9, §§ 2 et 4, D. 15, 1).

3589. Nous avons vu dans notre texte qu'il y avait lieu de déduire du pécule la dette de l'esclave, non seulement envers le maître, mais même envers une personne soumise à la puissance du maître. On excepte, néanmoins, le cas où ce créancier *alieni juris* est lui-même compris dans le pécule. Tel est le cas du *servus vica-*

rius. En effet, le pécule est ainsi créancier et débiteur, il y a confusion, et les tiers n'ont point à s'occuper de ces deux obligations, l'une passive, l'autre active, qui s'annulent. Il en serait autrement, si au lieu de s'agir de l'*ordinarius*, c'est à dire de l'esclave même du pécule duquel on s'occupe, il s'agissait des créanciers du *vicarius* lui-même : vis-à-vis de ces derniers, le pécule du *vicarius* est grossi de sa créance envers l'*ordinarius*. (L. 17, C. 15, 1.)

3590. Nous avons réservé la question du *pécule*, en traitant des deux causes qui empêchent le demandeur d'obtenir tout ce qui lui est dû. En effet, le texte des Institutes disait :

§ 36. Il y a certaines actions qui nous font obtenir tantôt tout ce que nous demandons, tantôt moins. Par exemple quand nous agissons *de peculio*, c'est-à-dire quand nous demandons à être payés sur le pécule d'un fils de famille ou d'un esclave. Car si la valeur du pécule n'est pas inférieure à ce que nous réclamons, le père ou le maître est condamné à tout ce qui est demandé; dans le cas contraire, le père ou le maître n'est condamné qu'à une somme égale à la valeur du pécule. Nous exposerons en son lieu comment on doit évaluer le pécule. (IV, VI.)

En d'autres termes, la limitation de la condamnation au montant du pécule a le caractère, non seulement d'une exception de la loi (L. IV, XIII, § 10), mais plutôt d'un bénéfice de compétence (N^os^ 3546 et suiv.). C'est pourquoi, lorsque le maître, poursuivi *de peculio*, a payé plus qu'il n'y a dans le pécule, fût-ce par erreur, il ne peut pas répéter (L. 11, D, 12, 6). Dans le même ordre d'idées, si le pécule était insuffisant pour désintéresser le créancier, celui-ci n'a obtenu qu'un payement partiel ; mais il pourra poursuivre de nouveau le maître, à mesure qu'il entrera quelque chose dans le pécule, jusqu'à ce que la dette entière soit acquittée. (L. 3, § 4, D. 15, 1.) C'est la situation inverse de celle qui donne naissance à la caution *pro rata se refusurum* (voir ci-dessus).

Nous avons prononcé le nom de bénéfice de compétence ; mais remarquons bien vite que, tandis que celui qui invoque ce bénéfice doit fournir une caution pour garantir ce qui pourra survenir, le maître n'est pas tenu de fournir caution *de futuro incremento peculii*. (L. 47, § 2, D. 15, 1.)

§ III. — COMPARAISON ENTRE CES DIVERSES ACTIONS

§ 8. Au reste, il est hors de doute que celui qui a, soit l'action *quod jussu*, soit l'action exercitoire, soit l'action institoire, ne puisse aussi exercer l'action *de peculio* et *de in rem verso*. Mais il faudrait que le créancier fût bien fou pour laisser de côté une action, au moyen de laquelle il peut très facilement obtenir tout ce qui lui est dû en vertu du contrat, pour donner la préférence à une action qui lui impose la tâche difficile de prouver que le maître a profité, ou que l'esclave a un pécule suffisant pour solder toute la dette.

Pareillement, celui qui a l'action tribute peut aussi agir *de peculio* et *de in rem verso;* mais ici, le créancier a intérêt à agir, tantôt par l'une, tantôt par l'autre action ; car chacune d'elles a ses avantages et ses inconvénients particuliers. D'un autre côté, l'action tributoire a sur l'action *de peculio* cet avantage que dans la première la créance du maître n'est point privilégiée, c'est-à-dire qu'on ne déduit pas du pécule ce qui lui est dû, qu'en un mot, il est assimilé aux autres créanciers, tandis que dans la seconde on commence par déduire tout ce qui est dû au maitre, et les autres créanciers n'obtiennent condamnation que jusqu'à concurrence de ce qui reste. D'un autre côté, l'action *de peculio* a sur l'action tributoire cet avantage qu'elle atteint la totalité du pécule, tandis que l'action tributoire n'atteint que la portion du pécule consacrée au commerce : or, cette partie peut ne former que le tiers, le quart, ou même une fraction plus minime encore du pécule, le surplus de ce pécule consistant en biens fonds ou en argent placé à intérêt. Ainsi donc, c'est en pesant ces diverses circonstances, que les créanciers verront lequel leur est le plus avantageux, d'agir par l'action tributoire ou par l'action *de peculio*. Toutefois, celui qui peut prouver que le maître a profité, a, sans le moindre doute, intérêt à agir *de in rem verso*.

3591. En comparant les diverses actions prétoriennes qui viennent d'être étudiées, nous arrivons aux constatations suivantes :

1° Celui qui peut agir par action *tributoire* peut, à plus forte raison, agir *de peculio*. Chacune de ces actions a ses avantages et ses inconvénients propres : l'action tributoire n'atteint que la portion du pécule consacrée au commerce, mais le maître n'y jouit d'aucun privilège sur les créanciers étrangers ; au contraire, l'action *de peculio* atteint tout le pécule, mais, en revanche, le maître actionné *de peculio* a le droit de prélever tout ce qui lui est dû. Les circonstances particulières à chaque espèce pouvaient donc déterminer laquelle de ces deux actions était la plus avantageuse au créancier.

2° L'action *exercitoire* ou *institoire* ne peut jamais concourir avec l'action *tributoire*. En effet, les deux premières ne sont pas données dans les mêmes conditions que la troisième, puisqu'elles supposent un esclave, *magister navis* ou *institor*, préposé par le *dominus*, mais faisant le commerce pour le compte et sur l'ordre du maître ; tandis que l'action *tributoire* suppose un esclave faisant le commerce au su de son maître, mais pour le compte de son pécule. (L. 11, § 7, D. 14, 3.)

3° Celui qui a droit aux actions *quod jussu*, *exercitoria*, *institoria*, peut aussi intenter l'action *de peculio* ou *de in rem verso;* mais, il n'y a pas d'intérêt puisque, dans l'action *de peculio*, il est primé par le maître ou le père, et que, dans l'action *de in rem verso*, il ne peut agir contre le maître ou le père que jusqu'à concurrence de l'enrichissement qu'ils ont obtenu ;

4° Celui qui a l'action *quod jussu* pourrait intenter l'action tri-

butoire, mais il ne le fera pas, puisqu'il serait appelé à concourir avec le maître ou le père, sur le pécule ou une fraction du pécule;

5° Enfin, à la différence de celui qui intente l'action *de peculio* ou tributoire, et qui n'obtient souvent qu'une portion de son dû, celui qui intente l'action *de in rem verso* obtient la totalité de son dû, s'il peut prouver que toute l'opération a tourné au profit du maître ou du père.

§ IV. — DE LA CONDICTIO

§ 8. Il nous reste à faire remarquer que, dans les cas où on peut agir contre le père ou contre le maître, soit par l'action *quod jussu* (parce que le contrat a eu lieu par son ordre), soit par l'action *de in rem verso* (parce qu'il a profité), on pourrait aussi agir directement contre lui par condiction, comme si lui-même avait personnellement contracté. On peut pareillement intenter directement la condiction contre celui contre qui on aurait soit l'action exercitoire, soit l'action institoire, car, dans ces deux cas, le contrat est réputé fait par son ordre.

3592. La faculté d'agir contre le père de famille, à raison des engagements contractés par les personnes soumises à sa puissance, a été présentée jusqu'ici comme résultant exclusivement du droit prétorien. On trouve cependant, dans plusieurs textes, la preuve qu'on pouvait agir aussi, directement contre le père de famille, par une action civile, ce qui semble rendre sans objet les innovations prétoriennes dont on vient de s'occuper. Pour expliquer cette apparente contradiction, il suffit de faire remarquer que les textes précités ne parlent pas d'une action quelconque, mais seulement de la *condictio*, et qu'ils ne l'accordent que pour deux cas correspondant aux actions *de in rem verso* et *quod jussu* : or, grâce à l'extension qu'avait reçue la condiction au temps de la jurisprudence classique, ces deux cas rentraient précisément dans l'application de la *condictio*. En effet, on a vu précédemment que la condiction se donnait généralement toutes les fois qu'une personne avait reçu quelque chose qu'elle n'avait aucun prétexte de retenir : or, tel est précisément le cas du père de famille lorsqu'il a profité des valeurs produites par l'engagement de ses esclaves et de ses fils de famille. (LL. 23 et 32, D. 12, 1.) Quant au second cas, la jurisprudence avait pareillement admis que celui qui contracte avec un esclave par ordre du maître est réputé avoir suivi la foi du maître lui-même ; si donc il s'agit d'un *mutuum*, d'un payement indû, ou de toute autre obligation *re*, donnant naissance à une condiction, le prêt ou le payement indû est réputé avoir été fait au maître lui-même; et dès lors, il est nécessaire qu'on puisse agir directement contre lui.

3593. Mais, encore une fois, il ne s'agit dans tout cela que de la

condictio; par conséquent les actions prétoriennes *quod jussu* et *de in rem verso* conservaient toute leur importance, toutes les fois que le contrat fait par l'esclave n'était point de nature à donner naissance à une condiction.

§ V. — ASSIMILATION DU FILS DE FAMILLE

§ 6. Ce que nous venons de dire de l'esclave et de son maître s'applique aux enfants et aux ascendants qui ont ces enfants sous leur puissance.

§ 7. Il y a cela de particulier à l'égard des fils de famille, c'est que le sénatus-consulte Macédonien défend de prêter de l'argent aux personnes qui sont soumises à la puissance paternelle ; et le prêteur ne peut obtenir d'action, ni contre les fils de famille (soit qu'ils se trouvent encore en puissance, soit qu'ils en soient sortis par la mort de l'ascendant ou par émancipation), ni contre 'ascendant, soit qu'il tienne encore l'emprunteur en sa puissance, soit qu'il l'ait émancipé. Ce sénatus-consulte a été porté parce que souvent les fils de famille, après avoir emprunté des sommes considérables qu'ils dissipaient en débauches, attentaient à la vie de leurs ascendants.

3594. Nous avons dit que la plupart des décisions mentionnées aux Institutes, en ce qui concernait les engagements pris par les esclaves, s'appliquaient également aux engagements pris par le fils de famille. Toutefois, il y a entre les deux hypothèses un certain nombre de différences qu'il faut noter :

1° Mon esclave s'est mis en société ; je l'aliène, et il reste en société ; c'est une nouvelle société qui commence, l'esclave n'étant point personnellement associé ; aussi les obligations contractées avant l'aliénation pourront être poursuivies soit contre moi, soit contre l'acquéreur, tandis qu'elles seront poursuivies contre ce dernier seul, si elles ont été contractées depuis l'aliénation. — Au contraire, le fils de famille, étant personnellement associé, s'il reste en société après son émancipation, verra continuer la société dans laquelle il était avant cette émancipation, et sera tenu aussi bien des anciennes que des nouvelles obligations ; quant au père, il ne peut être tenu que des obligations antérieures à l'émancipation ;

2° Le fils de famille, mineur de 25 ans, pourra être *restitutus in integrum*, s'il s'est trouvé lésé ; mais ce droit n'appartiendra pas à son père. Cette distinction ne saurait se produire quand c'est un esclave qui s'est obligé ;

3° L'esclave ne peut obliger son maître par une *intercessio*. — Au contraire l'*intercessio* du fils oblige le père *de peculio*. C'est l'opinion formelle de Cassius et de Sabinus, rapportée par Ulpien (L. 3, §§ 5 et 9, D. 15, 1) ;

4° Le fils de famille, qui s'oblige civilement, peut être actionné et condamné, et l'action *judicati*, qui naît de cette condamnation,

peut être donnée *de peculio* contre le père (L. 3, § 11, D. 15, 1). — Au contraire, l'esclave ne pouvant jamais être actionné en justice, il est clair que le maître ne peut être poursuivi *de peculio* par l'action *judicati*;

5° Une règle spéciale aux fils de famille résulte de ce que le sénatus-consulte Macédonien défend de leur prêter de l'argent à intérêt; ou plutôt, le sénatus-consulte ne constitue pas pour les fils de famille une incapacité d'emprunter sur les biens dont ils avaient la libre disposition : il refuse toute action au créancier, non seulement contre l'emprunteur, mais aussi contre le *pater familias*. Nous avons vu dans notre texte (§ 7) que cette règle s'appliquait également à la fille, au petit-fils ou à la petite-fille, encore en puissance ou devenus *sui juris*. Les motifs que les *Institutes* donnent à l'appui du sénatus-consulte Macédonien indiquent un état social et moral plus que singulier, et qui semble assez étrange à voir rappeler dans un corps de droit.

3595. Quoi qu'il en soit, Tacite place le sénatus-consulte Macédonien sous le règne de Claude (*Annales*, liv. XI, ch. XIII); mais Suétone penche pour l'époque de Vespasien. Laissons ces deux historiens aux prises ; ils auraient tous deux raison, si, comme on l'a dit sans preuve, à ce que je crois, Vespasien n'avait fait que renouveler une décision déjà prise sous le règne de Claude ; quoi qu'il en soit, remarquons qu'on ne sait pas davantage si Macédo, qui lui a donné son nom, était un usurier ou un fils de famille débauché et parricide. Théophile adopte formellement cette dernière opinion (paraphrase) ; mais Ulpien paraît pencher pour la première (L. 1, pr. D. 14, 6).

3596. La prohibition ne portait que sur le *mutuum* d'argent monnayé, parce que c'était le contrat usité par les usuriers : pour les autres emprunts on appliquait les règles ordinaires, à moins que ces emprunts ne servissent à dissimuler un prêt d'argent (L. 7, § 3, D. 14, 6).

Rien n'empêchait, du reste, le père de ratifier l'emprunt du fils, soit expressément, soit tacitement, par une constitution de gage, un payement de la somme empruntée. Mais le fils ne pouvait seul ratifier son opération, tant qu'il était en puissance, de telle sorte que le père aurait pu réclamer, par la *condictio indebiti*, le payement fait par le fils sans son autorisation (L. 7, §§ 15 et 16 ; L. 9, pr. §§ 1 et 3 ; L. 10, D. 14, 6).

3597. Le refus d'action établi par le sénatus-consulte souffrait certaines exceptions : 1° quand l'emprunt avait été fait avec l'autorisation entière du père ; 2° quand l'argent avait été employé

dans l'intérêt du père, auquel cas l'action *de in rem verso* s'exerçait ; 3° quand l'argent avait été emprunté par le fils, absent du domicile paternel, mais dans des limites raisonnables, *studiorum vel legationis causa;* 4° si le prêteur avait eu de justes raisons de croire qu'il traitait avec un père de famille. (L. 12, 7, §§ 12 et 13 ; L. 3, 19, D. 14, 6.)

Il faut remarquer, d'ailleurs, que le fils de famille, quoique non tenu en droit, était obligé *naturellement*.

3598. Nous voyons souvent que le préteur permet d'opposer à l'action du créancier l'*exceptio senatus consulti Macedoniani.* Comment cela peut-il se faire, puisque le sénatus-consulte a précisément pour but de refuser l'action. L'explication est simple : le magistrat refuse l'action quand il est d'ores et déjà prouvé que le demandeur a prêté de l'argent *contra senatus-consultum*. Si, au contraire, il y a doute sur ce point, le magistrat accorde l'action, mais insère l'exception, chargeant ainsi le juge d'examiner la situation de fait et de trancher la question.

3599. *Remarque.* — Le tiers créancier peut poursuivre, à son choix, soit le fils de famille avec lequel il a traité (en dehors du cas prévu par le sénatus-consulte Macédonien), soit le père ; mais il n'a pas le droit de les poursuivre successivement ; il épuise, par ses poursuites contre l'un, son droit contre l'autre. (L. 1, § 24, D. 14, 1.)

ARTICLE II. — ACTIONS NOXALES

Pr. Les délits commis par les esclaves (par exemple le vol, la rapine, le dommage ou l'injure) donnent lieu aux actions dites noxales : dans ces actions le maître, après avoir été condamné, a encore le choix ou de payer le montant des condamnations prononcées, ou de donner l'esclave noxal.

§ 1. On appelle noxe (*noxa*) le corps qui a nui (*nocuit*), c'est-à-dire l'esclave ; et *noxia* le délit lui-même, c'est-à-dire, le vol, le dommage, la rapine ou l'injure.

§ 2. C'est avec beaucoup de raison qu'on a permis aux maîtres de s'acquitter par l'abandon de la noxe ; car il serait inique que la perversité de ceux que nous avons sous notre puissance pût nous causer une perte supérieure à la valeur même de ces individus.

§ 3. Le maître cité par action noxale, pour le délit de son esclave, se libère en donnant en noxe cet esclave au demandeur. Il en transfère, par là, la propriété à perpétuité : et cependant, si l'esclave se procure de l'argent et indemnise la personne à qui il a été abandonné en noxe, le préteur intervient et contraint le maître à l'affranchir.

§ 4. Les actions noxales tirent leur origine des lois ou de l'édit du préteur : des lois, par exemple de la loi des Douze-Tables pour le vol, et de la loi Aquilia pour le dommage causé injustement ; de l'édit du préteur pour l'injure et la rapine.

§ 5. Toute action noxale suit l'auteur du délit. En conséquence, si votre esclave a commis un délit, tant qu'il est sous votre puissance c'est contre vous que

l'action est donnée; s'il passe sous la puissance d'un autre, c'est contre le nouveau maître que l'action doit être dirigée; enfin, s'il vient à être affranchi, c'est contre lui qu'il faut agir directement, et l'abandon noxal ne peut plus avoir lieu.

Réciproquement, une action directe peut devenir noxale : par exemple, si un homme libre a commis un délit et qu'ensuite il devienne votre esclave (nous avons dit, dans le premier livre, comment cela peut se faire), la personne lésée a dès lors contre vous l'action noxale, au lieu de l'action directe qu'elle avait auparavant.

§ 6. Le délit que l'esclave commet au préjudice de son maître ne donne lieu à aucune action, car aucune obligation ne peut naître entre le maître et celui qu'il a sous sa puissance : aussi, lors même que l'esclave serait affranchi, ou passerait sous la puissance d'un autre maître, l'ancien maître ne pourrait agir ni contre l'affranchi, ni contre le nouveau propriétaire. Par conséquent encore, si l'esclave d'autrui a commis un délit à votre préjudice et qu'il tombe ensuite en votre puissance, l'action s'éteint, parce que la position des parties est telle que cette action ne peut plus exister; il y a plus, vous ne pourrez pas agir, lors même que cet esclave sortirait de votre puissance.

Pareillement, si un maître commet quelque délit envers son esclave, ce fait ne peut donner lieu à aucune action contre le maître, quand même l'esclave viendrait à être affranchi ou aliéné.

§ 7. Les anciens appliquaient les principes que nous venons d'exposer aux fils et aux filles de famille.

Mais les nouvelles mœurs ont frappé d'une juste réprobation ce droit rigoureux et l'ont fait tomber en désuétude. Comment souffrir en effet qu'un père abandonne en noxe son fils ou sa fille? Le père ne souffrirait-il pas plus que le fils lui-même; et quant aux filles, un pareil abandon n'est-il pas incompatible avec la décence? On a donc décidé que les actions noxales n'auraient lieu que pour les délits des esclaves; quant aux fils de famille, ils pourront être attaqués directement, ce qui pouvait avoir lieu déjà autrefois, ainsi qu'on peut le voir dans les anciens commentateurs.

3600. La qualification de ces actions vient des mots *noxa* et *noxia*, dont le premier désigne l'auteur du délit, et le second le délit lui-mème; mais on les prend quelquefois l'un pour l'autre.

3601. I. L'action noxale n'est point fondée sur le principe que les chefs de famille doivent surveiller les individus soumis à leur puissance; car elle se donne toujours contre le propriétaire actuel de l'esclave, et non contre celui auquel l'esclave appartenait quand le délit a été commis : de là, la maxime *noxa caput sequitur*. Si donc votre esclave a commis un délit, tant qu'il est sous votre puissance, c'est contre vous que l'action doit être intentée; s'il vient à passer sous la puissance d'un nouveau maître, c'est contre celui-ci que l'action doit être dirigée; enfin, si l'esclave est affranchi, on agit contre lui-même par action directe, et l'abandon noxal ne peut avoir lieu. — Réciproquement, une action directe peut devenir noxale; par exemple : si un homme libre, ayant commis un délit, devient ensuite votre esclave, l'action directe s'éteint, et la partie lésée peut agir contre vous par action noxale.

Le délit que l'esclave commet au préjudice de son maître ne donne lieu à aucune action ; car aucune obligation ne peut naître entre le père de famille et ceux qu'il a sous sa puissance ; aussi, alors même que votre esclave, après avoir commis un délit, passerait sous la puissance d'un autre ou serait affranchi, vous seriez sans action. Par conséquent encore, si l'esclave d'autrui a commis un délit à votre préjudice, et qu'il tombe ensuite sous votre puissance, l'action noxale s'éteint si complètement, qu'elle ne revivrait pas, alors même que vous viendriez à aliéner l'esclave ou à l'affranchir. Telle était du moins l'opinion des Sabiniens. Les Proculéiens pensaient, au contraire, que, dans ce cas, l'action noxale n'est qu'assoupie, et qu'elle renaît du moment où l'esclave sort de votre puissance.

Pour être soumis à l'action noxale, il ne suffit pas d'être propriétaire de l'esclave, il faut encore l'avoir en sa possession : aussi ne donne-t-on pas d'action contre le maître, quand l'esclave est en fuite ou qu'il est possédé par un tiers *animo domini* : l'action doit alors être dirigée contre le possesseur.

Ainsi qu'on l'a déjà dit, le juge saisi d'une action noxale doit condamner le défendeur soit à payer, soit à abandonner la noxe. Le défendeur, qui peut ainsi, après la sentence, éviter le payement par l'abandon de la noxe, pourrait, à plus forte raison, éviter la condamnation, et même le procès, en faisant spontanément cet abandon, soit avant l'instance, soit pendant sa durée. — Toutefois, celui qui a frauduleusement nié avoir l'esclave noxal en sa possession ou qui, pouvant empêcher le délit, ne l'a pas empêché, perd le bénéfice de l'abandon noxal, et doit être condamné purement et simplement.

L'abandon noxal s'opérait par mancipation, et la partie lésée acquérait sur l'esclave la puissance dominicale complète. Toutefois, si on pouvait en croire le témoignage isolé de Justinien, l'esclave se serait trouvé alors dans une position toute particulière, en ce sens qu'il aurait pu obtenir sa liberté, malgré son nouveau maître, en remboursant à celui-ci la somme pour laquelle avait eu lieu l'abandon noxal. Un tel résultat serait vraiment inexplicable, et tout porte à croire que Justinien ne fait qu'appliquer ici aux esclaves une règle qui autrefois était particulière aux fils de famille donnés en noxe.

3602. II. Tout ce qui vient d'être dit de l'action noxale et de l'abandon noxal était commun aux fils de famille et aux esclaves : avec cette différence, toutefois, que les fils de famille donnés en noxe ne tombaient point dans un esclavage proprement dit, mais dans une

dépendance particulière (*mancipium*) (Gaïus, I, §§ 140, 141), qui, en les assimilant sous certains rapports aux esclaves, ne leur faisait cependant point perdre le bénéfice de l'ingénuité, et leur laissait la faculté de se faire affranchir dès qu'ils avaient procuré à la personne à qui ils avaient été abandonnés un profit équivalent au dommage causé.

3603. L'abandon noxal des fils de famille disparut sous l'influence des idées chrétiennes. Déjà aboli à l'égard des filles par Constantin, il le fut à l'égard des fils par une constitution de Justinien. — La partie lésée n'est pas pour cela sans ressource : elle peut, en effet, comme elle l'aurait pu déjà autrefois, agir directement contre le fils de famille par l'action résultant du délit, sauf à agir ensuite *de peculio* contre le père de famille, à raison de la somme à laquelle le fils aurait été condamné. (L. 3, § 11, D. 15, 1.)

3604. *Observation.* — L'action noxale, nous le savons déjà, est une action pénale ; car les actions pénales seules peuvent être données *noxaliter*. Au contraire, les actions *quod jussu*, exercitoire, institoire, tributoire, *de peculio*, *de in rem verso*, sont toutes *rei persecutoriæ ;* d'un autre côté, ces dernières actions ont toutes été établies par le préteur ; au contraire, quant aux actions noxales : « *Sunt constitutæ noxales actiones aut legibus aut edicto prætoris : legibus veluti furti lege XII Tabularum, damni injuriæ lege Aquilia : edicto prætoris veluti injuriarum et vi bonorum raptorum.* » (§ 4, D. 4, 1.)

ARTICLE III. — ACTION NOXALE *DE PAUPE'RIE*

(*Inst.*, IV, IX.)

Pr. La loi des Douze-Tables a aussi établi une action noxale, touchant les dégâts (*pauperies*) qu'auraient commis des animaux dépourvus de raison, soit en jouant, soit par fougue ou férocité (d'après la disposition des Douze-Tables, le défendeur est libéré en faisant l'abandon noxal de ces animaux) ; par exemple, si un cheval, sujet à donner du pied, a lancé un coup de pied ; ou si un bœuf, suivant son habitude, a porté un coup de corne. Cette action n'a lieu qu'autant qu'en commettant le dégât l'animal sort de son naturel, et non quand il n'a fait qu'obéir à sa férocité naturelle. Enfin, si un ours s'échappe de chez son maître et cause quelque dégât, on n'a pas d'action contre le maître, parce qu'il a cessé d'être propriétaire au moment où l'animal sauvage s'est échappé. Le dégât (pauperies) est le dommage commis sans violation du droit, car un être dépourvu de raison ne peut violer le droit. Voilà pour l'action noxale.

§ 1. Mais il faut savoir que, d'après l'édit des Édiles, il nous est défendu de tenir sur la voie publique ni chiens, ni porcs, ni sangliers, ni ours, ni lions. Celui qui contreviendrait à cette défense, et dont l'animal aurait causé quelque mal à un homme libre, est condamné à une somme que le juge détermine suivant l'équité ; l'action est au double, quand le dégât porte sur toutes autres

choses. Outre ces actions établies par les Édiles, la personne lésée pourra encore intenter l'action *de pauperie* : car c'est un principe, qu'en cas de concours de plusieurs actions, surtout pénales, l'exercice de l'une n'empêche pas d'exercer l'autre.

3605. Notre texte nous montre, surtout dans son § 1, que nous nous éloignons beaucoup du domaine du droit pour nous rapprocher de celui des règlements de voirie.

On appelle *pauperies* le dommage causé par un animal dont le fait ne saurait être considéré comme portant atteinte aux règles du droit. — Or, du moment où, en fait, ce dommage a été causé, il est naturel de chercher à indemniser autant que possible celui qui l'a éprouvé. On a donc étendu à ce cas tout particulier les principes appliqués pour le cas où un esclave a causé un préjudice à autrui ; en d'autres termes, on donne contre le maître de l'animal une *action noxale de pauperie*, dont le maître peut fuir d'ailleurs les conséquences par l'*abandon noxal* de l'animal auteur du dommage.

Cette action noxale est limitée au dommage causé par un *quadrupède* : encore faut-il que l'action de ce quadrupède soit conforme aux habitudes de cet animal, individuellement considéré, mais contraire à sa nature. Elle ne s'appliquera donc pas lorsque le dommage est causé par un animal naturellement sauvage, un ours, par exemple, qui s'enfuit de chez son maître, attendu que ce dernier n'est plus propriétaire de l'animal qui, en prenant la fuite, bénéficie d'une sorte de *postliminium*. Quoique la loi des Douze-Tables ne vise que le dommage causé par un *quadrupède*, on accordait *utiliter* l'action noxale *de pauperie*, lors même qu'il avait été causé par un animal non quadrupède. (L. 4, D. 9, 1.)

On peut aussi appliquer ici, comme pour l'esclave, la règle *noxa caput sequitur* : on poursuit, en effet, le détenteur actuel de l'animal.

Par une extension considérable de ces divers principes, on admettait que le propriétaire d'une maison, qui, par son effondrement ou par toute autre cause, causait un dommage à un tiers, pouvait être poursuivi, mais pouvait aussi faire abandon noxal, et laisser les débris de sa maison à la personne lésée. Comme le préjudice pouvait être très supérieur à la valeur de ces matériaux, on avait introduit la *cautio damni infecti*, par laquelle le propriétaire d'une construction menaçant ruine était contraint à promettre, sous caution, à la personne qui se croyait menacée, la réparation intégrale du préjudice qui pourrait être produit.

Si un taureau luttant contre un autre taureau, ou un bélier luttant contre un autre bélier, a péri, Ulpien rapporte une distinction

établie par le jurisconsulte Quintus Mucius : si c'est l'agresseur qui a péri, son propriétaire n'aura pas l'action noxale; si c'est au contraire l'animal qui a été attaqué, l'action compétera à son maître. C'est assez rationnel, mais cela indique une quasi-responsabilité morale chez l'animal qui a provoqué l'autre. (L. 1, § 11, D. 9, 1.)

3606. L'édit des Édiles défendait d'avoir un chien, un porc, etc., dans un endroit par où passe le public. Notre texte nous indique la pénalité qui était supportée par celui qui violait cet édit, si un préjudice en résultait. Mais il faut remarquer, avec le texte, que le délinquant pourra être tenu et de cette action édilitienne et de l'action noxale *de pauperie*.

Ce cumul de deux actions est assez singulier, et Justinien l'explique en disant que, dans le concours de plusieurs actions pénales, jamais l'exercice de l'une n'amène l'extinction de l'autre. Mais, dans la pensée d'Ulpien, auquel cette maxime générale est empruntée (L. 130, D. 50, 17), cela signifiait simplement que, lorsqu'une action a été exercée *de quadam re*, il n'en résulte pas qu'une nouvelle action ne pourra pas être exercée *de eadem re*, relativement au même objet.

3607. Un même fait pouvait-il donc donner lieu à deux condamnations, dont chacune serait exécutée pour le tout? A cet égard, il faut distinguer :

Les actions pénales se cumulent pleinement, lorsque dans le même fait matériel il y a deux délits séparés, indépendants l'un de l'autre : nous avons vu, à ce sujet, l'exemple d'un individu qui ayant engagé mon esclave à me voler, sera tenu de l'action *furti* et de l'action *servi corrupti*, et condamné à deux peines distinctes et cumulées. (Inst. IV, I, § 8.)

« Mais il est possible aussi, ajoute M. Demangeat (t. II, p. 742), que le fait matériel soit indivisible, en ce sens qu'on ne peut reconnaître qu'il constitue un certain délit sans reconnaître au même instant qu'il en constitue encore un autre. Ainsi, vous blessez mon esclave en le frappant à coups de bâton : ce fait implique le délit d'injures et le délit de la loi Aquilia, et l'homme éclairé à qui le fait est raconté les aperçoit immédiatement l'un et l'autre : il est impossible que le fait se présente à son esprit comme constituant seulement l'un des deux. Le juge devant qui sera portée l'action d'injures ou l'action de la loi Aquilia envisagera nécessairement le fait dans son ensemble, sous toutes ses faces. — Pour les cas de cette deuxième espèce, il y a eu controverse entre les jurisconsultes romains : c'est ce qui ressort clairement du texte suivant, emprunté au jurisconsulte Paul : *Qui servum alienum injuriose verberat, ex uno*

facto incidit et Aquiliam et actionem injuriarum : injuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa. Et ideo possunt utræ competere. Sed quidam, altera electa, alteram consumi. Alii, per legis Aquiliæ actionem injuriarum consumi, quoniam desiit bonum et æquum esse condemnari eum qui æstimationem præstitit ; sed si ante injuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. Sed et hæc sententia per prætorem inhibenda est, nisi in id quod amplius ex lege Aquilia competit agatur. Rationabilius itaque est eam admitti sententiam ut liceat ei quam voluerit actionem prius exercere ; quod autem amplius in altera est, etiam hoc exequi [1]. Ainsi, d'après Paul, trois opinions sont en présence, savoir :

« 1° En exerçant une de ces actions, le maître perd le droit d'exercer l'autre ;

« 2° En exerçant l'action de la loi Aquilia, il perd le droit d'exercer l'action d'injures, — tandis que, après avoir exercé celle-ci, il peut encore exercer l'autre, sauf à obtenir seulement *id quod amplius ex lege Aquilia competit ;*

« 3° Le maître peut toujours intenter successivement les deux actions; mais par la deuxième il n'obtiendra que ce qu'elle a de plus avantageux que l'autre. C'est la doctrine de Paul [2].

« Voici un fragment d'Hermogénien qui atteste également l'existence d'une controverse entre les jurisconsultes : *Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit cum arbores furtim cæsæ dicuntur, omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit* [3]. Il ne faut point voir là l'indication d'une doctrine contraire à celle de Paul : en effet, pour Hermogénien, la question n'est point de savoir ce qui pourra être obtenu par la deuxième action, mais bien de savoir si une deuxième action est encore possible, après qu'une première a été intentée.

« Mais il est plus difficile de faire rentrer dans la même doctrine le texte suivant, emprunté à Modestin : *Plura delicta in una re plures admittunt actiones; sed non posse omnibus uti probatum est; nam, si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus utendum est* [4]. Certes ce texte paraît bien signifier que le créancier qui a intenté une de ces actions ne peut pas en intenter une autre. Pourtant il n'est pas absolument impossible que Modestin songe au cas où la condamnation serait la même sur

---

1. L. 34, pr. D., *De oblig. et act.* (44, 7).
2. Il la reproduit encore à propos d'une autre espèce : *De arborum furtim* (47, 7).
3. L. 32, D., *De obligat. et act.*
4. 4, 53 pr., *Eod., Tit.*

les différentes actions, ou, mieux encore, au cas où le créancier a d'abord intenté l'action la plus avantageuse; alors ce serait toujours la doctrine de Paul.

« Enfin, que décider dans le cas prévu aux Institutes, si par exemple un chien que je tiens *ibi qua vulgo iter fit* a mordu l'esclave d'autrui? Le juge devant qui est intentée l'action édilitienne aperçoit nécessairement qu'il y a lieu aussi à l'action noxale. Je crois donc que, d'après la doctrine de Paul, l'une des deux actions ayant été intentée, l'autre ne pourra plus aboutir qu'à procurer le *id quod amplius in ea est* [1]. »

---

1. Comp. M. de Vaugerow, Lehrbuch, § 572, t. III, p. 51 et suiv.

SECTION II. — EXCEPTIONS. — RÉPLIQUES. — DUPLIQUES

(*Inst.*, IV, XIII.)

Pr. Nous devons maintenant nous occuper des exceptions.

Les exceptions ont été établies en faveur des défendeurs : souvent, en effet, la demande, quoique conforme au droit, est inique à l'égard de celui contre lequel elle est dirigée.

CHAPITRE Ier. — **Notions générales.**

CHAPITRE II. Division des exceptions.

ARTICLE 1er. 1re division. Exceptions in factum.
Exception de dol.

ARTICLE 2. 2e division. Exceptions établies par le droit civil.
Exceptions établies par le préteur.

ARTICLE 3. 3e division. Exceptions in rem.
Exceptions in personam.

ARTICLE 4. 4e division. Exceptions perpétuelles.
Exceptions temporaires.

ARTICLE 5. 5e division. D'après leur but. (V. Chap. III.)

CHAPITRE III. Principales exceptions étudiées séparément.

ARTICLE 1er. Exceptions péremptoires.

§ I. Exceptions doli mali.
§ II. » quod metus causa.
§ III. » in factum composita.
§ IV. » pacti conventi.
§ V. » jurisjurandi.
§ VI. » rei judicatæ.
§ VII. » rei in judicium deductæ.
§ VIII. » compensationis

ARTICLE 2. Exceptions dilatoires.

§ I. Exceptions pacti per tempus
§ II. » rei residuæ.
§ III. » litis dividuæ.
§ IV. » cognitoriæ et procuratoriæ.
§ V. » non numeratæ pecuniæ.
§ VI. » divisionis.

CHAPITRE IV. — **Répliques. — Dupliques.**

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES

3608. Les moyens de défense contre les actions sont de trois espèces principales : les *défenses au fond*, les *exceptions* et les *prescriptions* dans l'intérêt du défendeur.

La défense au fond consiste à nier soit le fait, soit le droit sur lesquels le demandeur fonde sa prétention. Par exemple : si le demandeur se prétend créancier, le défendeur repoussera la demande, en montrant soit que le demandeur n'a point prouvé l'existence du fait duquel dérive l'obligation prétendue, soit que le prétendu contrat était nul d'après le droit civil, soit enfin que l'obligation réclamée a été éteinte par une cause d'extinction civile. Pour proposer de telles défenses, le défendeur n'a nul besoin d'y être autorisé par une clause spéciale insérée dans la formule ; et c'est en quoi les défenses au fond se distinguent très nettement des exceptions et des prescriptions.

L'exception se présente toujours comme moyen *subsidiaire*, dont le juge ne doit s'occuper qu'autant que la demande serait pleinement justifiée en fait et en droit. La nature juridique des exceptions et le rôle qu'elles jouent dans la procédure romaine sont déjà connus par ce qui en a été dit dans la *Deuxième partie* (section II, ch. 2, art. III). Ces notions se trouveront complétées dans cette section. Quant aux prescriptions dans l'intérêt du défendeur, il en a été déjà question dans la deuxième partie (*ibid*) ; et nous y reviendrons encore dans la section suivante. Dans celle-ci on s'occupera des exceptions proprement dites : on dira quelle était leur forme, à quel moment de la procédure elles devaient être proposées ; enfin, quelles en étaient les principales espèces.

3609. Au temps des jurisconsultes classiques, l'exception était le plus habituellement conçue en forme de condition négative opposée à la condamnation : *condemna... nisi* ou *si non* (Gaïus, IV, § 119). Mais cette forme n'est pas la seule : quelquefois elle est précédée des mots *at* ou *ac : at si ea res judicata non sit;* d'autrefois elle est précédée du mot *quod : quod præjudicium hæreditatis non fiat... quod incendii defendendi causa factum non sit ;* cette tournure se rencontre principalement dans les exceptions aux interdits et dans celles qui remplacent les prescriptions (L. 7, § 3, D. 43, 24; L. 1, § 6, D. 43, 13). On trouve aussi dans les plus anciens classi-

ques l'exception conçue en termes positifs : *extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit.* (L. 1, § 16, D. 43, 12; Cicer. *ad Attic.* VI, 1.)

3610. En règle générale, les exceptions devaient être proposée *in jure;* et cela est naturel, puisqu'il fallait qu'elles fussent insérées dans la formule. (Gaïus, IV, § 119.)

Toutefois, cette règle n'était pas absolue. — Ainsi, quand la cause de l'exception était née postérieurement à la *litis contestatio*, le juge pouvait en tenir compte, bien que la formule n'en fît pas mention. (L. 23, § 3, D. 12, 6.) — Ainsi encore, quand le défendeur, qui aurait pu invoquer une exception péremptoire, avait omis de s'en prévaloir *in jure*, il pouvait se faire restituer contre cette omission (*restitutio in integrum exceptionis recuperandæ*). Il en était autrement des exceptions *dilatoires*, contre l'omission desquelles on obtenait très difficilement la restitution. (Gaïus, IV, § 118.)— Enfin, certaines exceptions étaient tellement énergiques et vivaces que, même après la sentence prononcée, le défendeur pouvait s'en prévaloir contre l'*actio judicati* et se soustraire ainsi à l'exécution de la sentence : telles étaient les exceptions des sénatus-consultes Velléien et Macédonien, et, probablement encore, toutes celles qui étaient considérées comme des bénéfices auxquels il n'était pas permis de renoncer. (L. 11, D. 14, 6.)

CHAPITRE II

DIVISION DES EXCEPTIONS

ARTICLE Ier. — PREMIÈRE DIVISION : EXCEPTIONS *IN FACTUM*, EXCEPTION DE DOL

3611. Nous avons vu ce qu'étaient les actions *in factum* par opposition aux actions *in jus*. La qualification de *in factum*, donnée aux exceptions, a un tout autre sens : on n'entend nullement par là opposer certaines exceptions à d'autres, qui seraient *in jus;* car il ne peut y avoir d'exceptions *in jus*, puisque les moyens tirés du droit civil constituent de véritables défenses au fond, et non des exceptions proprement dites. Toutes les exceptions sont donc *in factum*. Mais on oppose fréquemment l'exception *in factum* à l'exception *doli;* et voici quels sont le sens et la portée de cette opposition.

L'exception est *in factum*, quand elle précise le fait allégué par le défendeur, mais sans donner à ce fait la qualification de fraudu-

leux, par exemple : *nisi de non petendo pactum sit... nisi transactum sit.* Dans cette forme, l'exception ne présente au juge qu'une simple question de fait à résoudre; car la conséquence que ce fait doit entraîner, c'est-à-dire l'absolution du défendeur, n'est plus en question: tout est tranché à cet égard par le magistrat, qui d'avance a jugé le fait assez grave pour en faire dépendre l'absolution du défendeur. — Quelquefois, au contraire, le libellé de l'exception ne précise aucun fait particulier ; le magistrat se borne à dire en termes généraux : « *Si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit, neque fiat* », laissant ainsi au juge non seulement le soin de vérifier les faits allégués par le défendeur, mais encore le pouvoir d'en apprécier la moralité et la gravité.

Les circonstances seules pouvaient faire décider laquelle de ces deux formes était la plus avantageuse au défendeur.

3612. Quand le fait qui servait de base à l'exception était bien déterminé et d'une preuve facile, le défendeur avait intérêt à ce que l'exception fût rédigée *in factum;* car il échappait ainsi au danger des appréciations du juge quant aux caractères, c'est-à-dire quant à la pertinence du fait allégué. Il avait, au contraire, intérêt à ce que l'exception fût conçue en termes généraux, *de dolo*, quand l'exception reposait moins sur tel ou tel fait précis que sur des circonstances qu'il importait d'apprécier dans leur ensemble pour en pouvoir déduire l'iniquité de la demande. — En d'autres termes : dans l'exception *in factum*, les témoins et les autres preuves avaient plus à faire que l'avocat ; dans l'exception *de dolo*, au contraire, le talent de l'avocat devait avoir une grande influence : il fallait grouper les faits et en faire ressortir le caractère frauduleux. — L'exception de dol comprend et le dol actuel résultant de la poursuite même, et le dol qui a pu entacher antérieurement la conduite du demandeur. Dans la plupart des cas, le fait qui sert de base à l'exception *in factum* peut donc aussi servir de base à une exception *de dolo;* car, comme le dit très bien Ulpien, s'il n'y a pas eu de dol dans l'origine de l'affaire, il y en a maintenant à soutenir une prétention inique.

Au reste, le défendeur n'avait pas toujours le choix entre l'une et l'autre forme. En effet, comme l'exception de dol était injurieuse pour le demandeur, le défendeur ne pouvait y avoir recours toutes les fois qu'il était tenu à des devoirs révérencieux envers son adversaire ; telle était notamment la position du fils envers son père, de l'affranchi envers son patron : on rédigeait toujours alors l'exception *in factum.* — On devait pareillement employer cette dernière forme, quand le demandeur avait ignoré le fait servant de base à l'exception.

3613. Ce qui vient d'être dit est absolument conforme aux principes du droit pur. Toutefois certains auteurs, entre autres de Keller, admettent qu'il y avait dans les exceptions quelque chose d'analogue à la division des actions en *in jus* et *in factum*, c'est-à-dire qu'il y avait des exceptions dont la rédaction était plus *in jus*; d'autres dont la rédaction était plus *in factum concepta;* en d'autres termes, dans les unes le juge pouvait apprécier, non seulement l'exactitude des faits contestés, mais aussi leur valeur juridique, tandis que, dans les autres, le juge n'avait qu'à vérifier l'existence de faits précis, dont le préteur avait lui-même fixé la valeur au procès. Parmis les premières, on pouvait ranger les exceptions *doli*, *legis Cinciæ*, etc.; parmi les secondes, on pouvait ranger les exceptions *pacti conventi*, *jurisjurandi*, etc.

C'est ce caractère incertain de certains faits qui, s'ils étaient prouvés, constitueraient de véritables défenses au fond, qui a sans doute, comme nous allons le voir, permis l'introduction d'*exceptions civiles*. ce qui est peu logique, ainsi qu'il a été dit en tête de cette matière. Nous allons compléter cette idée dans le paragraphe suivant.

ARTICLE II. — DEUXIÈME DIVISION, D'APRÈS LEUR ORIGINE : EXCEPTIONS CIVILES ; EXCEPTIONS PRÉTORIENNES.

§ 7. Parmi les exceptions, les unes viennent des lois, ou des actes qui en tiennent lieu, les autres de la juridiction du préteur.

3614. On peut distinguer les exceptions, suivant qu'elles ont été établies par le *droit civil* (droit civil proprement dit, lois, sénatus-consultes, constitutions impériales), ou par le préteur. C'est le droit prétorien, créateur du système formulaire, qui a senti la nécessité d'introduire les exceptions, parties accessoires de ce système, principalement comme correctif plus ou moins respectueux des rigueurs du droit civil.

3615. Rien de plus naturel. Aussi ce n'est pas sans étonnement que l'on constate des exceptions reposant sur le *droit civil*, exceptions *rei judicatæ*, *justi dominii*, ou dérivant d'autorités analogues. Telles sont : les exceptions créées par les lois Cincia, Julia, etc. ; les exceptions créées par les sénatus-consultes Velléien, Macédonien et Trébellien ; les exceptions créées par des constitutions impériales, comme l'*exceptio si non et illi solvendi sint*, l'*exceptio divisionis*, l'*exceptio compensationis*. Pourquoi donc ces modifications *civiles* du droit civil ne pouvaient-elles pas être appréciées par le juge, en vertu de son mandat général, et devaient-elles être invoquées sous

forme d'exceptions? Ainsi que nous l'avons dit au n° 3275 *in fine*, il est probable que les auteurs des lois, des sénatus-consultes, des constitutions impériales, craignirent de jeter, par leurs innovations, une trop grande perturbation dans le droit civil, et préférèrent imiter le droit prétorien, en laissant subsister *en théorie* le droit du demandeur, et en se contentant de fournir au défendeur un moyen de s'en garantir pratiquement, par voie d'exception. — Le droit subsiste si bien en théorie, que le défendeur qui n'invoquerait pas l'exception serait parfaitement condamné.

3616. Du reste, les mêmes causes qui pouvaient servir de fondement à une exception, pouvaient suivant les cas donner lieu au refus de l'action, à la *denegatio actionis*. Cela se produisait si l'objection du défendeur était pleinement justifiée devant le magistrat, tant par rapport à la vérité des faits, qu'à leur valeur juridique. En effet, il serait absurde de soumettre cette objection, d'ores et déjà prouvée, à une recherche superflue, au moyen d'une *exceptio*, et l'on doit lui faire produire, *hic et nunc*, l'effet qu'elle aurait produit *in judicio*, c'est-à-dire le rejet de la demande, directement par la *denegatio actionis*, au lieu de l'absolution qui eût terminé le différend devant le juge. L'exception sera donc insérée dans la formule, si les faits sur lesquels elle s'appuie ne sont pas prouvés, s'ils donnent lieu à une contestation, portée devant le préteur, mais restant à vider, et portée pour cela devant le *judex*. (V. n° 3598). Ceci explique comment le même fait peut donner lieu tantôt au refus de l'action, tantôt à une exception qui suppose nécessairement l'action préalablement accordée.

ARTICLE III. — TROISIÈME DIVISION, D'APRÈS LA NATURE DES EXCEPTIONS : EXCEPTIONS *PERSONÆ*, *REI COHÆRENTES*.

§ 4. Les exceptions, destinées à défendre le débiteur principal, sont aussi le plus souvent accordées à ses fidéjusseurs, et avec raison : en effet, ce qu'on leur demande est réputé être demandé au débiteur lui-même, puisqu'ils ont l'action de mandat contre lui pour se faire rembourser ce qu'ils ont payé pour lui. En conséquence, si, par un pacte intervenu entre le débiteur principal et le créancier, celui-ci a consenti à ne pas exercer de poursuite, on a décidé que les fidéjusseurs pourraient opposer l'acception *pacti conventi* comme s'ils eussent été eux-mêmes parties dans cette convention. Il est cependant des exceptions introduites en faveur du débiteur, et dont les fidéjusseurs ne pourraient se servir : par exemple, si le débiteur qui a fait cession de biens est attaqué par un créancier, il pourra se défendre par l'exception *nisi bonis cesserit*; mais cette exception ne profite pas aux fidéjusseurs : en effet, le créancier qui se fait donner des répondants a précisément pour but de pouvoir poursuivre ceux-ci, dans le cas où le débiteur principal ne pourrait payer. (*Inst.*, IV, XIV.)

3617. L'exception est dite inhérente à la personne (*personæ cohærens*), par rapport au défendeur, quand elle ne peut être invoquée que par telle personne déterminée sans pouvoir l'être soit par les fidéjusseurs, soit par les successeurs universels ou particuliers de cette personne. Elle est inhérente à la personne du demandeur, lorsqu'elle ne peut être opposée qu'à tel individu déterminé.

L'exception est *in rem* ou *rei cohærens*, soit qu'elle puisse être invoquée par les fidéjusseurs et successeurs du défendeur, soit qu'elle puisse être opposée à tout demandeur.

3618. Certaines exceptions sont *in rem* activement et passivement; d'autres ne le sont que d'un seul côté.

L'exception *quod metus causa* est *in rem* par rapport au demandeur, en ce qu'elle peut être opposée à toute personne qui agit en vertu de l'acte extorqué par violence, alors même que cette personne serait d'ailleurs restée complètement étrangère aux actes de violence.

3619. A l'inverse, l'exception *doli mali* est inhérente à la personne, en ce qu'elle ne peut être utilement opposée qu'à l'auteur même du dol, et non à ceux qui, n'ayant pas participé aux machinations frauduleuses, agiraient en vertu de l'acte surpris au défendeur à l'aide de ces machinations. (LL. 2, §§ 1 et 2; 4 § 33. D. 44, 4.) L'exception *rei venditæ* et *traditæ* est *in rem* dans les deux sens. (L. 3. D. 21, 3.) Ces exemples suffisent pour faire apprécier le sens pratique des expressions que l'on se proposait d'expliquer : du reste, ce n'est que par l'étude attentive de chaque exception en particulier qu'on pourra bien connaître, au point de vue qui fait l'objet de ce paragraphe, le degré d'énergie propre à chacune des exceptions [1].

Observation. — Quelle que soit leur nature, ces exceptions, une fois insérées, conduisent au même résultat : l'absolution du défendeur; or, cette absolution est définitive et épuise le droit du demandeur.

ARTICLE IV. — QUATRIÈME DIVISION : EXCEPTIONS PERPÉTUELLES OU PÉREMPTOIRES; EXCEPTIONS TEMPORAIRES OU DILATOIRES.

§ 8. Les exceptions se divisent en deux classes : les unes sont perpétuelles et péremptoires, les autres temporaires et dilatoires.

---

1. D'après Paul, il faut considérer comme *rei cohærentes* : l'exception qui résulte du pacte *in rem* fait avec le débiteur principal; les exceptions *rei judicatæ*, *doli mali*, *metus causa*, *jurisjurandi*, *senatusconsulti Velleiani*, *senatusconsulti Macedoniani* (L. 7, § 1, D. 44, 1). — On peut citer comme *personæ cohærentes* : l'exception *nisi bonis cesserit* (L. 25, § 1, D. 2, 14); l'exception résultant du pacte *de non petendo* fait *in personam*; l'exception qui met en valeur le bénéfice de compétence (L. 7, pr. D, 44, 1.)

§ 9. Sont perpétuelles et péremptoires celles qui forment un obstacle perpétuel à l'action et qui la périment : telles sont l'exception de dol (*doli mali*) ; celle de crainte (*quod metus causa*) ; et celle de pacte (*pacti conventi*), quand il était convenu qu'il ne serait, en aucun cas, formé de demande.

§ 10. Les exceptions temporaires et dilatoires sont celles qui ne s'opposent à la demande que pour un certain temps, et accordent seulement un délai au défendeur : telle est l'exception de pacte, quand il était convenu que la demande ne serait pas formée pendant un certain temps, par exemple, pendant cinq ans : en effet, ce délai expiré, rien ne s'oppose plus à ce que le demandeur exerce son action. Ainsi, les demandeurs auxquels on oppose l'exception de pacte, ou toute autre du même genre, doivent différer l'exercice de leur action jusqu'après l'échéance du terme ; mais, ce terme arrivé, ils peuvent agir : c'est précisément pour cela que ces exceptions sont appelées dilatoires. Si le demandeur agissait pendant le délai et qu'on lui opposât l'exception, il n'obtiendrait rien dans cette instance à cause de l'exception ; et même, dans le droit ancien, il n'aurait pu agir plus tard, après l'expiration du délai, parce que celui qui portait témérairement sa demande devant un juge consumait son action et perdait son droit.

Mais aujourd'hui nous n'admettons plus des principes aussi rigoureux : et nous voulons seulement qu'on applique, à ceux qui intentent leur action avant le terme fixé par le contrat ou par le pacte, les peines portées par la constitution de l'auguste législateur Zénon contre ceux qui commettent plus-pétition sous le rapport du temps : en conséquence, si le demandeur n'observe pas les délais qu'il a lui-même volontairement accordés, ou qui résultent de la nature de l'action, le défendeur aura un délai double ; et même, après l'expiration du délai ainsi doublé, il ne sera tenu de défendre à l'action qu'autant que le demandeur lui aura préalablement remboursé tous les frais du premier procès : ces peines apprendront aux demandeurs à ne pas devancer les époques où ils ont droit d'agir.

§ 11. Il y a aussi des exceptions dilatoires en raison de la qualité des personnes à qui on les oppose. Telles sont les exceptions données contre certains procureurs : si, par exemple, on veut plaider par un militaire ou une femme : car les militaires ne peuvent agir comme procureurs, même en vertu d'un rescrit impérial, ni pour leurs pères, ni pour leurs mères, ni pour leurs épouses ; mais ils peuvent, sans blesser la discipline, suivre les affaires qui leur sont personnelles.

Mais ayant remarqué que les exceptions que l'on opposait autrefois aux procureurs en raison de l'incapacité soit du mandant, soit du procureur lui-même, n'étaient plus guère usitées dans la pratique, nous les avons entièrement abolies, afin qu'en discutant sur les exceptions, on ne retardât pas la discussion du fond même de la contestation.

3620. Les expressions *péremptoires* et *dilatoires* avaient, en droit romain, un sens tout différent de celui qu'elles présentent dans notre procédure. Chez nous, l'exception péremptoire seule amène l'absolution du défendeur ; l'exception dilatoire oblige seulement le juge à surseoir pendant un certain temps. Dans la procédure formulaire, au contraire, toute exception, soit dilatoire, soit péremptoire, une fois insérée dans la formule, conduisait au même résultat, c'est-à-dire à l'absolution du défendeur : or cette absolution, qui formait *res judicata* entre les parties, était toujours définitive et

épuisait le droit du demandeur; soit qu'elle éteignît ce droit *ipso jure*, soit qu'elle élevât contre lui l'exception perpétuelle *rei judicatæ*, conformément aux distinctions précédemment exposées. Ainsi donc, quand les Romains distinguaient les exceptions en péremptoires et dilatoires, ils ne faisaient point allusion à l'influence que l'exception devait exercer sur la conduite du juge, mais seulement au temps pendant lequel telle ou telle exception pouvait être utilement proposée *in jure*, devant le magistrat chargé de la rédaction et de la délivrance des formules d'actions.

L'exception est péremptoire ou perpétuelle, quand elle peut être opposée au demandeur, à quelque époque que celui-ci intente sa demande; de telle sorte que le droit de proposer l'exception, ne devant jamais s'éteindre, paralyse à tout jamais l'action du demandeur : c'est même précisément pour cela qu'on l'appelle *péremptoire*, parce qu'elle détruit (*perimit*) l'action à laquelle elle forme un obstacle perpétuel. (Gaïus, IV, § 121.)

3621. Parmi les exceptions péremptoires on peut citer les exceptions : *metus causa*, *doli mali*, *pacti conventi* accordant la libération définitive du débiteur, *legis Cinciæ*, *senatusconsulti Macedoniani*, *senatusconsulti Velleiani*, *rei judicatæ*, *rei in judicium deductæ*. (§ 9 de n. t. Gaïus, IV, § 121.)

3622. L'exception est, au contraire, temporaire ou dilatoire, quand elle ne peut être proposée que pendant un certain temps, et que, ce temps expiré, le demandeur peut librement exercer son action. (Gaïus, IV, § 122.) L'exception de ce genre est dite dilatoire, en ce sens que, tant qu'elle dure, le demandeur doit s'abstenir d'intenter son action; mais non en ce sens que le juge, auquel le litige sera renvoyé, doive surseoir à prononcer. Il est certain, en effet, qu'une fois saisi, le juge doit prononcer dans les délais légaux, sous peine de faire le procès sien. Lors donc qu'une telle exception est proposée *in jure*, le demandeur doit s'empresser de renoncer à la formule d'action qu'il réclamait; car, la formule une fois délivrée (*lite contestata*), l'exception, toute dilatoire qu'elle soit, conduirait à l'absolution définitive du défendeur. (Gaïus, IV, § 123.) Ce résultat qui, au premier abord, paraît rigoureux, n'a rien qui doive étonner, puisqu'on sait qu'indépendamment de toute exception le créancier qui réclamait avant le terme perdait son procès pour plus-pétition (*plus petitio tempore.*)

3623. Parmi les exceptions dilatoires, on peut citer : l'exception *pacti conventi per tempus* tendant seulement à accorder délai au débiteur, d'où résulte que, ce délai expiré, le créancier peut agir (§ 10 de n. t. Gaïus, IV, § 122); l'exception *litis dividuæ*, par laquelle

est repoussée l'action d'un demandeur qui, s'étant fait donner action pour une partie seulement de sa chose, réclamerait le reste sous la même préture ; l'exception *litis residuæ*, qui repousse les nouvelles actions que voudrait intenter, pour les porter devant d'autres juges, celui qui, sous la même préture, ayant plusieurs actions contre le même débiteur, aurait commencé par en intenter d'abord seulement quelques-unes. (Gaïus, IV, § 122.)

3624. Nous avons dit que le créancier, qui se voit opposer une exception dilatoire, doit, si elle est fondée, ne point laisser délivrer la formule, et attendre, pour agir, que l'exception soit périmée. (Gaïus, IV, § 123.) Cette rigueur a été corrigée par Justinien, qui applique ici la constitution de Zénon : celui qui agit ainsi avant l'échéance voit doubler, au profit du débiteur, le temps qui restait à courir, et de plus, il ne pourra intenter de nouvelles poursuites tant que les frais des premières n'auront pas été remboursés au défendeur. (§ 10 de n. t.)

3625. Gaïus signale une autre exception dilatoire : l'exception *cognitoria*. Elle était donnée dans les deux hypothèses suivantes : un homme choisit pour *cognitor* quelqu'un *cui non libet cognituram suscipere*, ou bien un homme, qui n'a pas le droit de donner un *cognitor*, agit *per cognitorem ;* dans les deux cas le *cognitor* sera repoussé par notre exception, qui n'est que dilatoire, car le demandeur peut toujours poursuivre son droit, échapper à l'exception, dans le premier cas, en changeant de *cognitor*, dans le second, en agissant par lui-même. — Les personnes qui ne peuvent représenter quelqu'un comme *cognitor*, sont les individus notés d'infamie, et les femmes, à moins qu'elles n'agissent également pour leur intérêt. (Gaïus, IV, § 124 ; sent. de Paul, I, II, §§ 1 et 2 ; Frag. Vat., § 324.) — Le paragraphe II de notre titre n'a pas besoin de commentaire et complète l'étude de ce point spécial.

3626. On a suffisamment compris la différence considérable en pratique qui séparait ces deux classes d'exceptions. Le caractère de l'exception péremptoire était si absolu, que le débiteur, qui oubliait de l'invoquer dans la formule, pouvait se faire restituer *in integrum*, *servandæ exceptionis gratia*. Il est peu probable au contraire que ce débiteur obtînt cette faveur exceptionnelle, s'il s'agissait d'une exception dilatoire. De même celui qui paye, n'ayant pas connaissance d'une exception péremptoire qui existe à son profit, peut ordinairement intenter la *condictio indebiti*, tandis que celui qui paye prématurément, ignorant qu'il pourrait invoquer une exception dilatoire, ne peut exercer aucune répétition. Nous avons vu quelque chose d'analogue dans les obligations à terme

ou conditionnelles, et le payement de l'indû. (Gaïus, IV, § 125.)

N. B. On appelle à Rome *præscriptio fori* ce que notre science française qualifie d'*exception d'incompétence*. Or précisément cette *præscriptio fori* diffère de l'exception, en ce que, vérifiée, elle constate seulement que le magistrat n'était pas compétent, d'où résulte que le demandeur n'a pas épuisé son droit, n'a rien déduit *in judicium*; tandis qu'une exception dilatoire, insérée dans la formule, entraîne, si elle est prouvée, l'absolution du défendeur, que le demandeur ne pourra plus poursuivre à nouveau, le droit ayant été épuisé par la délivrance de la formule. (L. 7, pr. D. 2, 8.)

ARTICLE V. — CINQUIÈME DIVISION : D'APRÈS LE BUT DES EXCEPTIONS.

3627. Nous avons vu que souvent l'exception était un moyen que le prêteur employait pour faire prévaloir certaines considérations d'équité contre les principes trop stricts du droit civil. Nous avons vu aussi que les autorités *législatives* employaient parfois cette forme toute spéciale d'apporter en fait quelques modifications à une législation qu'elles ne voulaient pas ouvertement modifier.

3628. Les exceptions tendant à faire prévaloir l'équité n'ont pas besoin d'être insérées dans les formules des actions de bonne foi, par la raison très simple que juger d'après l'équité, *ex æquo et bono*, rentre précisément dans la compétence du juge de l'action de bonne foi. (L. 21, D. 24, 3 ; L. 3, D. 18, 5.)

3629. On s'est demandé si on ne pourrait pas pousser dans ses dernières conséquences le principe si logique qui vient d'être posé, et si, dans les actions de bonne foi, toute exception, quelle qu'elle fût, ne devait pas être considérée comme implicitement insérée? On invoque en ce sens un texte d'Ulpien, la loi 2, § 5 (D. 44, 4), et voici comment on raisonne : supposons que Titius intente contre vous une action de bonne foi (l'action *venditi* par exemple), et qu'il succombe ; puis au bout d'un certain temps il forme une nouvelle demande sur le même objet, et peut prouver que cette demande est fondée. Vous vous défendrez avec l'exception *rei judicatæ*, mais, si vous avez oublié de la faire insérer, le juge pourra-t-il suppléer à cette omission, en vertu de son pouvoir propre?

Pour l'affirmative on dit : Titius commet un dol en persistant dans sa demande, puisqu'il succomberait, si j'avais pensé à faire insérer l'exception *rei judicatæ ;* il y a dol de sa part à vouloir profiter de mon oubli, et l'appréciation de ce dol appartient au juge d'un *bonæ fidei judicium*.

3630. « Ce raisonnement ne me paraît pas décisif, répond M. Demangeat (t. II, p. 789), qui traite tous ces points délicats avec sa remarquable logique. La bonne foi que le juge a mission de faire triompher consiste avant tout à payer un prix de vente qu'on doit réellement. Le juge appréciera librement de quel côté est la bonne foi, et de quel côté est le dol. Il n'est nullement enchaîné par la sentence déjà rendue, puisqu'il ne lui est nullement enjoint d'en tenir compte ; et, s'il lui est démontré que Titius vous a fait une vente dont le prix est toujours dû (ce qui suppose, du reste, que sa première demande n'était pas dans la forme d'un *judicium legitimum*), il n'hésitera pas à vous condamner, parce qu'autrement une véritable iniquité serait consacrée par sa sentence... Il est si vrai qu'on ne commet pas un dol, par cela seul qu'on renouvelle une demande déjà formée, que l'*exceptio rei judicatæ* nous est présentée comme pouvant être quelquefois paralysée, dans l'intérêt du demandeur, au moyen de la *replicatio doli mali*. (L. 2, C. 3, 1.)

En somme un excellent commentaire de la loi 2, § 5. D., *De doli mali et met. exc.*, se trouve dans ce petit fragment de Papinien : *Qui æquitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est.* » (L. 12, D. 44, 4.)

CHAPITRE III

PRINCIPALES EXCEPTIONS ÉTUDIÉES SÉPARÉMENT

3631. Dans cette étude détaillée, nous examinerons les diverses exceptions en les divisant en deux groupes, comme dans l'article IV du chapitre précédent.

ARTICLE PREMIER. — EXCEPTIONS PÉREMPTOIRES.

§§ I, II, III.— *EXCEPTIONES DOLI MALI, METUS CAUSA, IN FACTUM COMPOSITA*

§ 1. Par exemple, si contraint par violence, circonvenu par dol, ou abusé par erreur, vous avez promis à Titius ce que vous ne deviez pas lui promettre, il est évident que vous êtes obligé, d'après le droit civil, et qu'il est fondé à soutenir que vous devez donner ; mais il serait inique que vous fussiez condamné ; on vous accorde, en conséquence, pour repousser la demande, l'exception de crainte, de dol, ou une exception conçue *in factum*, c'est-à-dire rappelant les faits sur lesquels elle est fondée.

3632. Celui qui s'oblige sous l'empire de la crainte, du dol, oude l'erreur, est, nous le savons, considéré comme civilement obligé par le droit civil, et le créancier peut le poursuivre. Mais le préteur, considérant que l'équité est violée par l'application des principes rigoureux du droit civil, permet àce débiteur de repousser l'action, par l'exception *metus causa*, ou *doli mali*, ou *in factum composita*. Ces exceptions permettent de repousser, non seulement le *condictio* ou action personnelle, mais aussi une action réelle, une revendication par exemple, dans le cas où j'aurais mancipé une chose sous l'empire du dol ou de la violence.

Exceptio doli mali. — Paul fait remarquer, au sujet du dol, qu'il importe de distinguer si on veut s'en prévaloir sous forme d'action, ou sous forme d'exception : « *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est ; nam hæc perpetuo competit : cum actor quidem in sua potestate habeat quando utatur suo jure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem quando conveniatur.* (L. 5, § 6. D. 44, 4.) De là cette maxime : *temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*. En effet, le demandeur est parfaitement libre d'intenter l'action de dol, dans le délai annal qui lui est accordé ; s'il ne profite pas de ce délai, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même, puisqu'il est maître de former sa demande suivant son bon plaisir. Celui qui peut profiter d'une exception, ne peut s'en servir qu'en réponse à une action ; si donc l'exception *doli mali* avait été limitée à un certain délai, le demandeur n'aurait eu qu'à attendre l'expiration de ce délai, pour agir en toute sécurité, puisque l'exception n'aurait plus pu lui être opposée. — Rappelons d'ailleurs, au passage, que l'action de dol ne peut être intentée que pendant une année, mais que l'auteur du dol reste tenu d'une action *in factum* : « *quatenus locupletior factus est.* » (L. 28, D. 4, 3.)

3633. *Exceptio metus causa.* — D'après le droit civil, la crainte, comme le dol, n'était point une cause de nullité, soit des obligations, soit des aliénations. Le droit prétorien avait adouci en ce point le droit civil, en permettant à celui auquel une promesse ou une aliénation avait été extorquée par violence, de repousser par une exception l'action fondée sur la promesse ou l'aliénation extorquées. Au surplus, ainsi qu'on l'a déjà fait remarquer, il n'est pas nécessaire que le défendeur qui allègue la violence en désigne l'auteur ; « *nam metus in se habet ignorantiam ;* » il lui suffit de prouver que l'acte, en vertu duquel on agit, lui a été extorqué par violence ; aussi le nom du demandeur ne figure-t-il pas dans le libellé de l'exception : « *Si in ea re nihil metus causa factum sit* » (L. 4, § 33.

D. 44, 4) ; tandis que le nom du demandeur figure nécessairement dans l'exception de dol : « *Si in ea re nihil dolo mali Auli Agerii factum sit.* » (Gaïus, IV, § 119.)

3634. C'est même par cette considération que l'exception *metus* ne peut être considérée comme faisant double emploi avec l'exception *doli mali*. On pourrait dire, en effet, que celui qui s'oblige sous l'empire de la crainte que vous lui inspirez par des menaces, pourrait *a fortiori* opposer au demandeur l'exception de dol. Mais, comme nous l'avons vu, tandis que l'exception *doli mali* est conçue *in personam*, l'exception *metus* est conçue *in rem*, et possède, par conséquent, un champ d'action bien plus étendu. (LL. 2, § 1 et 4, § 33. D. 44, 4.)

3635. Notre texte, en mentionnant le cas du dol et celui de la crainte, parle de l'erreur. On suppose naturellement une erreur, non pas excluant tout accord de volontés, car dans ce cas il n'y aurait rien de fait (*Inst.* III, XIX, § 23), mais engageant à tort l'une des parties à s'obliger : par exemple, je crois à tort être votre débiteur et vous croyez à tort être le débiteur de Titius. Dans cette situation vous me déléguez à Titius, en d'autres termes, je promets à Titius ce que je crois vous devoir. La vérité étant connue par la suite, je repousserai l'action de Titius par l'*exception de dol.* (L. 7, § 1 ; L. 17, pr. D. 44, 4.)

3636. Nous trouvons aussi dans notre texte l'énonciation d'une exception dite *in factum composita.* Elle est donnée pour suppléer à l'exception de dol, dans les hypothèses où cette dernière aurait des inconvénients, par exemple, s'il s'agit de l'opposer à l'ascendant ou au patron du défendeur. On formulera les faits, sans les qualifier. (L. 4, § 16. D. 44, 4 ; v. sur les exceptions *in factum* les n^os^ 3611 et suiv.)

§ IV. — *EXCEPTIO PACTI CONVENTI*

§ 3. Lorsqu'il est intervenu entre le débiteur et le créancier un pacte par lequel celui-ci a promis de ne pas réclamer la dette, le débiteur n'en reste pas moins obligé ; car le pacte n'éteint que certaines obligations. Le créancier peut donc attaquer son débiteur avec succès par l'action *si paret dare oportere ;* mais, comme il serait inique que le défendeur fût condamné malgré le pacte, on lui accorde, pour se soustraire à la condamnation, l'exception *pacti conventi* (de pacte convenu).

3637. Le pacte par lequel un créancier convient de ne pas demander ce qui lui est dû, n'éteint ni l'obligation, ni l'action qui la garantit. Mais comme il est contraire à la bonne foi de méconnaître une convention librement consentie, le pacte devient la base d'une exception qui procurera l'absolution du défendeur, soit qu'on la

libelle sous la forme générale d'une exception de dol : « *Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit* » ; soit qu'on la rédige *in factum* « *si non convenisset ne eam pecuniam peteret.* »

L'exception de pacte est perpétuelle ou temporaire, selon que le créancier a déclaré renoncer pour toujours à sa créance, ou a seulement accordé un délai à son débiteur. (Lire plus de détails, nos 3223, 3224.)

Quand il s'agit d'une obligation consensuelle, le pacte l'éteint *ipso jure*, mais à la condition que le contrat n'ait encore reçu aucun commencement d'exécution. (*Inst.* III, XIX, § 4.) L'action *furti* et l'action *injuriarum* sont également éteintes, *ipso jure*, par le pacte.

L'exception *pacti conventi* est conçue *in factum*, et par conséquent peut être opposée même à un patron et à un ascendant.

Elle peut du reste se transformer en exception *doli mali*, car il y a dol à réclamer l'exécution d'une obligation qu'on a entendu éteindre par le pacte. (L. 2, § 4. D. 44, 4.)

§ V. — *EXCEPTIO JURISJURANDI*

§ 4. Pareillement, si le serment leur étant déféré par le créancier, le débiteur a juré qu'il ne devait rien, il n'en reste pas moins obligé ; mais, comme il serait inique de rechercher s'il y a eu parjure de sa part, il peut se défendre par l'exception *jurisjurandi* (de serment). Les exceptions ne sont pas moins utiles contre les actions réelles, par exemple, dans le cas où le serment étant déféré par le demandeur au possesseur, celui-ci a juré que la chose en litige lui appartenait, et où néanmoins le demandeur voudrait revendiquer : en effet, quoique la demande soit fondée, c'est-à-dire quoique la chose appartienne au demandeur, il serait inique que le défendeur fût condamné.

3638. Il a été déjà traité de cette exception, en parlant du serment volontaire. (Nos 3317, 3479.)

§ VI. — *EXCEPTIO REI JUDICATÆ*

§ 5. Il en est de même des cas où l'on a déjà exercé contre vous une action réelle ou personnelle ; car votre obligation n'en subsiste pas moins, et, par conséquent, on pourrait, d'après le droit civil, agir de nouveau contre vous pour le même objet ; mais alors vous pourrez invoquer pour votre défense l'exception *rei judicatæ* (de la chose jugée).

3639. En traitant des effets de la sentence (nos 3324 et suiv.), on a fait connaître dans quels cas l'absolution du défendeur éteint *ipso jure* le droit du demandeur ; dans quels cas, au contraire, ce droit continuant à subsister d'après le droit civil, le défendeur, qui serait itérativement attaqué, a besoin de recourir à une exception. Cette exception (*rei judicatæ*) n'est point fondée sur l'équité et la bonne

foi : en effet, si le premier juge s'est trompé en prononçant l'absolution du défendeur, qu'y aurait-il d'inique à ce que le demandeur cherchât, dans un nouveau procès, le moyen de faire réparer une erreur judiciaire qui lui aurait causé préjudice ? L'utilité générale en a décidé autrement ; parce qu'il importe au bon ordre de la société que les procès aient un terme, et surtout qu'il n'y ait point de décisions contradictoires. (L. 6. D. 44, 2.) Mais de ce que l'exception *rei judicatæ* n'avait pas pour base la bonne foi, il en résultait pour les Romains la conséquence pratique que cette exception était aussi nécessaire contre les actions de bonne foi que contre les actions de droit strict. (L. 2, C. 3, 1.)

La fiction légale « *res judicata pro veritate accipitur* » (L, 207, D. 50, 17), sur laquelle est fondée l'exception de chose jugée, n'a d'application qu'autant que la nouvelle demande a *le même objet* que celle précédemment jugée, est fondée sur *la même cause* et se débat entre *les mêmes personnes*. (L.L. 12, 13, 14, D. 44, 2.) Chacune des conditions de cette triple identité soulève des questions très ardues dont l'examen approfondi exigerait un traité spécial. On touchera seulement ici, en passant, les règles principales.

3640. 1° *Même objet*. — Il y a identité d'objet, quand la nouvelle demande porte sur le même corps que l'ancienne alors même que la demande nouvelle ne porterait que *sur une partie* de la chose précédemment réclamée, ou que, à l'inverse, elle comprendrait quelque chose de plus. (L. 14; D. 44, 2.) Après avoir succombé dans la demande d'un troupeau, je ne pourrai renouveler ma prétention, après que ce troupeau aura augmenté ou diminué, ou même se sera complètement renouvelé, quant aux animaux qui le composent. Si j'ai inutilement demandé un champ, je ne pourrai plus tard réclamer les arbres qui seraient coupés sur ce fonds, ni l'île née dans le fleuve voisin, ni les alluvions (L. 7; L. 21, § 1 ; L. 26, § 1 ; D. 44, 2). — Mais, après avoir inutilement revendiqué une *maison*, je pourrai revendiquer plus tard les *matériaux* qui entraient dans sa composition ; car, dans les idées des Romains, la *maison*, en tant qu'objet collectif, diffère essentiellement des matériaux qui la composent : la maison ne peut appartenir qu'au propriétaire du sol ; les matériaux peuvent appartenir à un tiers ; seulement, tant que la maison subsiste, la propriété des matériaux est comme endormie. — Après avoir inutilement revendiqué la propriété d'un fonds, pourrai-je ensuite en réclamer l'usufruit ? Il faut distinguer. Si je réclame cet usufruit, comme *dépendant du droit de propriété* dans la revendication duquel j'ai déjà succombé, le possesseur pourra me repouser par l'exception *rei judicatæ*, car

l'usufruit, considéré comme dépendance de la propriété, était compris dans ma première demande. Si, au contraire, je réclame cet usufruit *à titre de servitude* sur le fonds d'autrui, ma nouvelle demande ne remet point en question la chose précédemment jugée quant à la propriété, puisque, en réclamant l'usufruit *à titre de servitude*, je reconnais que la propriété ne m'appartient pas, ce qui est conforme à la chose jugée. (L. 21, § 3; D. 44, 2.)

3641. 2° *Même cause.* — La cause est la même, quand la seconde action est basée sur le même droit que la première, encore bien que l'action soit différente (L. L. 5 et 7, § 4; D. 44, 2) : souvent, en effet, et à l'occasion d'une même prétention, nous avons le choix entre plusieurs actions[1]; mais le choix et l'exercice de l'une d'elles entraînent l'extinction des autres. La cause n'est plus la même, si la seconde action est basée sur un droit différent, par exemple, si, après avoir succombé dans une *revendication*, j'agis ensuite par *condiction*, et réciproquement. En effet, par l'une de ces actions je soutenais que la chose m'appartenait (*rem meam esse*); par l'autre, je prétends seulement que le défendeur doit m'en transférer la propriété (*rem mihi dare oportere*) : prétentions essentiellement différentes (L. 31, D. 44, 2). L'exception ne pourra pas non plus m'être opposée, si, après avoir agi inutilement en vertu d'une vente, je réclame ensuite la même chose en vertu d'une stipulation; car rien ne s'oppose à ce qu'une même chose soit, entre le même créancier et le même débiteur, l'objet de plusieurs obligations différentes; et, par conséquent, après avoir jugé qu'une chose ne m'était pas due en vertu de telle obligation, on pourra très bien, plus tard, sans se mettre en contradiction, juger qu'elle m'est due en vertu de telle autre obligation (L. 14, § D. 44, 2). — Il en est autrement, du moins en général, de l'action réelle. En effet, celui qui est propriétaire ne peut le devenir davantage par une nouvelle acquisition : lors donc que je revendique une chose, je soumets par là même au juge tous les titres en vertu desquels je puis avoir acquis la propriété; et dès lors toute revendication nouvelle doit échouer devant l'exception de chose jugée. (L. 11, § 4; L. 25, D. 44, 2.) Il n'en sera ainsi toutefois qu'autant que, dans la première revendication, je n'aurai point indiqué spécialement le titre en vertu

---

1. Par exemple, celui qui achète un animal entaché d'un vice rédhibitoire a le choix entre l'action rédhibitoire et l'action *quanti minoris* (L. 25, § 1, D. 44, 2). Pareillement, celui qui est copropriétaire d'un fonds à titre héréditaire a le choix entre l'action *familiæ erciscundæ* et l'action *communi dividundo* (L. 8, D. 44, 2). Dans ces cas, la seconde action échouerait devant l'exception *rei judicatæ*.

duquel je me prétendais propriétaire ; car si j'ai indiqué un titre spécial, rien ne s'opposera à ce que je revendique plus tard en vertu d'un titre différent. Par exemple, après avoir inutilement soutenu qu'une chose m'appartient en vertu d'une mancipation, je puis réitérer le procès, en soutenant qu'elle m'appartient en vertu d'un legs. — La chose jugée ne formerait pas non plus exception à ma revendication, même quand je revendiquerais une seconde fois en vertu du même titre, si, dans la première instance, le défendeur n'avait été absous que parce qu'il ne possédait pas. — (L. 9 pr ; LL. 17 et 18 ; D. 44, 2). Enfin, si, après avoir inutilement revendiqué contre vous, une cause d'acquisition nouvelle survient à mon profit, je n'aurai pas à craindre l'exception *rei judicatæ* (L. 11, § 4 ; D. 44, 2.)

3642. 3° *Mêmes personnes.* — Alors même que l'objet et la cause de l'action nouvelle seraient les mêmes que dans l'action antérieurement intentée, il n'y aurait pas lieu à l'exception de la chose jugée, si les plaideurs n'étaient pas les mêmes ; car les sentences, comme les conventions, ne produisent d'effet qu'entre les parties. (L. 63, D. 42, 1.) — Le père de famille et les enfants soumis à sa puissance étaient réputés, sous plusieurs rapports, ne former qu'une seule et même personne ; par conséquent, ce qui était jugé pour ou contre le père de famille, était réputé jugé pour ou contre les personnes soumises à sa puissance. (L. 11, § 8, D. 44, 2.) — Il en est de même des héritiers, du moins quand ils ne se présentent pas dans l'instance en vertu d'un droit qui leur soit personnel : ce qui est jugé avec le défunt est jugé pour tous ses héritiers et successeurs universels. (L. 11, §§ 39 et 10, D. 44, 2.) — Il en est encore de même à l'égard des successeurs particuliers, toutes les fois que la sentence est antérieure à l'événement qui les a fait succéder au droit d'autrui ; ainsi, par exemple, le créancier hypothécaire est tenu de respecter les jugements rendus contre les débiteurs, antérieurement à la constitution de l'hypothèque. (L. 11 § 10 ; L. 29 § 1, D. 44, 2.)

3643. Pareillement, ce qui est jugé avec mon procureur, pourra m'être opposé, si plus tard je prétends renouveler en personne le procès. (L. 4 ; L. 11, § 7. D. 44, 2.) — Il arrive même quelquefois que nous soyons liés par la chose jugée avec une personne qui ne nous représentait à aucun des titres que nous venons d'énoncer. Par exemple, les légataires sont liés par la sentence qui aurait prononcé contre l'héritier la nullité du testament. Il en est de même quand le droit en litige est un droit *indivisible* qui appartient à plusieurs, par exemple une servitude. Dans ce cas, ce qui est jugé avec l'un de ceux qui doivent la servitude, ou auxquels elle est due, est

réputé jugé avec les autres, sauf à invoquer l'action *de dolo* en cas de collusion. (L. 19, D. 8, 5.)

A l'inverse, le même plaideur peut être considéré comme une personne différente, s'il agit en une autre qualité : par exemple, si, après avoir succombé dans une revendication que j'avais intentée *en mon nom propre*, je renouvelle ensuite la demande en me présentant *comme héritier du propriétaire*. (L. 10, D. 44, 1.) Ainsi encore, après avoir inutilement revendiqué une chose en qualité de tuteur ou de procureur, je pourrai la revendiquer plus tard, en mon nom personnel. (L. 54, D. 6, 1.)

3644. *N. B.* I. Rappelons que dans l'ancien droit le défendeur n'avait pas besoin de l'exception *rei judicatæ* lorsqu'il avait déjà été actionné quant à la même question, dans la forme d'un *judicium legitimum in personam :* en effet le droit du demandeur se trouvait alors éteint *ipso jure*. (Gaïus, III, §§ 180, 181 ; IV, §§ 106 à 108.) Sous Justinien, le système du *judicium imperio continens* a prévalu, et c'est toujours à titre d'exception que le défendeur invoque la chose jugée.

II. Comme le dol, comme la violence, comme le serment, la chose jugée peut produire, suivant les cas, une action ou une exception. Ainsi, ayant obtenu contre une personne une condamnation, j'emploierai contre elle l'action *judicati* si cette personne nie cette condamnation.

§ VII. — *EXCEPTIO REI IN JUDICIUM DEDUCTÆ*

3645. Pour qu'un premier procès fît obstacle à un second intenté pour le même objet, il n'était pas nécessaire que le premier eût été terminé par une sentence du juge ; il suffisait que le droit du demandeur eût été engagé en justice, c'est-à-dire qu'il y eût eu délivrance d'une formule d'action (*litis contestatio*). Nous avons vu, en effet, que la *litis contestatio* produit des effets tout pareils à ceux de la chose jugée, et qu'elle éteint aussi le droit du demandeur, tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope*. (Gaïus, III, § 180, IV, §§ 106, 107.) Lors donc qu'un demandeur, ayant obtenu une formule d'action, et l'ayant laissée tomber en péremption, voulait agir de nouveau, le défendeur pouvait le repousser par l'exception dite *rei in judicium deductæ*.

3646. De même, je poursuis l'un de deux *correi promittendi* par un *judicium imperio continens ;* puis, avant que la sentence n'ait été rendue, m'apercevant que celui que je poursuivais est insolvable,

j'actionne le second. Je serai repoussé par l'exception *rei in judicium deductæ.*

Cette exception a pour effet, on le voit, d'empêcher le renouvellement d'une poursuite déjà exercée. C'était aussi, paraît-il, à l'origine, la fonction de l'exception *rei judicatæ.* Mais cette dernière, sous les jurisconsultes classiques, a une action plus large ; elle sert, non seulement à celui qui veut exclure un nouveau procès, mais encore à celui qui veut profiter de ce qui a été jugé sur l'ancien. Tel est le cas où j'ai triomphé contre vous dans ma revendication du fonds cornélien ; si à votre tour vous voulez plus tard revendiquer ce même fonds contre moi, en fussiez-vous réellement propriétaire, vous serez repoussé par l'exception *rei judicatæ*, qui, on le voit, a pour but dans cette hypothèse, non pas d'empêcher une seconde poursuite, puisque c'est pour la première fois que vous m'actionnez, mais de me faire profiter de la qualité de propriétaire qui m'a été reconnue dans le premier procès.

§ VIII. — *EXCEPTIO COMPENSATIONIS*[1]

3647. Dans les actions de bonne foi, il entre dans l'office du juge d'apprécier les prétentions contraires du défendeur, et par conséquent de tenir compte des causes de compensation.

3648. Dans les actions de droit strict, au contraire, le juge ne peut prendre en considération les prétentions contraires du défendeur, qu'autant qu'il y est autorisé par une clause formelle insérée dans la formule : c'est l'exception de compensation, qui se produit sous la forme générale de l'exception de dol : *nisi in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit vel fiat;* car il y a dol à exiger ce qui nous est dû, sans vouloir tenir compte de ce que nous devons nous-mêmes à l'autre partie.

Dans les actions de droit strict, la compensation ne fut d'abord admise que dans certains cas particuliers ; un rescrit de Marc-Aurèle en généralisa l'usage.

3649. Zimmern fait ingénieusement remarquer ici que la compensation opposée à une action de droit strict, au moyen de l'exception de dol, produisait un effet très différent de celui de la compensation

---

1. Nous avons déjà traité la matière de la compensation (Nos 3549 et suiv.) au nombre des incidents qui empêchent le demandeur d'obtenir tout ce qui lui est dû. — Nous en donnons néanmoins de nouveau une théorie rapide, au point de vue de l'*exception* qui en dérive.

proposée *de plano* dans une action de bonne foi. Dans celle-ci, en effet, la compensation amenait seulement une réduction dans le chiffre de la créance réclamée; dans l'action de droit strict, au contraire, si l'exception de dol était prouvée, c'est-à-dire si la cause de compensation était établie, le juge devait absoudre complètement le défendeur, alors même que la créance opposée en compensation eût été fort inférieure à celle qui faisait l'objet de l'action. Ce résultat rigoureux était une conséquence forcée de la combinaison des diverses parties de la formule ; pour l'éviter, le demandeur devait admettre la compensation devant le préteur, et ne laisser donner la formule que pour la différence.

3650. La compensation n'avait lieu qu'autant que les deux prétentions étaient également exigibles, et portaient sur des choses fongibles entre elles. Dans l'origine, même dans les actions de bonne foi, le juge ne devait avoir égard aux prétentions contraires du défendeur, qu'autant qu'elles dérivaient de la même cause que la demande principale (*ex eadem causa*). Mais quand, plus tard, la compensation se trouva autorisée contre les actions de droit strict, c'est-à-dire dans des affaires purement *unilatérales*, où la prétention contraire du défendeur devait avoir nécessairement une cause différente de celle de l'action, il n'y eut plus de raison pour que le juge, saisi d'une action de bonne foi, ne pût aussi tenir compte des prétentions du défendeur qui ne se rattachaient pas à la demande principale. Au surplus, quand le juge estimait que les causes de compensation invoquées pour le défendeur étaient de nature, soit par leur complication, soit par leur défaut de connexité avec la demande, à retarder trop longtemps le jugement de l'action, il trouvait toujours, en vertu des pouvoirs à peu près illimités dont il jouissait dans les actions de bonne foi (*ex bono et æquo judicare*), la possiblité d'écarter des réclamations qui auraient paralysé, contrairement à l'équité, l'exercice d'un droit liquide et exigible.

3651. La compensation se présentait avec des caractères particuliers dans les actions intentées par les banquiers (*argentarii*), chez lesquels les citoyens romains étaient dans l'usage d'avoir ce que nous appellerions un *compte courant*. L'*argentarius*, faisant pour son client des recettes et des dépenses, devait régler lui-même son compte, et ne pouvait agir que pour le solde, sous peine de tout perdre par plus-pétition.

Il ne faut pas confondre la compensation, que l'*argentarius* doit opérer spontanément dans sa demande, avec la *deductio* qui modifiait les actions de l'*emptor bonorum*. Quand celui qui avait acheté tous les biens d'un insolvable agissait contre les débiteurs de cet

insolvable, la condamnation de la formule était conçue de façon à ce que le juge tînt compte de ce que le défendeur pouvait avoir à réclamer de son côté.

3652. La déduction se rapprochait, quant à ses effets, de la compensation des actions de bonne foi. — Elle différait essentiellement de la compensation opposée aux actions de droit strict, en ce qu'elle n'était point formulée sous forme d'exception, mais comprise dans la *condemnatio*. — Elle différait plus encore de la compensation particulière aux actions des *argentarii* : 1° en la forme, la compensation de l'*argentarius* se trouve dans l'*intentio* même de l'action, en ce sens que le banquier ne doit réclamer (intendere) que la différence entre ce qui lui est dû et ce qu'il doit lui-même; dans l'action intentée par le *bonorum emptor*, l'*intentio* porte toute la somme due à celui dont on a acheté les biens, et c'est seulement dans la condamnation qu'on fait mention de la déduction : la condamnation est donc toujours incertaine, et dès lors il ne peut y avoir plus-pétition; 2° au fond, la compensation de l'*argentarius* ne pouvait avoir lieu que pour des choses *exigibles*, de *même nature et qualité;* la *deductio* du *bonorum emptor* permettait, au contraire, de tenir compte des réclamations du défendeur, bien qu'elles ne fussent pas exigibles, et qu'elles portassent sur des choses d'une nature autre que celles faisant l'objet de la demande.

3653. *Observation*. — Le débiteur, qui a été absous à tort, ne peut pas néanmoins être poursuivi de nouveau pour la même dette. Mais s'il n'est plus obligé civilement, ne peut-on pas dire qu'il est tenu d'une obligation naturelle? Paul paraît bien pencher pour l'affirmative (L. 60, pr. D. 12, 6). « Cependant, dit M. Demangeat (t. II, p. 178), il ne me paraît pas possible d'admettre d'une manière générale qu'il soit permis à un homme de dire : « Titius est obligé « naturellement envers moi : car s'il a été absous sur la poursuite « que j'ai dirigée contre lui, je vais prouver que c'est à tort, je vais « prouver qu'il était *verus debitor*. » Une pareille proposition est évidemment incompatible avec le respect dû à la chose jugée. Ou le texte de Paul a été altéré, ou bien il se réfère uniquement à des cas où il ne peut y avoir contestation sur l'existence de la dette du défendeur, par exemple au cas où il n'a été absous que pour plus-pétition commise par le demandeur, au cas où il n'a été absous que grâce à l'exception *litis dividuæ*, etc. [1]. »

---

1. Voyez, en ce sens, M. Machelard : *Des obligations naturelles en droit romain*, p. 426 et suiv.

ARTICLE II. — EXCEPTIONS DILATOIRES.

§ Ier. — *EXCEPTIO PACTI PER TEMPUS*

3654. Il en a été déjà question dans l'article précédent, à l'occasion de l'exception perpétuelle *pacti conventi*.

§ II. — *EXCEPTIO REI RESIDUÆ*

3655. Il ne faut pas multiplier inutilement les procès ; et il serait désirable qu'une même instance vidât toutes les difficultés qui peuvent exister entre deux parties. C'est pour arriver à ce but, qu'avaient été imaginées les deux exceptions *rei residuæ* et *litis dividuæ*.

Celui qui n'a réclamé qu'une partie de ce qui lui était dû sera repoussé par l'exception *rei residuæ*, s'il veut réclamer le surplus pendant la même préture ; mais son droit n'est point perdu pour cela, et il pourra intenter une action supplémentaire sous l'une des prétures suivantes : c'est en cela précisément que l'exception est dilatoire. (Gaïus, IV, § 122.)

§ III. — *EXCEPTIO LITIS DIVIDUÆ*

3656. Les mêmes règles s'appliquent à celui qui, ayant avec une autre personne plusieurs causes de procès, n'agirait pas en même temps pour toutes : il devra attendre une nouvelle préture (Gaïus, IV, §§ 123, 124.)

3657. Il est bien entendu que si, dans l'un ou l'autre cas, le demandeur avait eu l'imprudence d'agir de nouveau pendant la même préture, l'exception, toute dilatoire qu'elle est, entraînerait la perte irrévocable de son droit.

Les exceptions dont il vient d'être parlé sont dilatoires *ex tempore ;* celles dont il va être question dans le paragraphe suivant sont dilatoires *ex persona*.

§ IV. — *EXCEPTIONES COGNITORIÆ ET PROCURATORIÆ*

3658. Les plaideurs romains pouvaient en général se faire représenter soit par des *cognitores*, soit par des *procuratores*. (V. plus loin nos 3752 et suiv.) Ce droit n'appartenait cependant pas à tous indistinctement ; et, réciproquement, tout individu n'était pas habile à représenter les parties, à l'un ou à l'autre de ces deux titres. Lors donc que celui qui ne pouvait plaider par représentant vou-

lait en préposer un, ou lorsque, ayant le droit de se faire représenter, il faisait choix d'un individu inhabile à remplir cette fonction, le défendeur trouvait dans ces circonstances la base d'une exception qui, du reste, était purement dilatoire ; car il suffisait au demandeur de plaider par lui-même, ou de choisir un représentant capable, pour échapper à l'exception. Mais il fallait que ce changement s'opérât pendant que les parties étaient encore *in jure* ; en effet, la formule une fois délivrée, si l'exception venait à être prouvée, le défendeur obtenait une absolution complète et irrévocable. (Gaïus, IV, § 124 ; § 11 de n. t.)

§ V. — *EXCEPTIO NON NUMERATÆ PECUNIÆ.*

§ 2. Il en est de même lorsque quelqu'un a stipulé la restitution d'une somme qu'il devait prêter et qu'il n'a pas comptée. Car, nul doute qu'il ne puisse, d'après le droit civil, exiger de vous cette somme, puisque vous êtes obligé par la stipulation ; mais, comme il serait inique que vous fussiez condamné à ce titre, on vous a accordé de repousser la demande par l'exception *non numeratæ pecuniæ* (d'argent non compté).

3659. Il arrivait souvent aux Romains de confirmer par une stipulation l'obligation résultant du *mutuum ;* de telle sorte que l'emprunteur se trouvait obligé par un double lien : *re* et *verbis*. Souvent aussi, la stipulation précédait la numération des espèces (*mutuum*), à peu près comme chez nous l'emprunteur signe un billet avant de recevoir l'argent. Or, il pouvait arriver qu'après avoir obtenu réponse à sa stipulation le stipulant refusât de compter les espèces, c'est-à-dire de réaliser le *mutuum* en vue duquel l'autre partie avait consenti à promettre. Dans cette hypothèse, le promettant n'était point obligé *re*, car il n'avait rien reçu ; mais il était obligé *verbis*, parce que la stipulation est valable, en droit civil, indépendamment de la cause qui a déterminé le promettant à répondre. Toutefois, comme il eût été inique d'exiger le payement d'une promesse faite exclusivement en vue d'une remise d'espèces qui ne s'était pas réalisée, le promettant pouvait repousser l'action *ex stipulatu*, soit par l'exception générale de dol, soit par l'exception *in factum* dite *non numeratæ pecuniæ*. (Gaïus, IV, § 116 ; L. 2, § 3 ; L. 4, § 16, D. 44, 4.)

3660. L'exception non *numeratæ pecuniæ* était dilatoire en ce qu'elle n'était accordée que pendant un certain temps, passé lequel le débiteur n'était plus recevable à alléguer la non-numération des espèces : le silence du débiteur pendant un certain temps devait, en effet, être considéré comme un aveu tacite de la numération. Le délai courait du jour où la promesse avait été faite. — Aurait-il donc

suffi au créancier d'attendre l'expiration du délai de l'exception pour pouvoir agir utilement, sans avoir à craindre l'exception? Oui, sans doute ; mais le débiteur n'était pas livré pour cela à la merci de son créancier, car il n'était pas tenu d'attendre qu'on l'attaquât, et il pouvait agir lui-même, avant l'expiration du délai, pour obtenir libération de la promesse qui lui avait été surprise. (L. 7, C. 4, 30.)

En général, le défendeur doit prouver les exceptions qu'il oppose : *reus in exceptione actor est.* (L. 1, D. 44, 1 ; L. 19, D. 22, 3.) Par une dérogation à cette règle, le défendeur qui excipe de la non-numération des espèces n'a pas à prouver ce fait négatif : c'est au demandeur à prouver qu'il a compté les valeurs faisant l'objet de l'obligation. Cette dérogation singulière avait été, sans doute, introduite par une double raison : d'une part, la difficulté pour le défendeur de prouver un fait négatif ; et, d'autre part, parce qu'on avait voulu faciliter la répression de fraudes qui paraissent avoir été très fréquentes (LL. 3, 10, C, 4, 30). — Nous avons vu déjà cette exception *non numeratæ* permise, à l'occasion du contrat *litteris* (n^os^ 2621 et suiv.). Nous avons dit alors que le délai, pendant lequel cette exception pouvait être présentée, fut d'abord de un an, puis de cinq ans à partir de Marc-Aurèle, enfin de deux ans sous Justinien.

N. B.— Il paraît que, du temps de Gaïus, celui qui s'était engagé d'avance *verbis* ou *litteris*, en vue d'un prêt qu'on devait faire et qu'on ne faisait pas, avait simplement l'*exceptio doli mali.* (L. 2, § 3, D. 44, 4.)

§ VI. — *EXCEPTIO DIVISIONIS.*

3661. Lorsqu'une dette a été cautionnée par plusieurs fidéjusseurs, et que l'un d'eux est attaqué pour le tout, il peut demander, *in jure*, que l'action du créancier soit divisée entre tous les fidéjusseurs solvables : c'est ce qu'on appelle le *bénéfice de division.* (Gaïus, III, § 122.) Si, sur cette réclamation, le demandeur consent à la division de son action, point de difficulté : l'action n'est accordée que pour la part contributoire du fidéjusseur actionné ; et, dès lors, il n'y a pas d'exception à insérer dans la formule. Si, au contraire, le demandeur persiste à vouloir l'action *in solidum*, en prétendant que les autres fidéjusseurs sont insolvables, le préteur insérera dans la formule l'exception *si non et illi solvendo sint.* Le juge aura donc à examiner si les autres fidéjusseurs sont solvables, comme le prétend le défendeur et le dénie le demandeur : s'ils sont insolvables, l'exception n'étant pas justifiée, le défendeur

sera condamné pour le tout; s'ils sont solvables, au contraire, le défendeur devra être absous pour le tout : car c'est une conséquence rigoureuse, mais logique, de l'exception, d'emporter toujours absolution complète. (L.28, D. 46, 1.)

Cette exception était dilatoire, en ce qu'elle ne formait obstacle à la demande qu'autant que le créancier s'obstinait à ne pas vouloir diviser son action, sous prétexte que les autres fidéjusseurs n'étaient pas solvables. (Voir les nos 2510, 2514 et suiv.)

CHAPITRE IV

RÉPLIQUES, DUPLIQUES

(*Inst.*, IV, XIV.)

Pr. Il arrive quelquefois qu'une exception qui paraît juste au premier abord, n'oppose en réalité qu'un obstacle inique à la prétention du demandeur. Dans ce cas, le demandeur a besoin, à son tour, d'une allégation que l'on appelle réplique, parce qu'elle répond à l'exception et détruit le droit qui en résultait pour le défendeur. Par exemple : si, après un pacte par lequel le créancier avait renoncé à exercer ses droits, il est intervenu un autre pacte qui lui permet d'intenter sa demande? Dans de telles circonstances, si le créancier agit, et que le défendeur oppose une exception portant qu'il ne doit être condamné qu'autant que le demandeur n'aurait pas renoncé à exercer des poursuites, cette exception nuira au créancier, car le dernier pacte n'a pas détruit le premier qui continue à avoir son effet : toutefois, comme il serait inique de repousser la demande du créancier, on accordera à ce dernier une réplique fondée sur le dernier pacte.

§ 1. A son tour la réplique, juste au premier aspect, peut conduire à un résultat inique : dans ce cas, il devient nécessaire de protéger le défendeur au moyen d'une allégation appelée duplique.

§ 2. Enfin, si la duplique, juste au premier aspect, n'élevait en définitive qu'un obstacle inique contre la demande, il faudrait venir au secours du demandeur par une allégation connue sous le nom de triplique.

§ 3. La diversité des affaires a introduit ces diverses exceptions, qui s'étendent quelquefois bien au delà, comme on pourra le voir avec plus de clarté et de développement dans le Digeste.

3662. Nous avons déjà donné la théorie générale des répliques, dupliques, etc. (n° 3276). Il suffira de présenter quelques exemples de ces incidents de procédure.

Primus revendique contre Secundus le fonds Cornélien, et succombe; puis il trouve le moyen de rentrer en possession dudit fonds. Secundus intente contre lui l'action Publicienne; si Primus oppose l'exception *justi dominii*, Secundus la paralysera par la *replicatio rei judicatæ*.

Primus intente contre Secundus une action hypothécaire, au

sujet du fonds Cornélien; le juge reconnaît qu'il y a hypothèque, mais il absout Secundus comme ne possédant pas. Puis Titius peut prouver que Secundus est entre en possession du fonds Cornélien; il intentera de nouveau l'action hypothécaire, et à l'exception *rei judicatæ* il répliquera : *si secundum me judicatum non est.* (L. 16, § 5, D. 20, 1.)

3663. Une femme non autorisée de son tuteur a donné à un Latin, *non mortis causa*, un fonds stipendiaire avec tous les accessoires nécessaires à l'exploitation. La donation est parfaite pour le fonds; mais les esclaves et autres objets *mancipi* n'ont pu être usucapés. — Si pourtant la femme n'a pas changé de volonté, et vient à mourir? l'héritier de la donatrice pourra intenter contre le Latin une revendication; le Latin invoquera l'exception *rei donatæ et traditæ;* le demandeur ripostera par la réplique *legis Cinciæ*, que le Latin paralysera par la *duplicatio doli.* (Gaïus, II, § 47; *Frag. Vatic.*, § 1, § 259.) (Voir l'explication complète de cette loi Cincia, nos 1151 et suiv.).

La loi 7, § 1 (D. 27, 10) parle d'une autre *duplicatio*, mal à propos qualifiée de *triplicatio*.

TROISIÈME SECTION. — PRESCRIPTIONS

3664. On a déjà parlé de la nature et de la forme des prescriptions qui étaient insérées en tête des formules, soit dans l'intérêt du demandeur, soit dans celui du défendeur (nos 3278, 3279). Nous n'avons rien d'important à ajouter à ce qui a été dit sur les prescriptions *ex parte actoris;* mais il convient d'examiner avec quelques détails les principales prescriptions *ex parte rei.*

3665. **Præscriptio fori.** — Quand le défendeur, cité devant un magistrat incompétent, élevait ce que nous pouvons appeler un *déclinatoire* d'incompétence, si l'incompétence était dès lors reconnue, le magistrat refusait au demandeur la formule d'action. — Si, au contraire, le fait sur lequel était basé le déclinatoire exigeait une vérification, par exemple, si le défendeur soutenait ne pas être soumis à la juridiction devant laquelle il était cité, soit à raison de son domicile, soit à raison de son origine, le magistrat accordait l'action, mais en ayant soin d'insérer, en tête de la formule, une clause qui chargeait le juge de vérifier si, oui ou non, le déclinatoire proposé était fondé : cette clause était ce qu'on appelle la *præscriptio fori*, dont la formule ne nous a pas été conservée.

Il était naturel que le juge, auquel l'affaire était renvoyée,

examinât d'abord la question de compétence : pourquoi, en effet, aurait-il perdu son temps à examiner le fond d'un procès sur lequel il ne devait prononcer qu'autant que le magistrat, qui avait délivré la formule, était lui-même compétent pour dire le droit entre les parties? Il est évident aussi que le juge, qui reconnaissait l'incompétence du magistrat qui avait délivré l'action, et par conséquent sa propre incompétence, ne pouvait prononcer ni condamnation, ni absolution : en ce cas, la prétention du demandeur devait être considérée comme n'ayant été ni jugée, ni même engagée en justice (*in judicium deducta*); et, par conséquent, le droit du demandeur restant entier, rien ne pouvait s'opposer à ce qu'il le fît valoir de nouveau devant le magistrat compétent.

Il est donc vrai de dire que la *præscriptio fori*, en particulier, ne produisait pas les effets de l'exception proprement dite.

3666. **Præjudicia**. — Il arrive souvent que plusieurs questions ont entre elles une connexité telle, que la décision de l'une soit de nature à préjuger les autres. Si les parties étaient maîtresses de faire juger à leur gré l'une ou l'autre de ces questions, il serait à craindre qu'on ne soumît à la justice une question d'un mince intérêt, afin d'obtenir, de surprendre peut-être, une décision qui préjudicierait à d'autres questions d'un intérêt très supérieur. Lors donc qu'une question de nature à en préjuger d'autres était portée devant le magistrat, le défendeur devait signaler cette circonstance, et demander que la formule fût rédigée de manière à ce que le juge ne préjugeât pas des questions qui étaient ou qui pouvaient être plus tard soulevées, soit devant la même juridiction, soit devant une juridiction différente. On arrivait à ce résultat en insérant, en tête de la formule, une clause restrictive que l'on désignait sous le nom de *præscriptio* ou de *præjudicium*, et qui commençait ordinairement par ces mots : *quod præjudicium non fiat*..., après lesquels on indiquait la question qu'il importait de ne pas préjuger.

3667. Quel était l'effet pratique d'une telle clause? Le juge devait-il s'arrêter et attendre que les parties eussent fait juger la question principale qu'il importait de ne pas préjuger? — Pouvait-il, au contraire, prononcer, condamner ou absoudre le défendeur, l'effet de la prescription se réduisant à sauvegarder les droits des parties quant aux autres questions? — Ou bien enfin, en était-il de la prescription comme de l'exception, qui, une fois prouvée, entraînait l'absolution complète du défendeur? — Les textes que nous possédons ne me paraissent pas fournir des éléments suffisants pour résoudre cette difficulté. Quelle que fût l'étendue des effets

des prescriptions fondées sur la nécessité de ne pas préjudicier à d'autres questions, cette matière avait conduit les jurisconsultes romains à poser cette règle : qu'entre deux causes connexes, la *causa minor* ne doit point préjudicier à la *causa major*. (L. 51, D. 5, 1.) On considérait comme *causa major* : 1° celle qui était du ressort d'une juridiction supérieure ou spéciale, par rapport à celle qui ressortissait de la juridiction ordinaire; 2° l'action criminelle, par rapport à l'action civile; 3° l'action intéressant l'honneur (*existimatio*) ou l'état, par rapport à celle qui ne présentait qu'un intérêt pécuniaire; 4° enfin, toute contestation ayant avec une autre des rapports tels que le jugement de la première dût entraîner le jugement de la seconde, sans qu'il y eût réciprocité.

Par exemple :

1° Un homme qui se prétend héritier, au lieu d'employer la *petitio hæreditatis*, réclame des objets héréditaires au moyen de la revendication? Or, sa demande ne serait fondée que s'il était réellement héritier, et la sentence sur la revendication préjugerait ainsi la question à débattre dans la *petitio hæreditatis*. — Pour éviter ce *préjugé* sur une action plus importante que la revendication, le défendeur oppose à cette dernière la *præscriptio quod præjudicium hæreditati non fiat*, ou *exceptio præjudicii* (L. 1, § 1, D. 10, 2);

2° Titius intente l'*actio confessoria* contre vous, possesseur des deux immeubles entre lesquels il prétend que la servitude existe? Vous l'obligerez, par la *præscriptio* ou *exceptio præjudicii*, à prouver d'abord, par la revendication, qu'il est propriétaire du fonds dominant (L. 16, D. 44, 1);

3° L'*actio injuriarum* peut aussi être repoussée par une *præscriptio*, lorsque le délit, dont elle poursuit la réparation civile, forme l'objet d'un *judicium publicum*.

3668. **Prescriptions fondées sur le temps.** — On a vu que, dès l'époque des jurisconsultes classiques, certaines actions devaient être intentées dans un certain délai, ce qui devient la règle générale sous les empereurs chrétiens. Quand une action était demandée tardivement, et que le défendeur se prévalait de cette circonstance, si l'expiration du délai était un fait avoué ou constant, le préteur refusait l'action; si, au contraire, le demandeur niait que le délai fût expiré, le magistrat insérait en tête de la formule la prescription « ea res agatur si, *tel temps ne s'est pas écoulé depuis...* » En effet, la question de savoir si le délai était ou non expiré pouvait quelquefois conduire à des vérifications assez compliquées qui entraient dans les attributions du juge.

3669. Parmi ces prescriptions fondées sur le temps, il faut sur-

tout remarquer celle qui, après dix ou vingt ans, protège contre toute attaque les possesseurs des fonds provinciaux non susceptibles d'usucapion.

Les prescriptions fondées sur le temps produisaient des effets aussi complets que les exceptions, en ce sens qu'elles ne retardaient pas seulement la décision du litige, mais qu'elles entraînaient, comme les exceptions proprement dites, l'*absolution* du défendeur, et par conséquent l'anéantissement du droit du demandeur.

Mais ces prescriptions, comme celles dont il a été question dans les deux paragraphes précédents, différaient des exceptions, en ce que le juge ne procédait jamais à l'examen de l'exception qu'*après* avoir vérifié l'*intentio* du demandeur ; tandis que, selon toute vraisemblance, le juge examinait les prescriptions avant de s'occuper du fond du litige. Cela paraît surtout vrai pour la *præscriptio longissimi temporis*, qui fut introduite précisément pour dispenser le juge de rechercher le mérite d'actions trop anciennes.

3670. *Observation.* — Terminons la matière des prescriptions *ex parte rei* en rappelant que, dès le temps de Gaïus, la forme et la place de ces parties accessoires des formules avaient complètement changé : au lieu d'être placées avant la formule d'action, elles furent insérées à la suite de la formule, comme cela se pratiquait pour les exceptions proprement dites. Ce changement dans la forme ne paraît pas, du reste, avoir sensiblement modifié les caractères primitifs des prescriptions.

3671. Il importe enfin de remarquer que, depuis cette transformation, les prescriptions reçurent souvent le nom d'*exceptions*. Ceci ne s'applique point, toutefois, à celles qui étaient fondées sur le temps, lesquelles conservèrent le nom de *prescriptions*.

QUATRIÈME SECTION. — DES INTERDITS.

(*Inst.*, IV, XV.)

TABLEAU SYNOPTIQUE DES INTERDITS

CHAPITRE Ier. **Préliminaires.**
- ARTICLE 1er. — Notions générales sur les interdits.
- ARTICLE 2. — Origine et nature juridique des interdits.
- ARTICLE 3. — Transformation et désuétude des interdits.

CHAPITRE II. **Division des interdits.**

SOMMAIRE.

ARTICLE 1er. 1re division.
- § I. Interdits prohibitoires.
- § II. » restitutoires.
- § III. » exhibitoires.

ARTICLE 2. — 2e division : Interdits simples, doubles.

ARTICLE 3. Troisième division des interdits : au point de vue de la possession

§ I. Interdits *Adipiscendæ possessionis.*
- I Interdit quorum bonorum.
- II. » possessorium.
- III. » sectorium.
- IV. » salvianum.
- V. » quod legatorum.
- VI. » quo itinere.

§ II. Interdits *Retinendæ possessionis.*
- I. Interdits uti possidetis.
- II. » utrubi.
- III. » divers.

§ III. Interdits *Recuperandæ possessionis.*
- . Interdit unde vi.
- II. » de clandestina possessione.
- III. » de precario.

§ IV. — Interdits : *Tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis.*

CHAPITRE III. — **Procédure des interdits.**

CHAPITRE PREMIER

PRÉLIMINAIRES

ARTICLE I. — NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES INTERDITS.

Pr. Nous devons maintenant traiter des interdits ou des actions qui les remplacent aujourd'hui. Les interdits étaient certaines formules conçues en termes solennels, par lesquelles le préteur ordonnait ou défendait de faire quelque chose; ce qui arrivait le plus souvent quand il y avait contestation entre des particuliers relativement à la possession ou à la quasi-possession.

3672. Comme les actions proprement dites, les interdits étaient aussi des formules (*formæ atque conceptiones verborum*) par lesquelles le magistrat interposait son autorité dans le but de mettre fin à certaines contestations existant entre deux particuliers. (Gaïus, IV, § 139 [1].) Mais, nonobstant cette ressemblance générale quant au but, les interdits différaient profondément des actions proprement dites, par la forme de leur rédaction; par le rôle plus direct, plus tranché, qu'y jouait l'autorité du magistrat; par l'économie et l'enchaînement des procédures; enfin, par la nature propre des contestations pour lesquelles ils étaient employés. Signalons, dès l'abord, quelques-unes de ces différences, dont la nature apparaîtra plus clairement dans la suite de cette section.

3673. 1° Dans l'action proprement dite, le préteur ne statue point sur le fond; il précise seulement les questions à résoudre, et renvoie les parties devant un ou plusieurs juges qu'il investit du pouvoir de condamner ou d'absoudre. L'action devient ainsi la cause immédiate d'une instance, d'un *judicium*.

Dans l'interdit au contraire, le magistrat termine sur-le-champ la contestation : il ne pose pas la question, il la tranche; il ne renvoie point devant un juge, il décide lui-même; il intime un ordre à l'une des parties (*interdits simples*), quelquefois aux deux (*interdits doubles*). — Cet ordre lui-même est toujours conçu en termes tranchants et impératifs: « ...vim fieri veto... exhibeas... restituas » qui exigent une obéissance immédiate; bien différent en cela des formes plus douces et plus réservées de l'action : « si paret, condemna; si non paret, absolve. » — Si la partie à laquelle cet ordre est intimé refuse d'obéir, ou si elle conteste les faits qui ont motivé l'ordre, l'autre partie pourra demander une action proprement dite, dans laquelle le juge aura à examiner si, en fait, le défendeur a refusé d'obéir, ou si sa contestation est fondée. Ainsi, l'interdit peut bien, il est vrai, devenir l'occasion d'un *judicium*; mais ce résultat, quoique ordinaire, n'est qu'accidentel : en effet, en cas d'obéissance volontaire de la partie contre laquelle l'interdit est rendu, il n'y a lieu à aucune procédure ultérieure. (Gaïus, IV, §§ 139, 141, 162, 163, 164, 165.)

3674. 2° L'interdit différait encore de l'action proprement dite, sous le rapport du fondement juridique qui servait de base à l'un et à l'autre.

En général, nul ne pouvait réclamer une action proprement

---

1. L'étymologie du mot *interdictum* en indique assez la nature : *inter duos dicere*, prononcer entre deux adversaires.

dite, si sa demande ne reposait sur un droit reconnu par la loi, ou par les autres sources de droit assimilées aux lois.

L'interdit, au contraire, intervenait précisément dans le cas où la prétention du demandeur ne reposait ni sur la loi, ni sur un acte équivalant à la loi. — Ceci nous conduit à parler de l'origine des interdits.

ARTICLE II. — ORIGINE ET NATURE JURIDIQUE DES INTERDITS.

3675. Nous n'avons de documents explicites ni sur l'époque ni sur les causes de l'introduction des interdits dans la procédure romaine; mais le but, la nature et la forme de ces moyens judiciaires permettent d'en déterminer l'origine avec assez de précision.

3676. L'action proprement dite suppose la violation d'un droit reconnu par la loi positive au profit de celui qui veut agir. Mais il existe chez tous les peuples, et il existait surtout à Rome, dans les premiers siècles, des rapports et des intérêts qui, bien que très respectables en eux mêmes, ne constituaient pas des droits privés reconnus et sanctionnés par la loi positive. — Ainsi, par exemple, quoique le respect de la *possession* soit un besoin de premier ordre dans toute société plus ou moins civilisée, il est constant que la possession ne fut d'abord qu'un simple fait, méconnu par la loi civile et dépourvu de toute sanction légale. — Ainsi encore, les particuliers avaient l'usage des choses communes, publiques, d'université, et aussi, sous certains rapports, celui des choses sacrées ou religieuses; mais précisément, peut-être parce que l'usage de ces choses avait été établi en faveur de *tous*, il n'était point considéré comme constituant un droit proprement dit au profit de tel ou tel citoyen en particulier; et dès lors il ne pouvait devenir le fondement d'une action privée.

3677. Dans tous ces cas et autres pareils, faute de moyens légaux, les particuliers, troublés dans leur possession ou dans l'usage des choses communes, auraient été réduits à faire appel à la force, si le magistrat n'eût interposé son autorité pour maintenir la paix publique. (Gaïus, IV, § 139.) Le préteur n'intervenait pas alors, comme dans les actions, en vertu de sa *juridictio*, mais en vertu de son *imperium*. Comme magistrat chargé de faire les règlements de police concernant la paix et la sûreté publique, il intimait les ordres nécessaires pour prévenir les scènes de violence et les autres voies de fait qui auraient porté atteinte à la tranquillité et au bon ordre.

Cet ordre du magistrat, en imposant à l'une des parties une obligation, devenait, pour celle qui l'avait obtenu, la source d'un véritable droit dont la violation devait naturellement donner naissance à une action. Ainsi, et c'est l'idée la plus large et la plus exacte qu'on puisse s'en faire, l'interdit, considéré dans sa nature intime, n'était qu'un règlement de police destiné à suppléer aux lacunes de la loi, une loi spéciale faite pour la cause : c'est ce qui fait dire à Ulpien : *Omnia interdicta licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt ;* bien que les interdits paraissent conçus *in rem*, ils sont cependant *in personam*. (L. I, § 3, D. 43, I.)

Les interdits, tels que nous les connaissons, paraissent remonter aux premiers temps de l'établissement de la préture, et par conséquent être antérieurs à la chute de la procédure des *actions de la loi*. Il n'est pas probable, au surplus, que les intérêts importants, que nous voyons protégés par les interdits au temps de la jurisprudence classique, aient jamais été, à aucune époque, absolument dépourvus de toute protection ; seulement, il est tout à fait impossible aujourd'hui de savoir en quoi les remèdes judiciaires, usités avant l'introduction des interdits, différaient de ceux-ci, soit quant à la forme, soit quant aux règles du fond.

ARTICLE III. — TRANSFORMATION ET DÉSUÉTUDE DES INTERDITS.

3678. Dans l'origine, on rendait un décret spécial pour chaque affaire ; mais les occasions de rendre des décrets pareils se reproduisant fréquemment avec les mêmes circonstances, les préteurs finirent par inscrire dans l'Édit des formules générales de ces décrets. Dès lors, au moins pour les cas prévus dans l'Album, on cessa peu à peu de recourir à l'intervention directe du magistrat : à quoi bon, en effet, aller solliciter une ordonnance qui, promise d'une manière générale, n'était plus refusée à personne? On s'habitua donc à demander, en vertu de l'*interdit général* inscrit dans l'Album, les mêmes actions qu'on n'aurait pu obtenir dans les premiers temps qu'à la suite d'un *interdit spécial* rendu pour l'affaire. — En d'autres termes, dans le principe, il fallait s'adresser deux fois au magistrat : la première fois ponr obtenir l'*interdit ;* et la seconde pour demander l'action contre celui qui s'était mis en contravention à l'interdit. Mais lorsque les interdits figurèrent dans l'Album comme règles générales, on vint *de plano* demander l'action contre celui qui avait contrevenu à l'injonction inscrite dans l'Édit.

3679. Avec le temps, la plupart des rapports, qui, primitive-

ment, étaient protégés par des interdits, finirent par être considérés comme des droits, et furent, dès lors, protégés directement par des actions, indépendamment de tout interdit général ou spécial, réel ou supposé. C'est ainsi qu'on peut s'expliquer le concours si fréquent d'interdits et d'actions ayant à peu près le même but; par exemple, l'interdit *salvien* et l'action *servienne*, l'interdit *quorum bonorum* et la *pétition d'hérédité prétorienne*, les interdits *exhibitoires* et l'action *ad exhibendum*.

Grâce à ces transformations successives, les interdits proprement dits n'existaient plus au temps de Justinien, et étaient tous remplacés par des *actions*, dans le sens que cette expression obtint sous les empereurs chrétiens.

CHAPITRE II

DIVISION DES INTERDITS

SOMMAIRE.

3680. Les interdits se divisent de plusieurs manières, suivant les divers points de vue sous lesquels on les considère.

Sous le rapport des intérêts qu'ils sont destinés à protéger, on distingue les interdits qui se rapportent aux choses de *droit divin*, (tels sont les interdits *ne quid in loco sacro fiat*, *de mortuo inferendo*), des interdits qui ont pour but un intérêt purement *humain*. Ces derniers se subdivisent, à leur tour, en interdits protecteurs : de l'intérêt public, par exemple : *ut via publica vel flumine*, *publico uti liceat*, etc.; ou de l'état des personnes, par exemple : *de homine libero exhibendo;* ou enfin d'intérêts pécuniaires; tels sont notamment tous les interdits possessoires (L. 1 et 2, D. 43, 1). Cette première distinction, n'ayant aucune influence marquée sur les formes et les effets de l'interdit, n'est mentionnée ici que pour mémoire.

3681. Une autre division générale, tirée de la nature de l'ordre contenu dans l'interdit, divise tous les interdits en prohibitoires. restitutoires, exhibitoires.

3682. Sous un autre point de vue, les interdits sont simples ou doubles : simples, si l'ordre ne s'adresse qu'à l'une des parties; doubles, si l'ordre est intimé collectivement aux deux parties.

3683. Enfin, les interdits possessoires en particulier se subdivisent en trois catégories, suivant qu'ils ont pour objet d'acquérir, de retenir ou de recouvrer la possession (*adipiscendæ*, *retinendæ*, *recuperandæ possessionis*). Il convient même d'ajouter une quatrième

classe comprenant certains interdits qui ont le double caractère d'être tantôt *adipiscendæ*, tantôt *recuperandæ possessionis*.

On va reprendre successivement ces trois divisions, en insistant seulement avec détail sur la troisième, parce que les interdits possessoires sont les seuls qui présentent pour nous un véritable intérêt.

ARTICLE PREMIER. — PREMIÈRE DIVISION

§ 1. Voici la division principale des interdits : ils sont ou prohibitoires, ou restitutoires, ou exhibitoires.

Les interdits prohibitoires sont ceux par lesquels le préteur défend de faire quelque chose, par exemple, de faire violence à celui qui possède sans vice, ou à celui qui veut déposer un mort là où il a le droit de l'inhumer; de construire dans un lieu sacré; et de rien faire dans un fleuve public, ou sur ses rives, qui puisse rendre la navigation plus difficile.

Les interdits restitutoires sont ceux par lesquels le préteur ordonne de restituer quelque chose, par exemple, celui par lequel il ordonne à tout individu qui détiendrait comme héritier (*pro hærede*), ou comme possesseur (*pro possessore*), des objets faisant partie de l'hérédité, de les restituer au possesseur de biens; ou encore, celui par lequel il ordonne de rétablir en possession celui qui en a été dépouillé par violence.

Les interdits exhibitoires sont ceux par lesquels le préteur ordonne d'exhiber, par exemple : l'individu dont la liberté fait l'objet d'un procès; l'affranchi auquel son patron veut imposer des services; les enfants à l'ascendant qui les a sous sa puissance.

Quelques auteurs pensent toutefois que le nom d'interdits ne convient qu'aux formules prohibitoires, parce que interdire, c'est dénoncer et prohiber; et qu'on doit nommer décrets les formules restitutoires et exhibitoires : mais l'usage a prévalu de donner aux uns et aux autres le nom d'interdits (*interdicta*), parce que tous sont rendus entre deux personnes (*inter duos dicuntur*).

§ Ier. — INTERDITS PROHIBITOIRES

3684. Les interdits prohibitoires sont ceux par lesquels le préteur *défend* (*vetat*) de faire quelque chose : vim fieri veto... veto... ne fiat. C'est à eux que s'appliquait plus spécialement le nom d'*interdicta*; les interdits restitutoires (restituas) ou exhibitoires (exhibeas) se nommaient *decreta;* mais le mot *interdicta* finit par devenir une appellation générique, embrassant tant les interdits prohibitoires que les décrets restitutoires et exhibitoires.

Nous allons donner seulement une liste sommaire des interdits prohibitoires que les textes, arrivés jusqu'à nous, permettent de connaître.

1° *De mortuo inferendo.* — Cet interdit a pour objet la protection des inhumations.

2° *De sepulchro ædificando.* — Cet interdit, qui peut-être ne faisait qu'un avec le précédent, n'en différait que par l'addition de

ces mots : « ... quominus illi in eo loco sepulchrum sine dolo malo ædificare liceat... »

3° *Ne quid in loco sacro fiat.*

4° *Ne quid in loco publico vel itinere fiat.* — Par cet interdit, le préteur doit veiller à ce qu'il ne soit fait aucun ouvrage de nature à gêner le droit qu'ont tous les citoyens de jouir des choses publiques, conformément à leur destination.

5° *De loco publico fruendo.* — Cet interdit a été imaginé en faveur de ceux qui prenaient à loyer certaines choses publiques.

6° *De via publica et itinere publico reficiendo.* — Il a pour but de protéger ceux qui réparent ou rétablissent la voie publique.

7° *Ne quis via publica... ire prohibeatur.* — Cet interdit, qui se rapproche beaucoup de celui qui est mentionné plus haut sous le n° 4, protège plus expressément la libre circulation sur la voie publique.

8° *Ne quid in flumine publico.* — Cet interdit est aux fleuves ce que l'interdit *ne quid in loco publico* est aux rues et places publiques. Il protège les fleuves et leurs rives contre les usurpations et les dégradations.

9° *Ne quid in flumine... quo aliter fluat.* — Le préteur prohibe ici les travaux qui seraient de nature à changer le cours de l'eau.

10° *Ne quis in flumine... navigare prohibeatur.* — Cet interdit est aux deux précédents ce que l'interdit du n° 7 est à celui du n° 4.

11° *De ripa muniendâ* — Cet interdit est pour les fleuves ce que celui du n° 6 est pour les routes ; mais les conditions en sont plus compliquées.

12° *De arboribus cædendis.* — Quand des arbres s'avancent sur la propriété du voisin, celui-ci est autorisé à les couper entièrement, s'il s'agit d'un arbre s'avançant sur une maison, et à les ébrancher jusqu'à quinze pieds du sol, s'il s'agit d'arbres qui empiètent sur un champ : de là, deux chefs distincts dans cet interdit.

13° *De glande legenda.* — Le principe de cet interdit existait aussi dans les XII Tables.

14° *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit.* — Par cet interdit, le préteur protège tous ceux qu'il envoie, à un titre quelconque, en possession des biens d'une autre personne. — Dans le même but, le préteur accordait aussi une action *in factum* qui était d'une application plus large que l'interdit ; car ce dernier n'était applicable qu'aux actes de violence, tandis que l'action comprenait tous les genres d'opposition que pouvait rencontrer l'envoyé en possession.

15° *De aqua ex castello.* — Cet interdit (qu'il ne faut pas confon-

dre avec ceux qui protègent les différentes prises d'eau établies à titre de servitude) venait au secours de ceux qui avaient une prise d'eau alimentée par un cours d'eau public.

16° *De migrando.* — Cet interdit est établi en faveur du locataire de *maison* qui éprouverait, de la part du locateur, des difficultés pour faire sortir des lieux loués les meubles affectés au payement des loyers.

17° *Uti possidetis ;* — 18° *Utrubi ;* — 19° *De itinere actuque privato ;* — 20° *De aqua quotidiana ;* — 21° *De aqua æstiva ;* — 22° *De rivis ;* — 23° *De fonte ;* — 24° *De cloacis ;* — 25° *De operis novi nunciatione.*

Les interdits mentionnés du n° 16 au n° 25 sont possessoires, et reviendront dans la 3e division.

§ II. — INTERDITS RESTITUTOIRES

3685. Les interdits restitutoires sont ceux par lesquels le préteur ordonne à l'une des parties de *restituer* quelque chose à l'autre. Il importe de remarquer que le mot latin *restituere* est beaucoup plus large que le mot français *restituer ;* car il comprend, non seulement le recouvrement de ce qui nous a déjà appartenu, mais encore l'*acquisition* de choses sur lesquelles nous n'avions auparavant aucun droit : c'est ainsi que les interdits *adipiscendæ possessionis* sont rangés parmi les interdits restitutoires.

3686. A la plupart des interdits prohibitoires qui protègent les inhumations, les tombeaux, les lieux sacrés, les choses publiques, chemins, fleuves, etc., correspondaient des interdits restitutoires, dont le but était de faire détruire ce qui avait été fait contrairement à la prohibition. Or, l'énumération précédente a suffi pour indiquer l'ordre de faits que visaient les interdits.

Nous ne mentionnerons que les interdits que nous aurons, plus loin, l'occasion de retrouver :

1° L'interdit prohibitoire, qui protégeait ceux que le préteur envoyait en possession, se donnait aussi comme interdit restitutoire. (L. 3, § 2, D. 43, 4) ;

2° Est aussi restitutoire l'interdit tendant à faire détruire ce qui a été fait contrairement à la dénonciation de nouvel œuvre : « *Quem in locum nunciatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur : quod in eo loco, antequam nunciatio missa fieret, aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas* ». (V. n° 3746. et L. 1, § 7 ; L. 20, pr. ; L. 21, § 4, D. 39, 1) ;

3° L'interdit *quod vi aut clam* est essentiellement restitutoire :

« *Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, cum experiendi potestas est, restituas.* — Malgré la généralité de ses termes, cet interdit n'était applicable qu'aux choses immobilières; mais il offrait un recours contre toutes les entreprises, voies de fait et usurpations, accomplies par violence ou clandestinement, sur le fonds d'autrui. (L. 1, pr. et § 4; L. 20, § 4, D. 43, 24). Il ne faut pas le confondre avec l'interdit possessoire *unde vi;*

4° *Interdit fraudatoire.* — Comme l'action paulienne, cet interdit a pour objet de révoquer les actes accomplis par le débiteur en fraude de ses créanciers : « *Quæ Lucius Titius fraudandi causa, sciente te, in bonis, quibus de agitur fecit: ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere, esseve oportet, et si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, potestas est, restituas.* » (L. 10, pr. D. 42, 8) ;

Sont pareillement restitutoires ;

5° Tous les interdits *adipiscendæ possessionis ;*

6° Tous les interdits *recuperandæ possessionis;*

7° Et, à double titre, les interdits qui sont *tam adipiscendæ quam retinendæ possessionis.* (Voir la 3e division).

§ III. — INTERDITS EXHIBITOIRES

3687. Les interdits sont dits *exhibitoires* quand ils contiennent l'ordre d'exhiber; tels sont :

1° L'interdit *de homine libero exhibendo*, dont le but est d'empêcher qu'un homme libre ne puisse être détenu illégalement par qui que ce soit : *Quem hominem dolo malo retines, exhibeas.* — Tout citoyen peut obtenir cet interdit, pour faire exhiber, sur-le-champ, en public, l'homme libre qu'il sait être indûment retenu (D. 43, 29; 48, 15);

2° L'interdit *de liberis exhibendis.* — Il est accordé au père de famille pour faire exhiber les enfants, soumis à sa puissance, qu'il se propose de revendiquer ensuite : *Qui quæve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est, dolove malo tuo factum est quominus apud te esset, ita eum eamve exhibeas* (D. 43, 30) ;

3° L'interdit *de liberto exhibendo.* — Il est accordé au patron qui veut faire exhiber l'affranchi auquel il veut réclamer les services qui ont été une condition de l'affranchissement (Gaïus, IV, § 162) ;

4° Un interdit tendant à l'exhibition des personnes dont l'état était en question (§ 1, de n. t.);

5° Enfin l'interdit *de tabulis exhibendis : Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicitur, si hæc*

penes te sunt, aut dolo malo tuo factum est ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas. (D. 43, 5.)

Nous avons vu (nos 952, 953, 963, 971, 974) des cas d'application de l'action *ad exhibendum,* mais, comme le dit Gaïus, cette action n'est donnée qu'à celui qui a un intérêt pécuniaire. (L. 13, D. 10, 4.)

N. B. — L'intérêt pratique de cette première division des interdits est un intérêt de procédure : *modo cum pœna agitur, modo sine pœna : cum pœna, velut quum per sponsionem agitur : sine pœna velut quum arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis, modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quæ arbitraria vocatur.* (Gaïus, IV, § 141.)

Dans la formule arbitraire on ne courait d'autre risque que celui de perdre son procès. Quand la formule n'était pas arbitraire, au contraire, on courait le risque de perdre non seulement son procès, mais encore le montant de la *sponsio* ou de la *restipulatio* faites devant le magistrat. Nous reviendrons sur ce point dans le chapitre III de cette matière.

ARTICLE II. — DEUXIÈME DIVISION : INTERDITS SIMPLES; INTERDITS DOUBLES [1].

§ 7. La troisième division des interdits est celle en interdits simples *simplicia*) et interdits doubles (*duplicia*).

Sont appelés simples les interdits dans lesquels l'un des plaideurs est demandeur, l'autre défendeur : tels sont tous les interdits restitutoires ou exhibitoires; en effet, celui qui demande qu'on lui restitue ou qu'on lui exhibe est demandeur; celui à qui on demande cette restitution ou cette exhibition est défendeur.

Quant aux interdits prohibitoires, les uns sont simples, les autres sont doubles. Les interdits prohibitoires simples sont ceux par lesquels le préteur défend de faire quelque chose dans un lieu sacré, dans un fleuve public ou sur les rives de ce fleuve : car celui qui désire qu'on ne fasse pas est demandeur; celui qui veut faire est défendeur.

Les interdits prohibitoires doubles sont les interdits *uti possidetis* et *utrubi;* on les appelle doubles, parce que la position des deux plaideurs est la même : aucun d'eux n'est regardé comme étant spécialement demandeur ou défendeur; mais chacun d'eux joue à la fois et le rôle de demandeur et celui de défendeur.

§ 8. Il serait superflu aujourd'hui de s'occuper de l'ancienne procédure des interdits et de l'issue qu'ils avaient autrefois. Car toutes les fois que l'instance est conduite extraordinairement (et aujourd'hui toutes sont conduites ainsi), il n'est pas nécessaire de rendre un interdit; mais on juge sans interdit, comme si une action utile eût été rendue à la suite d'un interdit.

---

1. Nous trouverons un peu plus loin ce mot *doubles* ayant une tout autre signification. (V. § 5.)

3688. On appelait interdits *simples*, ceux dans lesquels l'ordre ou la défense ne s'adressait qu'à une seule des parties. Il en résultait que cette partie, ayant seule à restituer, ou à exhiber, ou à s'abstenir, pouvait seule contrevenir à l'interdit, et par conséquent était aussi seule exposée à une condamnation. On exprimait ce résultat en disant que l'un des plaideurs était demandeur, l'autre défendeur (Gaïus, IV, §§ 156, 157). Dans l'interdit double, au contraire, la défense, contenue dans l'interdit, s'adressait simultanément aux deux plaideurs ; de telle sorte que chacun d'eux, se trouvant obligé, pouvait être condamné en cas de contravention. Les interdits de ce genre étaient appelés doubles, dans le même sens où nous avons vu ce mot appliqué aux actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum*, c'est-à-dire pour exprimer que chacun des plaideurs, pouvant être condamné ou, au contraire, obtenir condamnation contre son adversaire, se trouve en même temps demandeur et défendeur, et joue ainsi un double rôle dans l'instance.

3689. Les interdits doubles étaient en petit nombre ; il n'en est même que deux qui nous soient bien connus comme tels, à savoir : l'interdit *utrubi* et l'interdit *uti possidetis ;* mais peut-être en existait-il d'autres.

Quoi qu'il en soit, les interdits doubles ne se rencontrent que parmi les prohibitoires, et cela est naturel : en effet, si on conçoit très bien que le préteur puisse *défendre* aux deux plaideurs de faire quelque chose, on concevrait difficilement un ordre qui enjoindrait à la fois aux deux adversaires de restituer ou d'exhiber un même objet. La division des interdits en simples et doubles n'est donc qu'une subdivision des interdits prohibitoires, dont les uns sont simples, les autres doubles ; quant aux interdits restitutoires et exhibitoires, ils sont tous simples. (Gaïus, IV, §§ 158 à 160.)

On reviendra sur les interdits doubles en traitant des interdits *utrubi* et *uti possidetis*.

ARTICLE III. — TROISIÈME DIVISION DES INTERDITS.

§ 2. Il y a une autre division des interdits qui les distingue suivant qu'ils ont pour objet d'acquérir la possession (*adipiscendæ possessionis*), de retenir la possession (*retinendæ possessionis*), ou de recouvrer la possession (*recuperandæ possessionis*).

3690. Cette troisième division n'est pas générale, car elle ne comprend que les interdits *possessoires*, c'est-à-dire ceux qui ont pour base une possession antérieure que le demandeur veut retenir

ou recouvrer (*retinendæ* et *recuperandæ*), et ceux dans lesquels et demandeur cherche à obtenir une possession qui ne lui a point encore appartenu (*adipiscendæ possessionis*).

§ Ier. — INTERDITS *ADIPISCENDÆ POSSESSIONIS*.

Le premier interdit pour acquérir la possession est celui que l'on accorde au possesseur de biens : il est nommé *quorum bonum*. L'effet de cet interdit est d'obliger quiconque détient comme possesseur (*pro possessore*), ou comme héritier (*pro hærede*), des objets dépendant d'une succession, à les restituer à celui qui a obtenu la possession de biens. Est réputé posséder *pro hærede* celui qui se croit héritier ; possède *pro possessore* celui qui détient toute l'hérédité ou un objet particulier en dépendant, sachant que l'hérédité ou cet objet ne lui appartiennent pas. On dit que cet interdit a pour but l'acquisition de la possession (*adipiscendæ possessionis*), parce qu'il n'est utile qu'à celui qui cherche à obtenir, pour la première fois, la possession d'une chose : il n'est donc d'aucune utilité à celui qui, après avoir acquis la possession, l'aurait perdue. L'interdit *Salvien* est aussi un interdit à l'effet d'acquérir la possession : il est donné au bailleur relativement aux effets du fermier, que celui-ci a affectés au payement des fermages.

3691. Les interdits *adipiscendæ possessionis* avaient pour objet de procurer à une personne la possession réelle des choses qu'elle n'avait point encore possédées, mais non de lui faire recouvrer une possession antérieure qu'elle aurait perdue. Il était, en effet, pourvu à cette dernière situation, au moyen des interdits *recuperandæ possessionis*. Les interdits *adipiscendæ possessionis* ne sont pas fort nombreux : on n'en connaît aujourd'hui que six, savoir : *quorum bonorum*, *possessorium*, *sectorium*, *salvianum*, *quod legatorum* et *quo itinere* ; le *possessorium* et le *sectorium* ne nous sont même connus que par la découverte du manuscrit de Gaïus.

3692. I. **Interdit quorum bonorum.** — La formule de cet interdit en résume très bien la nature. Elle était ainsi conçue : *Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro hærede aut pro possessore possides, possideresve si nihil usucaptum esset ; quod quidem dolo malo fecisti ut desineres possidere, id illi restituas.* (L. 1, pr. D. 43, 2.)

Cet interdit était donc accordé aux successeurs prétoriens (*bonorum possessores*), qu'ils fussent ou non héritiers d'après le droit civil ; pourvu que, dans l'un et l'autre cas, ils eussent réclamé la *bonorum possessio* dans le délai voulu [1].

---

1. Il faut bien se garder de confondre les *possesseurs de biens* ou héritiers du droit prétorien, avec ceux que le préteur envoie en possession, soit à titre de mesure conservatoire, soit pour arriver à la vente des biens du débiteur. Au moyen de l'interdit *quorum bonorum*, le *bonorum possessor* (héritier préto-

Il procurait au successeur la possession réelle de tous les objets corporels dépendant de la succession; mais il était sans application quant aux créances héréditaires. (L. 2, D. 43, 2).

3693. Comme la pétition d'hérédité, avec laquelle il a tant de points de ressemblance, l'interdit *quorum bonorum* n'était efficace que contre ceux qui possédaient des corps héréditaires *pro possessore* ou *pro hærede*. On a déjà fait connaître (V. *Pétition d'hérédité*) le sens de ces deux titres de possession : il reste seulement une remarque à faire au sujet de la possession *pro hærede*. Au temps des jurisconsultes classiques, cette expression comprenait le possesseur qui était *véritablement héritier*, non moins que celui qui se croyait héritier sans l'être. L'interdit *quorum bonorum*, toujours efficace contre le dernier, l'était encore, même contre le possesseur véritable héritier, toutes les fois que, dans l'ordre successoral de l'Édit, le *bonorum possessor* occupait un rang préférable à celui de l'héritier civil. Il en était ainsi, par exemple, dans le cas d'opposition entre un enfant émancipé et un agnat. En effet, quoique l'enfant émancipé fût complètement exclu par le droit civil, et que, au contraire, l'agnat fût appelé par le droit civil et par le droit prétorien; cependant, comme l'enfant émancipé était réintégré dans le premier ordre de successeurs (*unde liberi*), tandis que l'Édit n'appelait les agnats qu'en second ordre (*unde legitimi*), cet enfant pouvait, au moyen de notre interdit, se faire restituer par l'agnat la succession que celui-ci aurait appréhendée en vertu de son titre d'héritier civil. Il en était autrement quand la contestation s'élevait entre un *bonorum possessor* et un héritier qui, même dans l'ordre successoral de l'Édit, aurait pu obtenir la *bonorum possessio* de préférence à celui qui, de fait, l'avait seul obtenue. Par exemple : un cognat a réclamé en temps utile la *bonorum possessio* (*unde cognati*); mais les biens héréditaires ont été appréhendés par un *agnat* qui, d'ailleurs satisfait de son titre d'héritier civil, n'a pas cru devoir y joindre la qualité de successeur prétorien (*bonorum possessor*), qu'il eût pu obtenir en la demandant en temps utile. Quoique le cognat ait seul obtenu la *bonorum possessio* et se trouve ainsi avoir à la possession un titre qui manque absolument à l'agnat, cependant on décide que l'interdit *quorum bonorum* demeure stérile dans les mains de ce cognat : il eût été inique, en effet, de faire perdre à l'agnat des biens qui lui étaient dévolus par le droit civil, et auquel

---

rien) obtient la possession juridique; le *missus in possessionem* au contraire ne l'obtient jamais; mais, à l'aide de l'interdit non possessoire, qui lui est particulier, le *missus* arrive seulement à la détention.

le droit prétorien lui-même l'appelait de préférence au cognat, et cela uniquement pour avoir négligé d'ajouter un second titre (celui de *bonorum possessor*) au titre d'héritier civil qui avait dû lui paraître suffisant.

3694. Sous Justinien, grâce à la fusion qui s'était opérée entre le droit civil et le droit prétorien, nul n'est héritier sans être en même temps *bonorum possessor*, et réciproquement : la *bonorum possessio sine re* ne peut donc plus se présenter ; et par conséquent l'interdit *quorum bonorum* ne peut plus avoir lieu contre un possesseur qui serait véritablement héritier.

Il faut aussi remarquer, dans la formule de l'interdit, les mots *possideresve si nihil usucaptum esset* : le possesseur doit restituer tout ce qu'il détient et tout ce qu'il a usucapé. Autrefois, on ne pourrait s'expliquer que le défendeur fût tenu de restituer ce qu'il avait usucapé ; mais Gaïus, en nous apprenant nettement ce qu'était la possession *pro hærede*, nous a fait connaître en même temps qu'un sénatus-consulte, rendu sur la proposition d'Adrien, avait décidé que les usucapions *pro hærede* pouvaient être révoquées par l'action en pétition d'hérédité ; et il était naturel qu'il en fût de même pour l'interdit *quorum bonorum*.

De la grande analogie qui existe entre l'interdit *quorum bonorum* et la *pétition d'hérédité possessoire*, M. de Savigny a conjecturé que cette action avait été introduite à l'imitation de l'interdit, et pouvait en tenir lieu.

Le préteur, dans cette théorie, n'aurait pas osé tout d'abord donner une action au *bonorum possessor;* il n'y serait arrivé que plus tard, et l'action, une fois instituée, l'interdit n'aurait plus eu d'utilité véritable ; il aurait fait double emploi.

3695. Une autre explication a été proposée :

Il n'a pu être question que de l'interdit, tant que le préteur n'a donné la *bonorum possessio* qu'à l'héritier présumé. Mais dès qu'il constitua un véritable système successoral à côté du système du droit civil, il sentit la nécessité de donner une action spéciale aux personnes ainsi appelées par lui seul à la succession. Dès lors on aperçoit très bien le rôle particulier de l'interdit et de l'action : le règlement qui résulte de l'interdit a un caractère provisoire, tandis que la sentence qu'entraîne l'action a un caractère définitif. (L. 1. D. 5, 5.)

3696. II. **Interdit possessorium.** — Cet interdit, dont la formule ne nous est pas parvenue, était accordé à l'*emptor bonorum* pour se faire mettre en possession des biens par lui achetés. (Gaïus, IV, § 145.) L'*emptor bonorum*, c'est-à-dire celui à qui avaient été adjugés

en bloc les biens du débiteur insolvable, était assimilé à un successeur. L'adjudication ne conférait pas à l'acheteur la propriété quiritaire des biens, mais seulement l'*in bonis*, qui se convertissait en propriété civile au moyen de l'usucapion. (Gaïus, IV, § 77-81.) Il semblerait, dès lors, naturel que l'*emptor* agît par action publicienne ; mais il faut remarquer que cette action n'est accordée qu'à celui qui, étant en voie d'usucaper, viendrait à perdre la possession, c'est-à-dir à celui qui *a déjà possédé :* or, le but de l'interdit *possessorium* étai précisément de faire acquérir à l'*emptor* cette possession, sans laquelle l'usucapion n'aurait pu commencer à son profit.

3697. III. **Interdit sectorium.** — L'interdit *sectorium* est de même nature que le précédent : il était accordé à ceux qui avaient acquis des biens mis en vente au nom de l'État.

Quant à son nom, il vient de ce qu'on appelait *sectores* les adjudicataires de biens vendus de cette manière. (Gaïus, IV, § 146.)

3698. IV. **Interdit salvianum.** — L'interdit Salvien était donné aux bailleurs de *fonds ruraux* pour se faire mettre en possession des objets que le fermier avec affectés au payement des fermages. (Gaïus, IV, § 146 ; D. 43, 33 ; V. action Servienne.)

Il pouvait être exercé, soit contre le fermier lui-même, soit contre un tiers détenteur. (L. 1, D. 43, 33.) Il est vrai qu'une constitution de Gordien (L. 1, C. 8, 9) est invoquée en sens contraire : mais le texte de cette constitution a été évidemment altéré.

Si le fonds appartient à deux personnes auxquelles les objets apportés par le fermier ont été hypothèqués, on distingue : *Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita est utique in solidum obligatæ essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur ; inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit. At, si actum fuerit ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent.* (L. 1, § 1, D. 43, 33.) Ulpien répète presque littéralement ces mêmes décisions au sujet de l'action Servienne. (L. 10, D. 20, 1.) — Mais voici un autre texte dans lequel Ulpien oppose l'action à l'interdit : *in Salviano interdicto, si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecta, possessor vincet, et erit ei descendendum ad Servianum judicium.* (L. 2, D. 43, 33.) En d'autres termes, si les objets apportés appartiennent, non au fermier, mais à un tiers, et que ce tiers ait permis de les hypothéquer aux deux bailleurs, c'est celui de ces derniers, qui possédera les objets, qui triomphera dans l'interdit Salvien ; au contraire, il serait vaincu dans l'action Servienne. (V. M. Demangeat, t. II, p. 802, 803.)

3699. L'interdit Salvien tendait au même but que l'action Servienne ; cependant, il ne paraît pas que ces deux moyens judiciaires fassent double emploi : l'interdit atteignait le but comme voie possessoire et au moyen de la procédure propre aux interdits ; l'action était une voie pétitoire soumise à la procédure ordinaire des actions. Y avait-il d'autres différences entre l'interdit et l'action, que les différences générales qui viennent d'être signalées ? Cela est fort douteux.

3700. Toutefois, d'après M. de Savigny, comme pour l'interdit *quorum bonorum*, l'interdit Salvien aurait été une tentative timide que le préteur aurait plus tard convertie en action propremen dite. — D'après d'autres, cet interdit aurait été établi au profit du bailleur, comme une sorte de compensation, au moment où l'action Servienne, qui d'abord lui appartenait exclusivement, fut accessible à tous les créanciers hypothécaires. Le bailleur était ainsi favorisé en obtenant la possession préalable, et, par suite, le rôle favorisé de défendeur, contre l'action des autres créanciers hypothécaires. — Il est présumable, en effet, que l'interdit Salvien a précédé l'action Servienne ; mais il faut bien admettre que l'interdit, même après la création de l'action, a conservé une utilité particulière, peut-être celle de permettre au bailleur de triompher par l'interdit, sans avoir à prouver que les objets apportés par le fermier lui appartenaient ou qu'ils ont été hypothéqués par le fermier avec le consentement de leur propriétaire, tandis que cette preuve doit être faite pour le succès de l'action.

3701. V. **Interdit quod legatorum.** — Cet interdit était donné à l'héritier pour se faire restituer tout ce qui aurait été appréhendé, sans sa participation, à titre de legs, par des tiers se prétendant légataires. (L. 1, § 2, D. 43, 3.)

Il était *adipiscendæ possessionis*, en ce que l'héritier, qui n'avait point encore eu la possession des objets appréhendés à titre de legs, obtenait cette possession au moyen de l'interdit.

3702. VI. **Interdit quo itinere.** — La formule de cet interdit, rapportée au Digeste, était : *Quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur vim fieri veto.* (L. 2, § 3, D. 43, 1.)

La servitude de chemin était à Rome susceptible de possession. Mais l'acheteur ne continue pas la possession du vendeur : l'acheteur, qui serait troublé dans l'exercice de la servitude, avant d'avoir lui-même acquis personnellement la possession, ne pourrait donc se fonder sur la possession antérieure du vendeur, pour demander l'interdit *retinendæ possessionis* dont il sera parlé ci-après. On avait tourné la difficulté, en accordant à l'acheteur un interdit *adipiscendæ*

possessionis, dont la base est, en définitive, la possession antérieure du vendeur.

§ II. — INTERDITS *RETINENDÆ POSSESSIONIS* [1].

§ 4. A l'effet de conserver la possession (*retinendæ possessionis*), ont été introduits les deux interdits, *uti possidetis* et *utrubi :* ils sont employés lorsque dans une contestation sur la propriété d'une chose il s'agit de déterminer lequel des plaideurs doit posséder, lequel doit jouer le rôle de demandeur. En effet, si l'on ne déterminait pas d'abord lequel est en possession, l'action pétitoire ne pourrait être engagée, puisque le droit civil et la raison naturelle sont d'accord pour exiger que l'une des parties possède, et que l'autre dirige sa demande contre le possesseur. Et, comme il est beaucoup plus avantageux de posséder que de jouer le rôle de demandeur, la possession devient presque toujours l'objet de grands débats. L'avantage de la possession consiste en ce que, lors même que la chose n'appartiendrait pas à celui qui possède, par cela seul que le demandeur ne peut pas prouver qu'elle est à lui, le possesseur doit être maintenu en possession : aussi, dans le doute sur le droit des deux parties, l'usage est de prononcer contre le demandeur.

L'interdit *uti possidetis* est relatif à la possession des fonds de terre et des bâtiments ; l'interdit *utrubi* à celle des choses mobilières. Ces deux interdits avaient dans le droit ancien des effets très différents. Dans l'interdit *uti possidetis*, celui-là l'emportait qui possédait au moment de l'interdit, pourvu qu'il n'eût pas acquis la possession sur son adversaire (*ab adversario*), par violence (*nec vi*), clandestinité (*nec clam*) ou à titre précaire (*nec precario*) : peu importait du reste qu'il eût acquis la possession sur d'autres que son adversaire, soit en les expulsant par violence, soit en s'emparant clandestinement de leur possession, soit en obtenant par prière qu'il lui fût permis de posséder. Dans l'interdit *utrubi* celui-là l'emportait qui avait possédé la plus grande partie de l'année, et dont la possession n'était ni violente, ni clandestine, ni précaire à l'égard de son adversaire.

Mais aujourd'hui on suit d'autres règles : on a voulu qu'en ce qui concerne la possession les deux interdits produisissent les mêmes effets : ainsi, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, celui-là l'emporte qui possédait au moment de la *litis contestatio*, et dont la possession n'était ni violente, ni clandestine, ni précaire à l'égard de l'adversaire.

§ 5. Nous sommes réputés posséder, non seulement quand nous possédons par nous-mêmes, mais encore lorsqu'un autre détient (*in possessione est*) en notre nom ; et cela lors même que cet individu ne serait pas soumis à notre puissance, comme un fermier ou un locataire. Nous possédons encore par les personnes à qui nous avons remis une chose à commodat ou en dépôt : de là vient la maxime que nous pouvons retenir la possession par la seule intention (*animo*), lors même que nous ne serions en possession ni par nous-mêmes, ni par un autre ; pourvu qu'en nous éloignant de la chose nous ayons, non l'intention de l'abandonner, mais au contraire celle d'y revenir. Nous avons déjà dit dans le second livre par quelles personnes nous pouvons acquérir la possession. Au reste, nul ne peut acquérir la possession par la seule intention : c'est un principe qui n'offre pas le moindre doute.

3703. Les interdits *retinendæ possessionis* avaient pour but et pour résultat de protéger le possesseur actuel contre toutes voies

---

1. Lire, au t. I, la *possession*, nos 839 et suiv. On verra sous quelles conditions on acquiert et on conserve la possession.

de fait de nature à troubler la possession sans la faire perdre entièrement. Tels sont, en effet, les caractères textuellement indiqués par la formule même de l'interdit *uti possidetis*, qui est le plus important et, pour ainsi dire, le prototype des interdits *retinendæ possessionis*. A ce compte, les interdits *retinendæ possessionis* ne seraient applicables qu'à deux hypothèses : 1° celle où, par suite du trouble apporté à sa possession, le possesseur a déjà éprouvé un dommage dont il poursuit la réparation ; 2° celle où ce possesseur demande à être protégé contre un trouble imminent. Cependant Ulpien et Justinien (L. 1, §§ 2 et 3, D. 43, 17; § 4 de n. t.) assignent aux interdits *retinendæ possessionis* une troisième application, qu'ils semblent considérer comme la principale, puisqu'ils la présentent comme ayant été le motif même de l'introduction de ces interdits, à savoir que ces moyens juridiques auraient pour but de régler entre parties, prêtes à plaider au pétitoire, laquelle doit jouer le rôle avantageux de défendeur, laquelle doit remplir celui de demandeur. Envisagés sous ce rapport unique, les interdits *uti possidetis* et *utrubi* ne seraient donc que des *instances préparatoires* de l'instance pétitoire. — Tout en avouant qu'en effet ce règlement du possessoire est peut-être l'application la plus importante des interdits *retinendæ possessionis*, M. de Savigny a contesté le mérite historique de l'explication fournie par Ulpien. Il fait remarquer que, si ces interdits avaient eu primitivement pour principal caractère le règlement du possessoire, eu égard au rôle que doit jouer chacun des plaideurs dans le procès en revendication, il serait bien singulier que la formule ne portât aucune trace de cette idée. — Sans contester l'exactitude de ces réflexions, au point de vue purement théorique, nous pensons qu'il y a peu à s'y arrêter, puisqu'en définitive, M. de Savigny ne conteste pas plus cette troisième application des interdits *retinendæ possessionis*, que l'on ne conteste les deux autres que le docte écrivain à mises en relief. — Qu'il soit seulement entendu que les interdits *retinendæ possessionis* n'avaient point pour unique utilité de fixer le rôle des plaideurs au pétitoire ; mais qu'ils étaient aussi fréquemment employés en vue de la possession en elle-même, et abstraction faite de toute considération de procès pétitoire ultérieur.

3704. Il y a des conditions générales communes à tous les interdits *retinendæ possessionis;* il y en a de particulières à chacun d'eux.

Les conditions communes sont les suivantes :

1° Il faut que celui qui a recours aux interdits de cette espèce

ait la possession juridique proprement dite; mais il importe peu qu'il ait acquis cette possession justement ou injustement (L. 2, D. 43, 17);

2° Il faut que sa possession soit troublée par des *actes de violence;* mais, ici, on entend par actes de violence, tous actes accomplis contre le gré du possesseur, et qui tendent à le troubler dans la jouissance de la chose possédée (L 1 pr.; L. 3, §§ 2 et 4; D. 43, 17; L. 1, §§ 5 et 7; L. 20 pr. et § 1; D. 43, 24);

3° Enfin, il faut que ces actes n'aient pas fait cesser la possession, mais l'aient seulement troublée; autrement il faudrait recourir aux interdits *recuperandæ possessionis*.

Passons maintenant aux conditions particulières à chaque interdit.

3705. I. **Interdit uti possidetis.** — La formule était ainsi conçue : *Uti eas ædes quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario, alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto.* (L. 1 pr., D. 43, 17.)

Cet interdit concernait exclusivement la possession des choses *immobilières*. (Gaïus, IV, §§ 149, 150.)

Il se distingue essentiellement de tous ceux qui ont été examinés jusqu'ici, en ce que le préteur adresse la parole en même temps aux deux plaideurs : *possidetis* (et non *possides*)... *possideatis* (et non *possideas*). Cette formule mérite, à plus d'un titre, de fixer l'attention. — On peut se demander d'abord à quoi pouvait servir une défense qui, s'adressant collectivement aux deux adversaires, ne semble pas faire avancer d'un pas la solution de la difficulté, puisqu'elle ne décide rien, ni dans un sens, ni dans un autre? Cette singularité justifie très bien ce qui a été dit ci-dessus sur l'origine des interdits. On voit, en effet, très nettement, que le préteur n'a point ici la prétention de trancher définitivement un litige; mais bien plutôt de poser une règle d'après laquelle le juge devra ultérieurement décider une question, dont il chercherait vainement la solution dans le droit civil. En d'autres termes, le préteur avait posé, à l'occasion d'une affaire déterminée, sur une matière non réglée par le droit civil, une règle qu'il n'avait point sans doute osé formuler *a priori*, en termes généraux, pour ne point paraître empiéter sur le pouvoir législatif. — Il ne faut pas croire, du reste, que cet emploi du pluriel ne pût avoir d'autre utilité pratique que de fournir une règle pour une instance subséquente. Et, en effet, ne pouvait-il, ne devait-il pas arriver fréquemment que l'un des plaideurs, — reconnaissant qu'il ne remplissait pas les conditions de l'interdit, qu'il ne possédait pas *nec clam, nec vi, nec precario ab*

adversario, — renonçât spontanément à ses prétentions sur le possessoire, pour se soustraire aux dangers des *sponsiones* auxquelles il pouvait être provoqué par son adversaire, si la question de fait, laissée en suspens dans l'interdit, venait à être renvoyée devant un juge ?

3706. Cette forme plurielle faisait encore que, devant le juge, la condamnation définitive pouvait tomber sur l'un ou sur l'autre des plaideurs, c'est-à-dire sur celui d'entre eux que le juge reconnaissait en définitive se trouver en contravention à l'interdit : c'est dans ce sens qu'on disait que cet interdit était *double* ou *mixte*.

Au surplus, la forme plurielle de cet interdit et du suivant n'était point une conséquence nécessaire de la nature des choses ; et on conçoit tout aussi bien que la possession eût pu être protégée par des interdits qui ne se seraient adressés qu'à l'une des parties. Mais on avait été naturellement conduit à rédiger de cette manière les interdits *retinendæ possessionis*, par imitation de ce qui avait lieu dans la procédure *per sacramentum*.

3707. Une autre circonstance digne de remarque, c'est que l'interdit *uti possidetis* n'a égard qu'à la possession *actuelle ;* que, en d'autres termes, il promet la victoire à celle des parties qui possède au moment où l'interdit est rendu, sans égard à la possession que l'autre partie aurait pu avoir antérieurement. Cela résulte très nettement de l'emploi du présent *uti possidetis*, et cela est d'ailleurs très expressément enseigné par Gaïus et Paul. (Gaïus, IV, § 151 ; Paul, *Sent.* V. 6, § 1.) Habitués que nous sommes en France à ne reconnaître le *droit* de possession qu'autant que le fait de possession a duré au moins une année, nous avons quelque peine à concevoir qu'on attribuât ainsi les avantages de la possession à un plaideur qui, peut-être, ne possédait que depuis quelques heures ; nous sommes choqués surtout qu'une possession, qui n'avait que quelques instants d'existence, pût l'emporter sur la possession que l'adversaire pouvait avoir eue antérieurement, pendant un très long temps peut-être. — Mais, d'abord, en ce qui concerne le premier point, si l'un des plaideurs n'a pas possédé du tout, n'est-il pas raisonnable de lui préférer celui qui possède actuellement, alors même que sa possession serait toute récente. — En ce qui touche le second point, faisons remarquer que l'inconvénient de faire prévaloir la possession actuelle de l'un des plaideurs sur la possession antérieure de l'autre se trouvait singulièrement atténué par cette triple condition, que la possession actuelle n'est un titre au triomphe qu'autant que celui qui s'en prévaut n'a pas enlevé cette possession à l'adversaire par violence (*nec vi*), ne la lui a pas surprise

clandestinement (*nec clam*), et enfin ne la tient pas de lui *precario*. Or, en se rappelant les principes précédemment exposés sur la conservation et la perte de la possession en matière d'immeubles, on se convaincra qu'il y avait bien peu de chances pour que l'interdit *uti possidetis* fît prévaloir le possesseur d'un jour, sur celui qui avait auparavant possédé pendant un temps plus ou moins long.

3708. Terminons ces réflexions sur l'interdit *uti possidetis*, en faisant remarquer que les trois conditions *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*, ne sont pas exigées d'une manière absolue ; mais seulement relativement à l'adversaire (*ab adversario*). Peu importait donc que le possesseur actuel eût possédé *vi*, *clam* ou *precario* à l'égard d'un tiers, pourvu que sa possession fût pure de ces vices par rapport à l'adversaire.

3709. II. **Interdit utrubi.** — Cet interdit était pour les *meubles* ce que le précédent était pour les *immeubles*. Comme dans l'interdit *uti possidetis*, le préteur y adresse la parole aux deux plaideurs; et, par conséquent, l'interdit est double ou mixte : *utrubi hic homo, de quo agitur, majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat vim fieri veto*. (L. 1, D. 43, 31.)

3710. L'interdit *utrubi* différait essentiellement du précédent, en ce qu'on n'y avait pas égard à la possession actuelle, mais bien à la possession qui avait duré le plus longtemps pendant l'année qui avait précédé le litige. Si donc, dans les douze mois qui viennent de s'écouler, j'ai possédé pendant les sept premiers mois, et vous pendant les cinq derniers, je devrai l'emporter sur vous. Il en serait encore ainsi, alors même que pendant cette dernière année je n'aurais possédé que quinze jours, si vous n'avez possédé que pendant un nombre de jours moindre. (Gaïus, IV, § 152 ; Paul *Sent.*, V. 6, § 1.)

3711. L'interdit *utrubi* faisait donc souvent prévaloir une possession passée sur la possession actuelle; et, sous ce rapport, il semble qu'il aurait dû être compté parmi les interdits *recuperandæ* plutôt que parmi les interdits *retinendæ possessionis*. Cependant les sources sont d'accord pour considérer cet interdit comme *retinendæ possessionis*, aussi bien quand la partie, qui a possédé le plus longtemps pendant l'année, ne possède plus au moment où l'interdit est demandé, que lorsque, à ce moment, cette partie se trouve encore en possession. (Gaïus, IV, §§ 148, 152.) On ne peut expliquer ce résultat qu'en supposant une fiction particulière, au moyen de laquelle la possession de la *major pars anni* était considérée comme possession actuelle. — Au surplus, comme l'interdit *recuperandæ possessionis unde vi* n'était point applicable aux meubles, l'interdit

utrubi en tenait lieu, et par conséquent fonctionnait en réalité fort souvent comme interdit récupératoire.

3712. Sous le Bas-Empire, la différence qui vient d'être signalée entre l'interdit *uti possidetis* et l'interdit *utrubi* finit par disparaître; et, dans l'un comme dans l'autre, on n'eut plus égard qu'à la possession actuelle. Ce changement est certainement postérieur au temps de Dioclétien, puisque la différence entre les deux interdits est encore présentée comme en vigueur dans les *Fragments du Vatican*, § 293. On doit donc considérer, comme altéré par les compilateurs, le texte d'Ulpien qui forme la loi unique du titre *utrubi*.

3713. Les interdits *uti possidetis* et *utrubi* protégeaient la possession proprement dite, celle qui correspond au droit de propriété. Mais on les avait étendus utilement (*utilitate suadente*) à beaucoup d'autres cas, et notamment à la quasi-possession des servitudes personnelles, usufruit, usage, habitation; et aussi au cas où la controverse existait entre deux parties, dont l'une prétendait posséder à titre de propriétaire, tandis que l'autre prétendait posséder à titre d'usufruitier. Mais, pour ces diverses extensions, la formule primitive avait dû subir des modifications importantes. (L. 3, §§ 5 et 6; L. 4, D. 43, 17.)

3714. Quant aux *servitudes réelles* ou *prédiales*, il faut distinguer :

La quasi-possession des servitudes négatives (*quæ in non faciendo consistunt*) était protégée par l'interdit *uti possidetis* utile. (L. 8, § 5, D. 8, 5.)

Celle des servitudes affirmatives (*quæ in faciendo consistunt*) était protégée, tantôt par l'interdit général *uti possidetis* donné utilement, tantôt par des interdits particuliers.

3715. III. **Interdits divers**. — Parmi les interdits *retinendæ possessionis* il faut énumérer les interdits : *de superficiebus; de itinere actuque privato; de aqua quotidiana et æstiva; de rivis; de fonte; de cloacis.*

§ III. — INTERDITS *RECUPERANDÆ POSSESSIONIS*

§ 6. L'interdit à l'effet de recouvrer la possession (*recuperandæ possessionis*) est en usage dans le cas où quelqu'un a été expulsé par violence de la possession d'un fonds de terre ou d'un bâtiment : on accorde, dans ce cas, l'interdit *unde vi*, au moyen duquel l'auteur de l'expulsion est contraint de restituer la possession à la personne expulsée, lors même que celle-ci aurait elle-même acquis la possession, sur l'expulsant, d'une manière violente, clandestine ou précaire.

Mais, en vertu des constitutions impériales, dont il a été déjà fait mention

plus haut, celui qui s'empare d'une chose par violence, en perd la propriété, si elle lui appartient ; si elle ne lui appartient pas, il est tenu de la restituer, et d'en payer en outre la valeur à celui contre qui la violence a été exercée.

En outre, celui qui par violence expulse quelqu'un d'une possession, est passible des peines portées par la loi Julia sur la violence privée ou publique : violence privée, quand il n'a fait usage d'aucune arme ; violence publique, quand il a employé des armes. On entend par armes, non seulement les boucliers, les glaives et les casques, mais encore les bâtons et les pierres.

3716. Les interdits *recuperandæ possessionis* ont pour objet de faire recouvrer la possession à qui l'a perdue. Toutefois, il est bien évident que le magistrat doit venir au secours non pas de celui qui a volontairement abdiqué sa possession, mais seulement de celui qui l'aurait perdue par un fait indépendant de sa volonté, et notamment par l'effet d'une expulsion violente.

3717. I. **Interdit unde vi.** — On distinguait deux espèces de violence : la violence ordinaire, que pour cela on désignait par le seul nom de *vis*, et la violence avec armes, *vis armata*. A chacune de ces espèces de violence correspondait un interdit particulier ; peut-être, cependant, le même interdit servait-il dans les deux cas, avec quelque clause additionnelle plus rigoureuse contre le défendeur lorsqu'il s'agissait de violence à main armée ? Quoi qu'il en soit, Justinien ne nous a conservé que la formule correspondante à la violence ordinaire ; elle était ainsi conçue : *Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit, de eo, quæque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo quod ad eum qui vi dejecit, pervenerit, judicium dabo.* (L. 1, pr. D. 43, 16.)

En analysant cette formule on découvre facilement les conditions générales de l'interdit :

1° Il faut d'abord que l'expulsé ait eu la possession juridique au moment de l'expulsion ; car comment pourrait-il prétendre recouvrer une possession qu'il n'aurait jamais eue ? (L. 1, §§ 9, 10, 23 ; D. 43, 16.)

2° Il faut ensuite qu'il ait été *privé* de cette possession, par violence. — Il faut qu'il y ait eu perte de la possession et non simple trouble, car le trouble est réprimé par les interdits *retinendæ possessionis*. (L. 1, § 45, D. 43, 16.) — La violence, même sans armes, ne s'entendait ici que d'une violence fort grave, *atrox*, comme le dit Ulpien. Quoique l'expression latine *atrox* ne présente pas à beaucoup près le sens du mot français *atroce*, cependant la violence, requise pour l'interdit *unde vi*, devait être bien autrement caractérisée que celle dont il a été question comme cause de trouble donnant lieu aux interdits *retinendæ possessionis*. Dans ceux-ci, en effet, on entend par violence tout acte contraire à la volonté du possesseur, alors même que cet acte ne serait nullement dirigé contre sa

personne ; dans l'interdit *unde vi*, la violence doit être dirigée contre la personne du possesseur et, de plus, être assez grave pour empêcher la continuation de la possession. (L. 1, §§ 3 et 29, D. 43, 16.) — Peu importe, au surplus, que la violence ait été effectivement exercée, ou que le dépossédé l'ait évitée, en abandonnant la possession par la crainte fondée d'un danger actuel et présent. Peu importe aussi que le dépossédé ait été expulsé de sa maison, ou qu'on l'ait empêché d'y rentrer. (L. 1, § 47, D. 43, 16.) Mais il n'y aurait pas expulsion violente, dans le sens de l'interdit, si l'ancien possesseur avait livré lui-même, par crainte, la possession de la chose : il y a en effet, en droit, une grande différence entre m'enlever contre mon gré ce que je possède, et contraindre ma volonté à en consentir l'abandon ; au dernier cas s'appliquerait l'action *quod metus causa ;*

3° Il faut que la violence ait été exercée par le défendeur lui-même, ou par les siens, par son ordre ou à son instigation ;

4° Enfin, il faut qu'il s'agisse de la possession d'un immeuble. En effet, au temps de la jurisprudence classique, l'interdit *unde vi* s'appliquait exclusivement aux choses immobilières. (L. 1, §§ 3, 8, D. 43, 16.) La possession des meubles était considérée comme suffisamment protégée contre la violence, soit par les trois actions *furti, vi bonorum raptorum* et *ad exhibendum*, soit par l'interdit *utrubi*. (L. 1, § 6, D. 43, 16.) L'interdit *utrubi* était, en effet, un excellent moyen pour le possesseur expulsé de se faire remettre en possession, à la condition, bien entendu, d'agir assez à temps pour avoir en sa faveur la possession de la *major pars anni ;* et encore cela n'était-il pas nécessaire, quand il était dirigé contre l'auteur même de la violence, puisque la possession, pendant la plus grande partie de l'année, n'est utile qu'à celui qui *nec vi ab adversario possidet*. — Cela n'est vrai, toutefois, que pour l'époque de la jurisprudence classique. En effet, quand plus tard les conditions de l'interdit *utrubi* eurent été modifiées, et qu'on n'y eut plus égard qu'à la possession actuelle, cet interdit cessa de pouvoir fonctionner comme interdit *recuperandæ possessionis ;* et comme, d'un autre côté, les trois actions *furti, vi bonorum raptorum* et *ad exhibendum* ne protégeaient pas la possession, en tant que possession, il en devait résulter une lacune importante dans les remèdes possessoires relatifs aux choses mobilières. Il est très vraisemblable que cette lacune se trouva remplie par l'extension aux meubles de l'interdit *unde vi*.

3718. L'interdit produisait un double effet : on réintégrait le demandeur dans la possession dont il avait été expulsé, et on l'indemnisait des pertes qu'il avait éprouvées. (L. 1, D. 43, 16.)

3719. Le défendeur à l'interdit *unde vi* pouvait en paralyser l'effet, en prouvant que le demandeur possédait lui-même *vi*, *clam* ou *precario* à son égard ; mais il est bon d'observer que le défendeur ne pouvait jamais se prévaloir des vices de la possession du demandeur, quand l'interdit était fondé sur des faits de violence armée. Si les lois peuvent pardonner à celui qui emploie une violence ordinaire, pour recouvrer une possession qu'on lui a ravie par violence, ou qu'on lui a surprise clandestinement ou précairement, l'ordre public ne peut tolérer que les citoyens se fassent justice eux-mêmes, les armes à la main. (Gaïus, IV, §§ 154, 155.) Cette règle ne s'appliquait, toutefois, qu'autant qu'il s'était écoulé un certain temps entre l'expulsion et la reprise de la possession à main armée : car celui qui employait la violence, même armée, pour repousser une usurpation violente, était réputé avoir usé du droit naturel de la défense personnelle, pour conserver sa possession, bien plus qu'avoir repris par violence une possession antérieurement perdue. (L. 17, D. 43, 16.)

3720. L'interdit *unde vi* ne se donnait, en général, que dans l'année de l'expulsion violente. Cette règle souffrait exception dans les cas suivants : — 1° quand il s'agissait d'une expulsion à main armée, car il eût été impolitique de couvrir d'une prescription aussi courte une conduite si contraire au bon ordre ; — 2° quand les actes de violence, même ordinaire, avaient porté, non sur le possesseur lui-même, mais sur ses gens ; — 3° enfin, l'interdit se donnait dans tous les cas, même après l'année, jusqu'à concurrence de ce qui avait tourné au profit du défendeur. (L. 3, § 12, D. 43, 16.)

3721. *Observation.* — Celui qui par la violence est expulsé d'un fonds peut employer l'interdit *uti possidetis*, qui réussira, puisque la possession de l'adversaire est vicieuse vis-à-vis du demandeur. Mais l'interdit *unde vi* est préférable sous les rapports suivants :

1° L'interdit *unde vi* est applicable même *aux meubles* qui peuvent se trouver *vel in fundo vel in ædibus ;* l'interdit *uti possidetis* ne s'applique qu'aux *immeubles ;*

2° Dans le premier, celui qui triomphe a droit aux fruits depuis le jour de l'éviction ; dans le second, les fruits ne sont dus que du jour où l'interdit *uti possidetis* a été demandé ;

3° L'interdit *unde vi* est donné utilement contre l'auteur de la violence, quand même il ne possède pas ; l'interdit *uti possidetis* n'est donné qu'entre deux possesseurs.

3722. II. **Interdit de clandestina possessione.** — L'existence de cet interdit ne repose que sur un passage d'Ulpien, dans

lequel ce jurisconsulte nous apprend que Julien admettait un interdit *de clandestina possessione*. (L. 7, § 5, D. 10, 3.) Il n'en est fait mention dans aucune autre de nos sources de droit, ni dans les *Institutes*, ni dans les sentences de Paul, ni dans la compilation de Théodose. Toutefois, en présence du témoignage si positif d'Ulpien, il paraît impossible de ne pas admettre qu'il ait, en effet, existé un interdit de cette nature : il reste seulement à expliquer comment il avait fini par disparaître de la pratique.

3723. On a vu précédemment que le possesseur d'immeubles en conservait la possession nonobstant l'occupation consommée en son absence (possession clandestine), jusqu'au moment où il venait à connaître cette usurpation. L'occupation clandestine ne suffisant pas pour faire perdre la possession, un interdit *récupératoire* contre une telle usurpation eût donc été tout à fait sans objet. Mais le principe, que la possession des immeubles se conserve, nonobstant l'occupation clandestine par un tiers, paraît n'avoir pas toujours prévalu; et c'est à l'époque où cette règle n'était pas encore admise, que se rapporterait l'interdit *de clandestina possessione*, qui dut tomber en désuétude, du moment où la règle nouvelle fut universellement acceptée.

3724. L'interdit *de clandestina possessione* était fort probablement conçu à peu près dans les termes de l'interdit *unde vi* : *Unde clam tu eum...* Comme l'interdit *unde vi*, il ne devait s'appliquer qu'aux immeubles : d'abord, parce que, à l'égard des meubles, il y avait d'autres moyens de protéger la possession; et, ensuite, parce que, si l'interdit *de clandestina possessione* eût été aussi applicable aux meubles, il ne serait pas tombé en désuétude par l'introduction d'une règle qui ne concernait que les immeubles.

3725. III. **Interdit de precario.** — On désignait sous le nom de *precarium*, la convention par laquelle le propriétaire ou le possesseur transportait à une autre personne, ordinairement *sur sa prière*, la possession d'une chose, avec faculté de la reprendre quand bon lui semblerait. (L. 2, § 3, D. 43, 26.) Celui qui recevait ainsi une chose à précaire, en obtenait la possession juridique, et pouvait lui-même user des interdits *retinendæ* et *recuperandæ possessionis*, contre tous autres que le bailleur à précaire. Du moment que le bailleur manifestait la volonté de reprendre sa chose, elle devait lui être restituée sur-le-champ; et, en cas de refus, l'Édit accordait au bailleur, contre le preneur à précaire, un interdit restitutoire ainsi conçu : *Quod precario ab illo habes, aut dolo male fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.* (L. 2, pr. D. 43, 2.)

Mais pourquoi un interdit ? Pourquoi n'existait-il pas pour ce cas, comme pour tous les cas analogues où l'on se dessaisit pendant un temps d'une chose (louage, dépôt commodat), une action proprement dite résultant de la convention elle-même ? Cette absence d'action, qui seule avait pu motiver la création d'un interdit, est d'autant plus remarquable, que le précaire rentrait tout naturellement dans la catégorie des contrats réels innommés. Comment, ensuite, une telle combinaison avait-elle pu venir en usage chez les Romains, race défiante et peu généreuse? — M. de Savigny répond à ces deux questions et à quelques autres encore, par une conjecture fertile en conséquences. Il pense que le *précarium* s'appliquait, dans l'origine, à la possession des terres publiques (*ager publicus*), dont les patriciens abandonnaient la jouissance à leurs clients. Cette hypothèse ne repose pas, il est vrai, sur des témoignages positifs; mais elle explique si bien une foule de singularités, qui seraient inexplicables autrement, qu'il est difficile de ne pas accepter la conjecture comme une vérité. Ainsi, la faculté de révocation et l'absence d'une action personnelle seraient une conséquence naturelle des liens de vassalité qui placent le client, à l'égard de son patron, dans des rapports analogues à ceux qui unissent les enfants au père de famille. Ainsi s'expliquerait encore pourquoi, dans l'origine, l'interdit *de precario* ne s'appliquait qu'aux seuls immeubles, et pourquoi aussi les jurisconsultes hésitaient à donner cet interdit contre l'héritier du preneur à précaire. (Paul. *Sent.* V. 6, § 12 ; L. 8, § 8, D. 43, 26.) Le précaire, né à l'occasion de l'*ager publicus*, avait été étendu dans la pratique aux fonds privés, et quand, dans la suite, l'*ager publicus* eut disparu, l'extension demeura seule debout. Mais les caractères singuliers, qui étaient une conséquence de son origine, durent s'altérer avec le temps : c'est ainsi qu'on arriva à donner l'interdit *de preçario contre l'héritier*, à l'appliquer aux *meubles* (L. 4, § 1, D. 43, 26), et enfin à le considérer comme la source d'une obligation proprement dite, garantie, comme toutes celles qui naissent des contrats réels innommés, par l'action *præscriptis verbis*. (L. 2, § 2; L. 19, § 2, D. 43, 26.)

§ IV. — INTERDITS *TAM ADIPISCENDÆ QUAM RECUPERANDÆ POSSESSIONIS : QUEM FUNDUM, QUAM HÆREDITATEM.*

3726. Il était fait mention de ces interdits à double fin dans un fragment de Paul (L. 2, § 3 D. 40, 41); mais leur nature était complètement inconnue, et Cujas avait même défié qu'on pût trouver de semblables interdits.

Un fragment d'Ulpien, découvert à Vienne en 1836, est venu très clairement expliquer ce qui paraissait auparavant si obscur. Ce précieux fragment, qui ne se compose que de quelques lignes, contient la phrase suivante : (*sunt interdicta tam*) *adipiscendæ quam recuperandæ possessionis; qualia sunt interdicta* QUEM FUNDUM *et* QUAM HÆREDITATEM : *nam si fundum vel hæreditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea possedi, deinde amisi possessionem.*

3727. Dans la revendication, soit d'un objet singulier, soit d'une hérédité, le défendeur, pour garder la possession provisoire, était tenu de fournir au demandeur la caution *judicatum solvi* (*Inst.* IV, XI, pr.) — Faute par lui de le faire, le demandeur obtenait du magistrat un interdit (*quem fundum*), par lequel il était enjoint au défendeur de transférer la possession à son adversaire. De cette manière, les rôles des plaideurs changeaient : le défendeur devenait demandeur, et le demandeur originaire, constitué en possession, jouissait de tous les avantages attachés à la position de défendeur.

3728. Le texte explique, au reste, très bien comment ces interdits étaient tantôt *adipiscendæ* et tantôt *recuperandæ possessionis*, suivant que le demandeur, auquel le magistrat faisait transférer la possession, n'avait jamais possédé, ou bien, au contraire, après avoir eu la possession, l'avait perdue [1].

CHAPITRE III

PROCÉDURE DES INTERDITS

3729. Sous Justinien, les interdits ayant disparu avec le système formulaire, il ne pouvait plus être question de procédure spéciale en cette matière. — Cette procédure, que Gaïus nous fait en partie connaître, était autrefois fort compliquée. — Je renvoie au *Traité des actions* (T. II, p. 425 et suiv.) ; en effet, les ouvrages classiques, et notamment M. Demangeat, ne jugent pas utile d'aborder cette étude.

---

1. « Dans un *fragment* conservé au *Digeste*, le juriconsulte Furius Anthianus suppose que celui contre qui je veux revendiquer prétend qu'il ne possède pas Si je puis le convaincre de mensonge, le jurisconsulte décide que je me ferai transférer la possession, sans avoir besoin de prouver que le fonds m'appartient (L. 80, D. 6, 1). N'est-ce pas au moyen de l'interdit *quem fundum*? Cela me paraît très probable, surtout en présence du principe que pose d'abord le jurisconsulte : *In rem actionem pati non compellemur, quia licet alicui dicere se non possidere.* » (M. Demangeat, t. II, p. 813.)

CINQUIÈME SECTION. — RESTITUTIONS EN ENTIER

3730. Comme les *exceptions*, les *interdits* et les actions *in factum*, les restitutions en entier (*restitutiones in integrum*) étaient des remèdes juridiques d'origine prétorienne ; mais, nulle part, le pouvoir que le préteur s'était arrogé de corriger le droit civil ne se présente sous une forme aussi tranchante que dans les restitutions en entier.

Dans les interdits, le préteur avait statué en forme de règlements particuliers sur des matières d'ordre et de police que le droit civil avait omis de régler. Dans les exceptions, le préteur reconnaissait, en théorie du moins, les principes du droit civil ; seulement, il fournissait en pratique une arme défensive contre les conséquences de ce droit, qui paraissaient contraires à l'équité. Dans les actions *in factum*, il masquait, sous l'apparence d'une pure question de fait, des questions qui, posées dans les termes du droit civil, n'auraient pu conduire le demandeur au résultat désiré. Les *interdits*. les *exceptions*, les actions *in factum*, sont donc, à des titres divers, des moyens, soit de suppléer aux lacunes du droit civil, soit d'en paralyser les résultats par trop rigoureux. — Dans les restitutions en entier, le préteur se mettait plus ouvertement et plus directement en opposition avec le droit civil, en tenant pour non avenus certains faits ou certains actes juridiques auxquels le droit civil attachait certaines conséquences, et en replaçant les parties dans la même position que si ces faits ou ces actes n'eussent pas été accomplis.

3731. I. Les causes principales de restitution sont : la *crainte*, le *dol*, la *minorité*, le *changement d'état*, l'*absence*, l'*erreur ;* mais le préteur s'était réservé, par une clause spéciale de l'Édit, le pouvoir de prendre en considération d'autres circonstances encore : *Si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam.* (LL. 1 et 2. D. 4, 1.)

3731 *bis*. II. La restitution s'opérait de deux manières : tantôt le magistrat la prononçait directement, sans renvoi à un juge (*extra ordinem*), en appréciant lui-même, après débat contradictoire, les faits de la cause (*causa cognita*) (L. 3, D. 4, 1) ; tantôt, suivant la procédure ordinaire, il renvoyait les parties devant un juge, au moyen d'une formule d'action restitutoire ou rescisoire. (L. 13, § 1, D. 4, 4.)

Les mêmes circonstances, qui motivaient les restitutions

en entier, donnaient aussi quelquefois naissance à des actions que l'on confond souvent avec les véritables restitutions, bien qu'elles en diffèrent essentiellement. Par exemple, dans le cas d'une aliénation à laquelle le propriétaire n'a consenti que sous l'empire de la crainte, une double voie est ouverte à celui qui a aliéné, à savoir la restitution proprement dite et l'action *quod metus causa*. Par la restitution, l'aliénation est considérée comme non avenue, et le propriétaire est autorisé à revendiquer, comme s'il n'avait jamais aliéné. Au contraire, dans l'action *quod metus causa*, on accepte l'aliénation comme un fait accompli, mais on demande que celui qui a profité de la violence soit condamné au quadruple de la valeur de la chose aliénée. (L. 21, § 6, D. 4, 2.) — Ce qu'on appelle la restitution en entier, contre les aliénations faites *judicii mutandi causa*, n'est donc point une véritable restitution, puisqu'on accorde seulement à l'autre partie une action *in factum*, pour se faire indemniser du préjudice que lui cause l'aliénation opérée par son adversaire, sans d'ailleurs toucher en aucune façon à cette aliénation. (L. 1 pr.; L. 4, § 5, D. 4, 7.)

3731 *ter*. III. Outre les conditions particulières à chaque cause de restitution, et dont il sera question dans les numéros suivants, il y avait des conditions générales communes à toutes les restitutions, à savoir : — 1° Que la partie, qui demande à être restituée, ait éprouvé une lésion; que cette lésion résulte de l'acte même contre lequel la restitution est réclamée, non d'un cas fortuit, et qu'elle soit d'une certaine importance (LL. 9; 11, § 4 et 5; 16, § 4; 49, D. 4, 4); — 2° Que celui qui demande la restitution soit lui-même exempt de dol et de faute (L. 7 pr. D. 4, 1); — 3° Que le droit commun ne lui ouvre aucun autre moyen de conserver ses droits (L. 16 pr. D. 4, 4); — 4° Qu'il existe d'une cause de restitution admise comme telle par le droit (Paul, *sent.* L. 7, § 1); — 5° Que la restitution soit demandée dans le délai légal. Ce délai était d'une année utile, durée ordinaire des actions prétoriennes; il fut porté à quatre ans continus par Justinien. (L. *ult.* C. 2, § 3.) Quand la restitution s'opérait au moyen d'une exception, elle n'était soumise à aucun délai; d'où la maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.* (L. 5, § 6, D. 44, 4.)

3732. 1° *Restitution metus causa.* — On a déjà eu plusieurs fois l'occasion de rappeler que, d'après le droit civil, la crainte n'était point une cause de nullité des actes qui s'en trouvaient entachés; le droit prétorien, ne pouvant accepter des principes si rigoureux, venait au secours des personnes qui avaient été contraintes par une

violence illégale, soit à s'obliger, soit à aliéner des droits acquis, soit à s'abstenir d'en acquérir de nouveaux.

I. Ce secours se présentait sous une triple forme : exception, action *quod metus causa*, et restitution proprement dite.

Il y avait lieu de recourir à l'exception, quand l'acte extorqué par violence avait produit une action au profit d'une autre personne, c'est-à-dire quand l'intimidé s'était obligé, et que son créancier venait le poursuivre. L'intimidé n'était pas, toutefois, tenu d'attendre l'attaque, et pouvait prendre l'offensive pour obtenir sur-le-champ sa libération.

On devait recourir à l'*action* ou à la *restitution*, quand l'acte extorqué avait eu pour effet d'éteindre, au détriment de l'intimidé, un droit ou une action. Il est inutile de répéter ici ce qui a été dit, plus haut, sur la différence entre la restitution en entier et l'action *quod metus causa*. (L. 9. D. 4, 2.)

II. Une violence quelconque ne donnait pas lieu à la protection prétorienne ; il fallait qu'elle fût de nature à faire impression sur un homme courageux (*non vani hominis sed qui merito et in homine constantissimo cadat*), et qu'elle contînt la menace d'un mal considérable (*majoris malitatis*) et présent. (LL. 5, 6, 9. D. 4, 2.) L'Édit ne s'appliquait ni à la crainte de l'infamie, ni à la contrainte légale exercée par les magistrats (L. 7, pr. et § 1. D. 4, 2) ; mais il s'appliquait à la violence exercée contre l'individu surpris en flagrant délit d'adultère ou de vol.

III. La restitution proprement dite ne se donnait que dans l'année ; l'action *quod metus causa* ne se donnait pareillement au quadruple que pendant l'année ; mais, au simple, elle était perpétuelle. (L. 21, § 1 ; 14, § 2. D. 4, 2.)

3733. 2° *Restitution ob dolum.* — I. L'édit général sur le *dol* est dû à Aquilius Gallus, contemporain de Cicéron. Avant lui, la législation n'avait égard au dol que dans trois circonstances particulières, à savoir : le dol du tuteur envers son pupille, prévu déjà par les XII Tables ; le dol envers les mineurs de vingt-cinq ans, puni par la loi Plœtoria ou Lœtoria ; et enfin, le dol dans les contrats de bonne foi, sans qu'aucune loi eût été nécessaire. Pour se garantir du dol dans les contrats de droit strict, les parties étaient obligées de recourir à une stipulation particulière : *Dolum abesse abfuturumque.* (L. 7, § 3. D. 4, 3.) L'édit d'Aquilius Gallus vint combler cette lacune : *Quæ dolo malo facta esse dicuntur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo.* (L. 1, § 1. D. 4, 3.)

II. Servius avait défini le *dolus malus : machinatio quædam alte-*

rius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labéon critiqua cette définition comme insuffisante, et proposa la suivante, qui a été universellement acceptée : *Omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.* (L. 1, § 2. D. 4, 3.)

III. Le dol donne lieu, tantôt à une exception, tantôt à une action, selon que la partie trompée se défend contre une poursuite intentée en vertu de l'acte entaché de dol, ou que, prenant l'offensive, elle demande à être indemnisée de la perte qu'elle éprouve par suite du dol de son adversaire. L'action de dol est arbitraire : faute par le défendeur d'obéir au *jussus*, on le condamne *quanti ea res erit.* Elle est infamante ; aussi n'est-elle accordée qu'à défaut de tout autre moyen de droit. (LL. 1, § 4 ; 18, pr. §§ 1 et 4. D. 4, 3.) Ce principe a fait douter qu'il existât, pour le cas de dol, une restitution proprement dite, à côté de l'action *doli mali*, comme cela arrivait pour le cas de crainte : en effet, puisque l'action *doli* ne se donnait qu'à défaut de tout autre secours juridique, la possibilité de recourir à cette restitution aurait rendu sans application l'action de dol. Il est toutefois difficile de nier l'existence d'une restitution proprement dite, fondée sur le dol, en présence du texte si formel de Marcellus : « ... *Et enim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit; cum etiam de dolo malo actio competere soleat; et boni prætoris est potius restituere litem, ut et ratio et æquitas postulabit, quam actionem famosam constituere...* » (L. 7, § 1. D. 4, 1). Pour concilier cette contradiction, il suffirait d'admettre que la restitution proprement dite n'était accordée *ob dolum* que dans certains cas spéciaux ; tandis que, pour la crainte, la partie violentée avait toujours, au contraire, le choix entre la restitution et l'action *quod metus causa.* (L. 21, § 6. D. 4, 2.)

3734. 3° *Restitution à raison de la minorité.* — I. Il faut d'abord se rappeler ce que les Romains entendaient par mineurs de vingt-cinq ans. Le droit civil, réglant la capacité civile sur l'aptitude physique à la reproduction, avait fixé à l'époque de la puberté l'âge de capacité légale. Pour éviter un examen personnel contraire à la pudeur, on finit par considérer la puberté comme existant à quatorze ans chez les hommes, et à douze ans chez les femmes. (Gaïus IV, § 136.) Mais on ne tarda pas à reconnaître les inconvénients d'une capacité si prématurée. Aussi un plébiscite de l'an de Rome 568, connu sous le nom de loi *Plætoria* ou *Lætoria*, prononça la peine de l'infamie contre ceux qui tromperaient les mineurs de vingt-cinq ans, c'est-à-dire les individus qui, ayant dépassé l'âge de puberté,

n'auraient pas encore accompli leur vingt-cinquième année. — La loi Plœtoria ne prononçait point d'ailleurs la nullité des actes surpris aux mineurs ; c'est ce qui conduisit le préteur à introduire, en leur faveur, la restitution en entier. — Plus tard, un rescrit de Marc-Aurèle permit de leur donner des curateurs, quand ils en demanderaient. Mais, nonobstant ces modifications, les mineurs de vingt-cinq ans étaient pleinement capables d'après le droit civil ; seulement le préteur rescindait les actes qui leur portaient préjudice. C'est donc avec raison que les Romains pouvaient dire : *minor restituitur non tanquam minor sed tanquam læsus* : en effet, en tant que mineur, l'adolescent est parfaitement capable, et, partant, les actes qui émanent de lui sont valables d'après le droit civil ; mais le préteur les rescinde à raison de la lésion. Quant aux individus âgés de moins de quatorze ans, c'est-à-dire quant aux *pupilles*, comme ils étaient incapables de s'obliger, le droit prétorien n'avait point à les restituer contre leurs actes, puisque ces actes étaient nuls d'après le droit civil lui-même.

II. Au surplus, il n'y avait aucune action particulière pour protéger les mineurs : le préteur jouissait, à cet égard, des pouvoirs les plus étendus ; il pouvait venir au secours des mineurs dans tous les cas, soit en leur donnant une *exception*, soit en les restituant *extra ordinem*, soit en leur accordant une formule rescisoire, ainsi qu'on l'a déjà vu plus haut.

3735. 4° *Restitution pour cause de changement d'état.* — Il s'agit seulement ici du changement d'état connu sous le nom de *minima capitis deminutio*. D'après le droit civil, le père de famille qui se donne en adrogation est affranchi de toutes ses dettes. Le préteur tenait le changement d'état pour non avenu, et donnait, contre le débiteur, les actions utiles résultant des contrats faits avec lui avant qu'il eût changé d'état : *Qui quæve postea quam cum his actum contractumve sit, capite deminuti, deminutæve esse dicentur; in eos easve, perinde quasi id factum non sit, judicium dabo.* (L. 2, § 1. D. 4, 5.)

Quant au grand changement d'état (*maxima capitis deminutio*), il n'y avait pas de restitution proprement dite, mais on accordait, aux créanciers, les actions utiles contre le maître sous la puissance duquel le débiteur était tombé. (L. 7, §§ 2 et 3. D. 4, 5.)

3736. 5° *Restitution pour cause d'erreur.* — Cette cinquième cause, fondée sur l'erreur, n'a pas été l'objet d'un titre spécial dans le Digeste.

Suétone, dans la vie de Claude, nous apprend que cet empereur introduisit une restitution en faveur d'un demandeur qui avait perdu son procès par plus-pétition. (Suéton., Claud., C. 14.) Gaïus

nous fait connaître d'autres cas de restitution en matière de procédure. (Gaïus IV, §§ 53 et 57.) On trouve aussi çà et là dans le Digeste d'autres exemples de restitution pour cause d'erreur. (LL. 2, 11. D. 44, 2 ; L. 13, § 1. D. 14, 3; L. 2, § 8. D. 11, 1.)

3737. 6° *Restitution ob absentiam.* — Cette sixième cause de restitution a lieu, soit en faveur de celui qui a perdu un droit ou une action pendant son absence, soit en faveur de celui qui a perdu un droit ou une action par suite de l'impossibilité où il s'est trouvé de l'exercer contre un absent.

Nous avons vu des exemples de l'une et de l'autre restitution pour cause d'absence, en traitant de l'action contre-publicienne. Au reste, le texte de l'édit montre suffisamment l'importance de ce sixième chef de restitution : *Si cujus quid de bonis, cum metu aut sine dolo malo reipublicæ causa abesset, inve vinculis, servitute hostiumque potestate esset ; sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur ; item, si quis quid usu suum fecisset, aut, quod non utendo amisit, consecutus, actioneve, qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in jus vocari non liceret, neque defenderetur ; cumve magistratus de ea re appellatus esset ; sive qui pro magistratu, sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur earum rerum actionem intra annum quo primum de ea re experiundi potestas erit.* (L. 1, § 1. D. 4-6).

SIXIÈME SECTION. — STIPULATIONS PRÉTORIENNES

3738. Les moyens de droit, connus sous le nom de stipulations prétoriennes, différaient, et par le fond et par la forme, de tous ceux dont il a été question jusqu'ici. Ils en différaient par le fond, en ce que les stipulations prétoriennes n'avaient pas pour objet d'obtenir la réparation d'une atteinte déjà consommée contre nos droits ou nos intérêts; elles étaient bien plutôt des moyens de prévenir une telle atteinte dans l'avenir, en exigeant d'avance des garanties contre certaines éventualités. En considérant donc les actions proprement dites comme des moyens *répressifs*, les stipulations prétoriennes seraient des moyens *préventifs*. Ils en différaient, quant à la forme, en ce que, bien que le magistrat intervînt pour obliger l'une des parties à donner à l'autre certaines garanties, l'avantage que se proposait le demandeur résultait bien plus immédiatement de la convention privée, que de l'autorité même du magistrat; puisqu'en définitive, une

promesse faite spontanément, et en dehors de la présence du magistrat, aurait procuré exactement les mêmes avantages.

3739. Les stipulations prétoriennes proprement dites ou *cautionales*, les seules dont il soit question ici, ne doivent être confondues, ni avec les stipulations *judiciales*, ni avec les stipulations *communes*, qui intervenaient entre plaideurs pour assurer, soit la continuation de l'instance, par exemple la *cautio in judicio sistendi*, soit l'exécution du jugement, par exemple la *cautio judicatum solvi*. (Ulp. L. 1, pr. D. 46, 5.)

3740. Quoique très différentes des actions proprement dites, les stipulations *cautionales* étaient cependant considérées comme tenant lieu d'actions (*instar actionis habent*); à tel point que, lorsqu'une partie s'adressait au magistrat pour obtenir une stipulation de cette nature, on pouvait lui opposer la compensation, aussi bien qu'on aurait pu le faire plus tard à l'action née de cette stipulation. (L. 2 § 2. D. 46, 5; L. 10 § 3. D. 16, 2.)

La garantie que l'on se procurait au moyen des stipulations prétoriennes résultait, tantôt de la simple promesse de l'autre partie (*cautio*), laquelle fait naître l'action *ex stipulatu*; tantôt de l'intervention d'un fidéjusseur (*satisdatio*).

Pour n'avoir point à prouver plus tard le *quanti interest*, il était d'usage de stipuler une peine pour le cas où le défendeur ne tiendrait pas la promesse formant l'objet direct de la stipulation prétorienne.

3741. Notre législation ne connaît pas plus en matière civile qu'en matière criminelle les moyens préventifs, qui pourtant présenteraient de si notables avantages pratiques : on les a sans doute jugés peu compatibles avec la liberté. Il y avait au surplus, à Rome, pour justifier l'emploi de ces moyens préventifs, une raison qui n'existe pas chez nous. D'après notre code civil, chacun répond, et du dommage qu'il a causé par sa faute, sa négligence ou son imprudence, et de celui qui a été occasionné par les personnes dont il répond, et par les choses qu'il a sous sa garde (art. 1382 et 1384). Celui qui éprouve un dommage, trouvant donc toujours dans ces principes un titre légitime de poursuite pour obtenir réparation, n'a pas besoin de se créer, en quelque sorte artificiellement, une action que le droit commun lui promet d'une manière si complète et si absolue. Les Romains n'avaient pas eu même l'idée de ces larges principes en matière de responsabilité ; loin de là, ils tenaient pour maxime que nul ne peut être obligé, à raison du dommage causé par les choses qui lui appartiennent, *au delà de la valeur de ces mêmes choses* : le propriétaire, dont la chose avait causé quelque dommage, pouvait donc, presque toujours, se sous-

traire à toutes les réclamations de la personne lésée, en abandonnant l'objet qui avait causé le dégât.

3742. C'est pour prévenir un résultat si contraire à l'équité, que les préteurs avaient imaginé de contraindre celui dont la chose pouvait causer quelque dommage à *promettre* indemnité à la personne menacée, si le dommage que celle-ci redoutait venait à se réaliser. Cette promesse, qui, chez nous, n'ajouterait rien au titre légal d'action écrit dans les articles 1382 et suivants de notre code, procurait au contraire au Romain menacé dans ses intérêts une action qui, sans cette précaution, lui aurait complètement manqué, ou à la place de laquelle il n'aurait eu que des moyens moins efficaces d'obtenir réparation. Ces réflexions, quoique plus directement applicables à la *cautio damni infecti*, le sont aussi, sous plusieurs rapports, aux autres stipulations prétoriennes.

3743. 1° *Cautio damni infecti.* — Cette stipulation est traitée avec de grands développements dans un titre spécial du Digeste ; on présentera seulement ici les traits les plus saillants.

I. Cette stipulation ne pouvait être exigée qu'à raison d'un dommage futur (*infectum*, *non adhuc factum*), et non à raison d'un dommage déjà arrivé. (L. 7 § 1 et 2 ; L. 8 ; L. 44, D. 39, 2.)

Elle avait lieu toutes les fois que, par vétusté ou vice de construction, un édifice menaçait ruine, et devenait ainsi, pour les voisins, une cause de péril imminent. (L. 19 § 1 ; L. 15 §§ 3 et 8 ; L. 21 § 2, D. 39, 2)

Elle pouvait être demandée par le propriétaire de l'héritage menacé, ou par tous ceux qui avaient intérêt à sa conservation, contre tout propriétaire ou possesseur de l'édifice menaçant ruine. (L. 13 §§ 1 et 9 ; L. 11, D. 39, 2.)

Il faut s'adresser, pour l'obtenir, aux magistrats supérieurs, qui peuvent cependant, à raison de l'urgence, déléguer leurs pouvoirs aux simples magistrats municipaux. (LL. 1, 4 § 3, D. 39, 2.)

II. Celui qui demandait la caution *damni infecti* devait, au préalable, jurer qu'il n'agissait point par esprit de chicane (*de calumnia jurare*). (L. 13 §§ 3, 12, 13, 14, D. 39, 2).

On examinait ensuite si le demandeur n'avait aucun autre moyen juridique de se garantir du dommage, et s'il n'avait aucune faute à s'imputer à raison du péril redouté. (LL. 32 et 39 pr. ; L. 40 § 1, D. 39, 2.)

Le magistrat ordonnait ensuite au défendeur de promettre indemnité au demandeur, pour le cas où le danger redouté viendrait à se réaliser ; cette garantie était tantôt une simple promesse, tantôt une satisdation. La stipulation avait toujours lieu à terme ; car il eût été trop rigoureux d'exiger du défendeur un engagement

indéfini ; mais, le terme expiré, on pouvait renouveler la demande. — Du reste, le magistrat jouissait d'un pouvoir discrétionnaire pour la fixation, tant de ce terme, que des autres conditions de la stipulation. (L. 13, §§ 1, 7, 15 ; LL. 4, 14, 15, 30, 31, D. 39, 2.)

III. Si le défendeur refusait de répondre à la stipulation du demandeur, le préteur envoyait celui-ci en possession de l'édifice menaçant ruine : c'est la *missio ex primo decreto*, laquelle ne confère au demandeur qu'une simple détention, et non la possession civile , laquelle continue d'appartenir au défendeur. (L. 4 § 1 ; L. 15 §§ 11, 12, 13, 14, 20, 30, 31, 34, 35, D. 39, 2.)

Quand, au bout d'un certain temps, le défendeur persévérait dans son refus, le préteur accordait à l'envoyé en possession la possession civile, qui lui permettait d'acquérir, par usucapion, la propriété même de l'édifice dont le mauvais état avait motivé l'ordre de garantir (*missio ex secundo decreto*). (LL. 5 ; 15 §§ 14, 21, 22, 26, 27 ; 18 § 15, D. 39, 2.)

Il y avait une action *in factum*, *in id quod interest*, contre le défendeur qui, après avoir refusé la caution *damni infecti*, s'opposait à l'entrée en possession du demandeur *ex primo vel ex secundo decreto.* (L. 4 § 2 ; L. 18 § 13, D. 39, 2.)

3744. 2° *Cautio legatorum servandorum causa.* — Pour assurer l'accomplissement des volontés des défunts, le préteur obligeait, dans certains cas, *causa cognita*, l'héritier à garantir, par fidéjusseurs (*satisdare*), aux légataires, l'exacte délivrance des legs, au jour de leur exigibilité. — Faute par l'héritier de fournir cette caution, le magistrat envoyait les légataires en possession des biens héréditaires. (D. 36, 3 et 4.)

3745. 3° *Cautio rem pupilli salvam fore.* — Les tuteurs et curateurs étaient pareillement contraints par le préteur à garantir, par fidéjusseurs (*satisdare*), la bonne administration des biens des individus en tutelle ou en curatelle (*rem pupilli vel adolescentis salvam fore*). Cette caution devait précéder tout acte d'administration. (§ 4, Inst. III, XVIII.)

Comme on ne peut stipuler pour autrui, on faisait stipuler, autant que possible, par le pupille lui-même. Quand le pupille était absent ou encore *infans*, on faisait stipuler par un esclave du pupille, et, à défaut d'esclave du pupille, par un esclave public, qui, étant réputé avoir tous les citoyens romains pour maîtres, avait qualité pour stipuler pour tel ou tel d'entre eux. Enfin on admet aussi que la stipulation pouvait être faite par une personne libre désignée par le préteur. Les tuteurs étaient contraints, de fournir la caution *salvam rem pupilli fore*, par la *pignoris capio* de leurs biens.

SEPTIÈME SECTION. — NOVI OPERIS NUNCIATIO.

3746. I. La dénonciation de nouvel-œuvre était un moyen fort énergique et fort sommaire d'arrêter l'exécution des ouvrages qui paraissaient être de nature à porter atteinte aux droits des propriétaires voisins. — Ce moyen juridique a des caractères particuliers qui ne permettaient pas de le ranger dans aucune des espèces traitées dans les chapitres précédents. Il tient de la *cautio damni infecti*, en ce qu'il est, comme elle, un moyen de protection contre un dommage futur, non contre un dommage consommé ; il se rapproche des interdits et des actions négatoires, en ce qu'il tend à prévenir des atteintes analogues à celles que les interdits et les actions négatoires ont pour objet de réprimer ; mais il diffère des uns et des autres par les formes qui lui sont propres.

II. En effet, à la différence des actions, des interdits et des stipulations prétoriennes, la dénonciation de nouvel-œuvre ne supposait nullement la présence ni l'intervention soit d'un magistrat, soit d'aucun officier public : c'était un acte purement privé, comme l'*in jus vocatio*. (L. 1, § 2. D. 39, 1.)

Le dénonçant se transportait sur les lieux, et déclarait s'opposer à la continuation du nouvel-œuvre. Cette opposition s'opérait, tantôt par une voie de fait symbolique (*lapilli ictu* ou *jactu*), tantôt par une simple déclaration verbale adressée, soit au voisin, soit aux ouvriers employés aux travaux qu'on voulait arrêter. (LL. 5, §§ 2, 4, 7, 10, 15 ; 8, § 1 ; L. 1, § 5 ; L. 5, § 5 ; L. 10 ; L. 11. D. 39, 1.)

La dénonciation de nouvel-œuvre ne pouvait avoir lieu que pour des travaux en voie d'exécution. Quant aux ouvrages déjà terminés, il fallait recourir, soit aux interdits, soit aux actions confessoires ou négatoires. (L. 1, §§ 8, 12, 13. D. 39, 1.)

III. Sur cette protestation, les travaux devaient être arrêtés à l'instant, sauf réclamation ultérieure devant le magistrat, si le propriétaire voisin pensait avoir le droit d'exécuter l'ouvrage par lui entrepris. Si, au mépris de la *nunciatio*, le voisin continuait le nouvel-œuvre, un interdit restitutoire donnait au dénonçant les moyens de faire détruire tout ce qui avait été fait depuis la dénonciation : « *Quem in locum nunciatum est, ne quid operis novi fieret qua de re agitur : quod in eo loco antequam nunciato missa fieret, aut in ea causa esset ut remitti deberet, factum est, id restituas.* » (L. 1, § 7 ; 20 D. 39, 1).

IV. Le voisin, ainsi arrêté dans ses travaux, avait plusieurs voies pour faire lever l'obstacle. — Il pouvait d'abord en référer au magistrat, faire juger que la dénonciation avait été faite à tort, et en obtenir la mainlevée (*nunciationis remissio*). (L. I, § 9. D. 39, 1.) — Il pouvait aussi obtenir de continuer le travail, en donnant ou en offrant caution, tantôt par simple promesse, tantôt par satisdation. (L. 8, §§ 2, 3, 4. D. 39, 1); et alors, il avait un interdit prohibitoire, qui le protégeait contre toute voie de fait de la part du dénonçant : « *Quem in locum nunciatum est ne quid operis novi fieret, qua de re agitur ; si de ea re satisdatum est, quod ejus cautum sit, aut per te stat quominus satisdetur ; quominus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto.* (L. 20, § 9. D. 39, 1.)

QUATRIEME PARTIE

DE LA PERSONNE ET DE LA REPRÉSENTATION DES PLAIDEURS. DES SATISDATIONS.

(*Inst.* IV, X ET XI.)

3747. Nous avons réuni ces deux matières, dans une même partie de cet ouvrage, parce qu'elles se touchent intimement, la matière des *satisdations* tirant tout son intérêt des distinctions établies entre le cas où l'on plaide pour soi-même, et le cas où l'on plaide pour autrui.

PREMIÈRE SECTION. — DE LA PERSONNE ET DE LA REPRÉSENTATION DES PLAIDEURS

Pr. Chacun peut agir en son nom ou au nom d'autrui : au nom d'autrui, par exemple, comme procureur, tuteur, curateur. Autrefois nul ne pouvait agir par autrui, excepté pour le peuple, pour la liberté et la tutelle. La loi Hostilia avait en outre permis d'intenter l'action de vol au nom de ceux qui étaient retenus prisonniers chez l'ennemi, ou qui étaient absents pour le service de la république, ainsi que pour les personnes dont ils étaient les tuteurs. Mais, comme il était fort incommode de ne pouvoir ni exercer une action ni y défendre pour autrui, l'usage s'introduisit de plaider par procureur ; souvent en effet, l'âge, la maladie, un voyage urgent, nous mettent dans l'impossibilité de faire valoir nous-mêmes nos droits.

§ 1. Il n'est pas nécessaire que le procureur soit constitué par paroles solennelles, ni en présence de l'adversaire : le plus souvent même la constitution a lieu à l'insu de l'autre partie. Car on regarde comme votre procureur la personne à qui vous avez permis d'agir ou de défendre pour vous.

§ 2. Nous avons dit au premier livre comment sont constitués les tuteurs et les curateurs.

CHAPITRE PREMIER

DE LA CAPACITÉ D'ESTER EN JUSTICE.

3748. La capacité d'ester en justice était régie par des principes différents de ceux qui réglaient la capacité en matière de contrats.

3749. I. Les esclaves n'avaient pas de personnalité civile, et dès lors, ne pouvaient ester en justice, soit pour eux, soit pour leurs

maîtres, ni comme demandeurs, ni comme défendeurs ; ils ne pouvaient même se faire représenter par procureur : toute sentence obtenue par eux ou contre eux était radicalement nulle. (L. 107. D. 50,, 17 ; LL. 6, 7. C. 3, 1 ; L. 44, D. 5, 1.) — Très exceptionnellement, ils pouvaient porter plainte contre leurs maîtres, dans certains cas spécifiés par les lois. (L. 53. D. 5, 1.)

Les pérégrins ne pouvaient ester dans les *judicia legitima ;* mais ils étaient admis à plaider, soit en demandant, soit en défendant, au moyen d'actions fictices. (Gaïus IV, § 37.)

Les fils de famille ont toujours eu, au contraire, une personnalité civile ; ils pouvaient ester en justice comme défendeurs. (L. 57. D. 5. 1.) S'ils ne pouvaient agir comme demandeurs, cela ne tenait pas à une incapacité, mais à cette circonstance qu'acquérant tous les droits pour le père de famille ils ne pouvaient les revendiquer en justice en leur propre nom. On finit, toutefois, par donner aux fils de famille le droit d'actionner en justice au moyen d'actions conçues *in factum*. (L. 13. D. 44, 7.)

Tant que dura la tutelle des femmes, elles ne purent ester en justice qu'avec l'autorisation de leurs tuteurs. (Gaïus, I, § 184.) Après que cette tutelle fut tombée en désuétude, elles purent figurer en justice, soit en demandant, soit en défendant, mais seulement dans leur propre cause ; car, sauf quelques rares exceptions, les femmes ne pouvaient ester en justice pour autrui. (L. 18. C. *de procur.;* Paul, *Sent.* 1, 2, § 1 ; L. 41. D. 3, 3.)

Les pupilles ne pouvaient ester en justice, dans les *judicia legitima*, qu'avec l'autorisation de leurs tuteurs ; dans les autres instances (*judicia imperio continentia*), ils pouvaient plaider par un curateur spécial. (*Inst.* § 3, 1, XXI ; LL. 1 et 2, C. 3, 8.)

A ces incapacités, en quelque sorte générales, il faut ajouter l'incapacité spéciale qui résultait, pour les magistrats en exercice, d'un rescrit de l'empereur Adrien. (L. 48. D. 5, 1.)

3750. II. La capacité de plaider pour autrui était naturellement plus restreinte encore que celle d'ester en justice pour soi-même. Ainsi, ne pouvaient plaider pour autrui, bien qu'ils pussent ester en justice pour eux-mêmes : les gens notés d'infamie ; les militaires ; ceux qui étaient sur le point soit d'entrer en charge, soit de s'absenter pour un service public ; les femmes ; les mineurs de dix-sept ans. (Paul, *Sent.* I, 2, § 1 ; L. 54. D. 3, 3.)

En sens inverse, certaines personnes ne jouissaient pas du privilège de plaider par représentants ; tels étaient notamment les *infâmes,* qui ne pouvaient se faire représenter, ni représenter d'autres personnes. (Gaïus, IV, § 12, 1.)

Sous les empereurs chrétiens il fut défendu à certaines personnes haut placées de plaider par elles-mêmes ; elles devaient plaider par procureurs. (L. 25. C. 2, 13.)

Après avoir dit quelles personnes pouvaient ester en justice, soit pour elles-mêmes, soit au nom d'autrui, il faut examiner, avec détail, comment était réglée la représentation judiciaire, l'influence qu'elle exerçait sur les formes ordinaires de la procédure, et enfin les rapports qu'elle établissait, soit entre le représentant et le représenté, soit entre chacun de ceux-ci et la partie adverse. Sous tous ces rapports, il faut bien se garder de confondre les véritables représentants, qui prenaient plus ou moins la place de la partie intéressée, avec les simples avocats ou conseils, qui se bornaient à assister les parties de leur science ou de leur éloquence, quand il s'agissait d'exposer, soit au magistrat, soit au juge, les prétentions des parties. Nous allons nous occuper des représentants proprement dits; quant aux avocats ou conseils, cette étude excéderait notre programme.

CHAPITRE II

REPRÉSENTATION DES PARTIES, A L'ÉPOQUE DES ACTIONS DE LA LOI.

3751. En règle générale, la procédure des actions de la loi n'admettait pas la représentation judiciaire : les formes inflexibles de cette procédure se seraient, en effet, difficilement accommodées aux nécessités d'une telle substitution : « *Cum olim quamdiu legis actiones in usu fuissent, alterius nomine agere non liceret* ». (Gaïus IV, § 82.) La règle admettait quelques exceptions; on pouvait agir pour autrui : *pro populo*, *pro libertate*, *pro tutela*, *pro peregrino*, par l'action *repetundarum*, et *pro captivis et absentibus*, dans le cas particulier prévu par la loi Hostilia.

Agissait *pro populo*, celui qui intentait une action publique ou populaire.

Agissait *pro libertate*, celui qui revendiquait en liberté un homme libre injustement retenu en esclavage (*assertor libertatis*).

On ne sait pas au juste à quel cas rapporter le *pro tutela* dont parlent les *Institutes* : s'agissait-il du tuteur plaidant pour son pupille, ou bien, au contraire, du tuteur prétorien chargé de plaider contre le tuteur, quand celui-ci était en procès avec son pupille ? — Il est difficile de le décider ; toutefois il convient de remarquer qu'en général le tuteur ordinaire se bornait à autoriser le pupille et

qu'il ne le représentait en justice, que si ce pupille était *infans* ou absent. (L. 1, §§ 2 et 4. D. 26, 7.)

On pouvait encore exercer l'*actio repetundarum* (action par laquelle on accuse un magistrat de concussion ou de corruption), *pro peregrinis*, et on invoque, à l'appui de cette opinion, un texte de Cicéron (*in Cœcilium divinatio* n° 20); mais ce texte est peu décisif.

Enfin, une loi *Hostilia* avait permis d'intenter l'action *furti* au nom des personnes qui étaient retenues chez l'ennemi, ou absentes pour le service de l'État, et au nom des pupilles qui se trouvaient sous la tutelle de ces mêmes personnes. La date de cette loi est inconnue.

CHAPITRE III

REPRÉSENTATION DES PARTIES, SOUS LA PROCÉDURE FORMULAIRE.

ARTICLE I. — DES DIVERSES ESPÈCES DE REPRÉSENTANTS JUDICIAIRES.

3752. L'impossibilité de plaider, soit comme demandeur, soit comme défendeur, par le ministère d'une autre personne, avait, dans la pratique, de très graves inconvénients, car beaucoup de causes accidentelles peuvent empêcher le possesseur du droit de l'exercer lui-même. C'est pourquoi la représentation judiciaire, si restreinte sous les *actions de la loi*, acquit de grands développements sous la procédure plus flexible des formules : on put plaider pour autrui à quatre titres différents, comme *cognitor*, comme *procurator*, comme *tutor* et comme *curator*. (Gaïus, IV, § 82.)

On va examiner : comment se constituaient les *cognitores* et les *procuratores ;* quel pouvoir ils avaient sur la direction du procès ; quelle influence l'emploi de ces représentants exerçait, tant sur les formules d'actions, que sur les rapports résultant entre les parties intéressées, soit de la *litis contestatio*, soit de la *res judicata*. — Quant aux *tuteurs* et *curateurs*, le mode de leur nomination et leurs rapports, avec ceux qu'ils sont chargés de défendre, appartiennent à une matière qui a déjà été traitée : celle des incapables.

ARTICLE II. — COGNITORES.

3753. I. Le *cognitor* était un mandataire constitué, *en présence de l'adversaire, au moyen de certaines paroles solennelles*, et, probablement aussi, devant le préteur, *in jure*. Il n'était pas nécessaire

que le *cognitor* fût présent à la constitution ; mais le mandat n'existait à son égard que du jour où il l'avait accepté. Les termes solennels usités pour la nomination du *cognitor* étaient les suivants : pour le demandeur : *Quod ego a te fundum peto, in eam rem Lucium Titium cognitorem do*; pour le défendeur : *Quando tu a me fundum petis, in eam rem Publium Mævium cognitorem do.* (Gaïus, IV, § 83.)

3754. II. Grâce à ce mode de constitution, le mandat du *cognitor* étant tout à la fois certain et public, ce qui était jugé avec le *cognitor* liait le représenté, qui n'aurait plus été admis à renouveler, plus tard, le procès jugé avec son représentant, bien que cependant la formule, prise à la lettre, parût ne lier que le *cognitor*, et non le représenté.

Représentant ainsi la partie intéressée dans le sens le plus étendu, il était naturel que le *cognitor* ne fût tenu, à ce titre, à aucune caution particulière. (Gaïus, IV, § 98.)

3755. III. L'emploi d'un *cognitor* modifiait d'une manière très remarquable le mécanisme de la formule d'action. L'*intentio* était libellée au nom du représenté, comme si celui-ci eût dû plaider en personne ; mais la condamnation était au nom du représentant. — Ainsi, par exemple, si le demandeur Publius Mævius proposait pour *cognitor* Lucius Titius, la formule était ainsi rédigée : « *Si paret N. Negidium Publio Mævio X millia dare oportere, judex N. Negidium Lucio Titio X millia condemna; si non paret absolve.* — Si c'est le défendeur N. Negidius qui a présenté un *cognitor*, Caïus Cornelius, la formule sera ainsi conçue : *Si paret N. Negidium Publio Mævio X millia dare oportere, judex Caïum Cornelium Publio Mævio condemna ; si non paret absolve.* — Enfin, si le demandeur et le défendeur avaient également présenté chacun un *cognitor*, l'*intentio* posait en question la dette de N. Negidius envers P. Mævius, et la condamnation autorisait le juge à condamner *Caïus Cornelius* (*cognitor* du défendeur) envers Lucius Titius (*cognitor* du demandeur). (Gaïus IV, §§ 86 et 87).

Nonobstant cette forme de condamnation, par laquelle le représentant semble si complètement substitué au représenté, il est certain que l'action *judicati* ne se donnait ni au *cognitor* de celui qui avait obtenu la condamnation, ni contre le *cognitor* du condamné, mais bien au représenté, et contre le représenté lui-même. C'est un point dont les fragments du Vatican ne permettent pas de douter : « *Cognitore intervenïente, judicati actio domino vel in dominum datur. Non alias enim cognitor experietur, vel actioni subjicietur, quam si* IN REM SUAM *cognitor factus sit.* » (Frag. Vatic. § 317). Mais on peut alors se demander quelle utilité il y avait à substituer dans

la condamnation le nom du *cognitor* à celui du représenté, puisqu'il ne devait être fait ultérieurement aucune application de cette substitution.

3755 *bis*. IV. Quoique la rédaction de la condamnation au nom du *cognitor* fût une affaire de forme plutôt que de fond, cependant le contrat judiciaire une fois formé avec le *cognitor* (*lite contestata*), celui-ci devenait véritablement *dominus litis*. On ne conçoit même pas comment il aurait été possible au mandant de révoquer un tel mandataire. Quand cela devenait nécessaire, il est vraisemblable qu'il fallait avoir recours à la *translatio judicii*, dont les caractères ont été examinés précédemment. (L. 22. C. 2, 13.)

ARTICLE III. — PROCURATORES.

3756. Cicéron nous apprend que, de son temps, on ne connaissait d'autres représentants judiciaires que les *cognitores* : « *Alteri nemo potest litem contestari, nisi qui cognitor est factus* ». (Pro Cœcina, 11 et 18). Mais les conditions à remplir, pour constituer un *cognitor*, étaient gênantes, souvent impraticables; telle fut sans doute la cause qui fit admettre, à côté des *cognitores*, d'autres représentants judiciaires, *procuratores*, dont la constitution était tout à la fois plus facile et toujours possible.

3757. I. En effet, à la différence du *cognitor*, le *procurator* pouvait être constitué sans aucune parole solennelle, hors de la présence de l'adversaire et du magistrat. On n'exigeait même pas de celui qui voulait plaider pour autrui en qualité de procureur, qu'il justifiât d'un mandat de la partie au nom de laquelle il se présentait. (Gaïus IV, § 84.) Cependant, comme nous le verrons bientôt, on ne tarda pas à établir une grande différence entre les procureurs, suivant que leur mandat était certain ou contestable.

3758. II. Par une conséquence naturelle de l'incertitude qui régnait le plus souvent sur la réalité du mandat du *procurator*, on était arrivé, au temps de Gaïus, à cette règle générale que le procureur devait donner caution (*satisdare*) que le maître ratifierait (*rem ratam dominum habiturum*); caution qui n'était pas exigée du *cognitor*, à raison même du mode de sa constitution. (Gaïus IV, §§ 84 et 98.)

Cette caution n'était point un obstacle direct à ce que la personne pour laquelle le procureur avait agi recommençât plus tard le procès ; car c'était précisément en vue de cette éventualité, et du dommage qui devait en résulter pour celui qui avait plaidé contre un procureur, qu'était exigée la caution *de rato*. Mais, comme

tout mandant est tenu de rendre son mandataire indemne des obligations que celui-ci a pu contracter à l'occasion du mandat; qu'ainsi, en cas de non ratification, le procureur, poursuivi en vertu de la caution *de rato*, pouvait à son tour recourir contre le mandant, par l'action *mandati contraria*, il ne devait jamais arriver, en pratique, que celui qui avait donné mandat à un procureur refusât de se soumettre à la chose jugée avec ce procureur. Quand, au contraire, celui qui s'était présenté comme procureur avait agi sans mandat, comme *negotiorum gestor*, celui dont l'affaire avait été ainsi gérée pouvait à son gré recommencer le procès, sauf à l'autre partie à se faire indemniser par le procureur, ou ses fidéjusseurs, en vertu de la caution *de rato*.

3759. Au surplus, pour le *procurator* comme pour le *cognitor*, la formule d'action était conçue de manière à ce que l'*intentio* fût rédigée au nom des représentés, et la condamnation au nom des représentants. Mais comme, à la différence du *cognitor*, le *procurator* ne s'identifiait pas avec le représentant, la présence du nom du procureur dans la condamnation conduisait à ce résultat pratique très important, que l'action *judicati* se donnait, non au représenté ou contre lui, mais au procureur ou contre le procureur : « *Interveniente procuratore*, *judicati actio*, *ex edicto perpetuo*, *in ipsum*, *non domino vel in dominum competit* ». (Frag. Vatic. §§ 317 et 332.)

3760. Ainsi, en résumé, le *cognitor* s'identifiait avec le représenté, à ce point que ce qui était jugé avec le premier était réputé jugé avec le second ; au contraire, le *procurator* ne s'identifiait pas aussi complètement avec le représenté, qui n'était point lié, directement du moins, par la chose jugée avec son procureur. Mais, sous un autre rapport, le *procurator* devenait *dominus litis* tout aussi bien que le *cognitor*, en ce sens que, par la forme donnée à la *condemnatio*, la *litis contestatio* faisait du procès du représente l'affaire propre du représentant. Sous ce point de vue, on peut même dire que le *procurator* s'appropriait le procès plus encore que le *cognitor ;* car celui-ci ne prenait le procès à son compte que pour la forme ; tandis que le *procurator* devenait si bien *dominus litis*, que seul il était exposé à l'action *judicati*, et que seul aussi il pouvait s'en prévaloir; tel était du moins le droit primitif qui fut bien modifié par la suite, ainsi qu'on va le montrer.

3761. III. Ces différences entre le *procurator* et le *cognitor*, qui paraissent avoir existé dans toute leur plénitude, au temps de Gaïus, ne tardèrent pas à s'affaiblir.

Dès le temps de Papinien, si nous en croyons le témoignage des

fragments du Vatican, on aurait commencé à distinguer entre le procureur d'un absent (*procurator absentis*), et celui d'un présent (*procurator præsentis*). Le premier seul demeurait soumis à la nécessité de la caution *de rato*, le second en était dispensé, comme assimilé à un cognitor (*cognitoris loco*). (Frag. Vatic. §§ 331 et 333.) Cette assimilation fut probablement étendue, par analogie, à tous les cas où le mandat ne pouvait être contesté. C'est à ce titre, sans doute, que le procureur constitué *apud acta*, ou dont la nomination avait été notifiée au défendeur par lettre du mandant, se trouva dispensé de la caution *de rato* (*cognitoris loco*). (Frag. Vatic. §§ 317, 333; Paul, *Sent.* I, 3, § 1; L. 65. D. 5, 1.) — Cependant, chose remarquable, l'assimilation du *procurator præsentis* au véritable *cognitor* n'existait que relativement à la caution *de rato!* Quant à la caution *judicatum solvi* à fournir par le défendeur, c'était encore le *procurator* qui devait la fournir, et non le représenté (*dominus*); tandis que le contraire avait lieu dans le cas du *cognitor*. — On continuait aussi à considérer l'action *judicati* comme devant être donnée au *procurator* et contre lui, personnellement. (Frag. Vatic. § 317.) Telle était au moins la règle; car Papinien nous apprend que l'action *judicati* se donnait aussi quelquefois, *causa cognita*, contre celui qui avait été représenté par un procureur : c'était une action *judicati* utile. Il est évident, au reste, qu'on devait accorder bien plus facilement encore l'exception *rei judicatæ*. (Frag. Vatic. § 331.) Quant à la caution *de rato*, elle ne fut donc plus exigée des *procuratores*, que dans le cas où ils ne pouvaient justifier d'aucun mandat, parce qu'on était en droit de les considérer comme de véritables *negotiorum gestores*. Alors, en effet, cette caution n'avait rien que de juste; car celui qui vient, au nom d'autrui, troubler le repos d'un citoyen, ne peut se plaindre qu'on exige de lui une garantie que le procès auquel il provoque sera accepté par celui au nom duquel il l'intente. — On arriva même à contester au simple *negotiorum gestor* le droit d'intenter un procès au nom du demandeur (L. 6, § 12; L. 8. D. 3, 5; L. 5, § 4. D. 19, 5.); mais on continua à autoriser l'intervention du *negotiorum gestor* dans l'intérêt du défendeur : on conçoit, en effet, que celui qui se présente pour défendre est toujours plus digne de faveur que celui qui vient soulever, sans mandat, un procès que le véritable intéressé n'eût peut-être jamais songé à intenter.

ARTICLE IV. — TUTEURS ET CURATEURS.

3762. Pour les procès, comme pour les autres affaires, le tuteur avait en général le choix entre deux manières de procéder : il pouvait, ou agir par lui-même en laissant de côté le pupille (ce que nous appellerions chez nous *représenter le pupille*), ou bien faire faire les actes par le pupille en personne, en l'*autorisant*. (L. 1, §§ 2, 3, 4 ; L. 2. D. 26, 7.) — Ce dernier procédé avait le grand avantage de simplifier les rapports entre le pupille, son tuteur et les tiers, puisque tout était fait alors directement par le pupille, comme par une personne capable : mais cette marche était souvent impraticable, notamment lorsque le pupille était absent ou encore *infans*. — Lors donc que le tuteur ne pouvait ou ne voulait pas faire figurer dans le procès le pupille en personne, il y avait lieu, de sa part, à *représenter* le pupille. — Il faut dire maintenant les formes et les effets de cette représentation.

Les tuteurs et curateurs, plaidant pour les personnes qu'ils étaient chargés de défendre, furent naturellement assimilés à des *procuratores* plutôt qu'à des *cognitores ;* car ils ne présentaient pas la double condition, qui distinguait le *cognitor*, à savoir : la constitution en termes solennels et en présence de l'adversaire. En conséquence, de même que les *procuratores*, les tuteurs et curateurs étaient obligés de fournir à l'adversaire la caution *de rato*, ce qui suppose bien que la chose jugée avec eux n'était pas considérée comme liant directement les pupilles. — Dès le temps de Gaïus, on s'était déjà relâché de la rigueur de ces principes, et on faisait quelquefois remise aux tuteurs et curateurs de l'obligation de fournir la caution *de rato*. (Gaïus IV, § 99.) Au temps d'Ulpien, on en était arrivé à considérer le pupille comme lié par la chose jugée avec son tuteur, ce qui rendait sans objet la caution *de rato*. (L. 23. D. 26, 7.) On ne trouve donc plus dans le Digeste cette caution exigée des tuteurs ou curateurs, que dans le cas où il n'était pas certain que le tuteur ou le curateur, qui se présentait pour plaider, eût réellement l'administration. (L. 23. D. 26, 7.)

CHAPITRE IV

REPRÉSENTATION DES PARTIES SOUS JUSTINIEN

3763. On a vu dans les paragraphes précédents comment, dès le temps de Papinien et de Paul, les différences, autrefois si tran-

chées entre le *cognitor* et le *procurator*, tendaient déjà à s'effacer; et comment, en définitive, pourvu que le mandat fût certain, le *procurator* se trouvait, à de légères différences près, traité comme le *cognitor*. Il n'est donc pas étonnant que Justinien, suivant son système ordinaire, ait achevé de fondre en une institution unique deux institutions que le temps avait déjà si fort rapprochées. A cet égard, le seul reproche qu'on puisse faire à Tribonien, est d'avoir reproduit dans le *Digeste* bien des textes relatifs aux anciens *cognitores*, en se bornant à remplacer ce mot par celui de *procuratores*, ce qui a été pour les interprètes une source de difficultés, jusqu'au moment où la découverte de Gaïus et des fragments du Vatican est enfin venue donner le mot d'énigmes qui paraissaient inexplicables.

3764. La législation de Justinien, sur la représentation judiciaire, n'est en général que la reproduction des principes qui avaient fini par prévaloir au sujet des *procuratores*. Il faut cependant signaler ici quelques innovations dignes d'attention.

I. On a vu que la jurisprudence classique admettait sans difficulté à plaider pour autrui, celui-là même qui, ne pouvant justifier d'aucun mandat, se présentait comme simple *negotiorum gestor*. Une constitution de Gratien, Valentinien et Théodose, voulut que les pouvoirs de celui qui se présentait comme *procurator* fussent examinés dès le commencement du litige, et déclara nulle toute instance engagée avec un *falsus procurator*. (L. 24, C. 2, 13.) C'était là, comme on voit, une grave innovation, qui supprimait de fait toute représentation judiciaire par *negotiorum gestor;* mais il est douteux que cette constitution doive être prise à la lettre; car, si, à partir de ces empereurs, la représentation judiciaire n'avait plus admis que de *veri procuratores*, quel sens présenteraient, dans la compilation de Justinien, les textes si nombreux où l'on distingue entre le *verus procurator* à mandat incontesté, et le *procurator* dont le mandat est douteux ?

II. Une autre innovation, qui aurait encore plus d'importance, comme se rapprochant de notre droit moderne, se trouve indiquée dans une constitution de Zénon, où il est question de l'établissement, dans les divers tribunaux, de *procureurs publics;* mais les détails relatifs à cette institution manquent complètement, et le texte même de la loi n'a été rétabli qu'avec le secours des Basiliques. (L. 27, C. 2, 13.)

DEUXIÈME SECTION. — DES SATISDATIONS

3765. Nous avons déjà souvent parlé des satisdations, non seulement dans la section précédente, mais aussi aux stipulations communes en traitant complètement la *cautio de rato* (nos 2576 et suiv.), enfin, et d'une façon très complète, aux nos 3407 et 3408, qu'il convient de relire attentivement. Le texte des *Institutes* qui va suivre est, du reste, très complet, et ne demandera presque aucun commentaire.

Pr. Le système des satisdations, suivi aujourd'hui, est tout différent de celuiqui avait été adopté par les anciens.

Autrefois, dans les actions réelles, le possesseur devait fournir caution (*satisdare*), afin que si, après avoir succombé, il ne restituait ni la chose elle-même, ni l'estimation du litige, le demandeur eût la faculté d'agir, soit contre lui, soit contre ses fidéjusseurs. Cette satisdation porte le nom de *judicatum solvi* (payer le montant du jugement) : il est facile de voir que cette dénomination vient de ce que le demandeur stipule qu'on lui payera ce qui aura été fugé. A plus forte raison, le défendeur à une action réelle était-il tenu de donner caution, quand il défendait au nom d'autrui.

Quant au demandeur, il n'était pas tenu de donner caution, quand il agissait en son propre nom ; mais, quand c'était au nom d'autrui, il était tenu de fournir la caution *ratam rem dominum habiturum* (que le maître ratifierait) : il y avait à craindre, en effet, que celui-ci ne poursuivît une seconde fois pour le même objet.

Quant aux tuteurs et curateurs, ils étaient, en général, aux termes de l'édit, soumis aux mêmes satisdations que les procureurs ; toutefois, ils en étaient quelquefois dispensés quand ils agissaient comme demandeurs. Voilà pour les actions réelles.

§ 1. Dans les actions personnelles, il fallait distinguer : le demandeur était assujetti aux mêmes satisdations que dans les actions réelles ; quant au défendeur, lorsqu'il se présentait pour autrui, il était dans tous les cas tenu de donner caution, parce que nul, s'il ne donne caution, n'est regardé comme habile à plaider pour un autre ; mais, quand il défendait en son propre nom à une action personnelle, il n'était pas tenu de fournir la caution *judicatum solvi*.

§ 2. Tout est changé aujourd'hui. En effet, celui qui défend en son propre nom à une action soit personnelle, soit réelle, n'est obligé à fournir aucune caution pour assurer le payement de l'estimation du litige ; il est seulement tenu de garantir qu'il restera présent dans l'instance jusqu'à la fin du procès. La garantie qu'il donne à cet égard consiste, soit dans son serment (ce qu'on appelle caution juratoire), soit dans sa simple promesse, soit dans l'intervention de fidéjusseurs, suivant la qualité des personnes.

§ 3. Quant à celui qui plaide au nom d'autrui, il faut distinguer si c'es comme demandeur ou comme défendeur. Si c'est en qualité de demandeur, il faut que le mandat soit insinué dans les actes publics, ou que le mandant vienne devant le juge confirmer son procureur : sinon celui-ci sera tenu de fournir la caution *ratam rem dominum habiturum*. On observera la même règle lorsqu'un tuteur, un curateur, ou tout autre personne chargée de gérer les affaires d'autrui, voudra se servir d'un tiers pour exercer une action.

§ 4. Quand c'est le défendeur qui veut plaider par procureur : s'il est sur les lieux, il doit se présenter devant le juge et y confirmer son procureur en donnant, par une stipulation personnelle, la caution *judicatum solvi*; ou bien, extra-judiciairement se porter lui-même le fidéjusseur de son procureur sur tous les chefs de la caution *judicatum solvi.* Il doit de plus, soit qu'il ait cautionné en présence du juge, ou extra-judiciairement, consentir sur ses biens une hypothèque, qui, ainsi que le cautionnement, passe à ses héritiers. Enfin, il doit encore garantir qu'il se présentera devant le juge à l'époque du prononcé de la sentence; et, s'il ne se présente pas, le fidéjusseur devra payer le montant intégral de la condamnation, à moins qu'il n'y ait appel.

§ 5. Si, pour une cause quelconque, le défendeur est absent, le tiers qui voudra prendre sa défense le pourra sans distinguer entre les actions réelles et les actions personnelles, à la condition de donner la caution *judicatum solvi* pour le montant du litige ; car, suivant la règle ancienne, comme nous l'avons déjà dit, nul n'est habile à se porter défenseur d'autrui, s'il ne donne caution.

3766. En résumé :

Les satisdations sont des promesses corroborées par un ou plusieurs fidéjusseurs; nous nous occupons spécialement ici de celles qui sont demandées aux personnes qui figurent dans un procès. Il faut distinguer deux époques; mais, dans l'une comme dans l'autre, la matière des satisdations se rattache étroitement à celle des actions soutenues ou intentées *alieno nomine*. Dans l'une comme dans l'autre également, il faut distinguer, si l'on plaide pour soi-même, ou si l'on plaide pour autrui.

3767. 1° Ancien droit.

A. On plaide pour soi-même? — On n'est tenu de fournir une satisdation, que si on est *défendeur* dans une action *in rem.* Le défendeur doit fournir la *cautio judicatum solvi*, parce qu'il reste en possession de la chose litigieuse pendant le procès. Cet avantage de la possession doit être compensé par un avantage équivalent au profit du demandeur. En d'autres termes, la *cautio judicatum solvi* permettra au demandeur, qui triomphera, de s'attaquer au défendeur ou à ses fidéjusseurs, si ledit défendeur, ayant succombé, ne lui restitue pas la chose, et ne lui paye pas la *litis æstimatio.* Cette *cautio* contient trois chefs : assurer le payement de la condamnation (*de re judicata*); contraindre le défendeur à rester dans l'instance (*de re defendenda*); empêcher le défendeur de commettre un dol relativement à l'objet litigieux (*de dolo malo*). Du temps de Gaïus, la satisdation *judicatum solvi* était seulement applicable quand on agissait *per formulam petitoriam;* elle était remplacée par la *cautio pro præde litis et vindicarum* quand on agissait *per sponsionem* (n^os^ 3407, 3408.)

Le demandeur, dans l'action *in rem*, le demandeur ou le défendeur dans l'action personnelle, n'ont jamais à donner de caution.

Toutefois, le préteur a indiqué certains cas dans lesquels la caution devait être fournie, tantôt à raison de la nature de l'action, *propter genus actionis* (actions *judicati*, *depensi*, *de moribus mulieris*), tantôt *propter personam* (héritier que le préteur juge suspect, défendeur ayant fait banqueroute, ou dont les créanciers se sont fait envoyer en possession). (V. Gaïus, IV, § 102).

B. On plaide pour autrui?

I. **Comme défendeur?** — On doit toujours, qu'il s'agisse d'action réelle ou personnelle, donner la caution *judicatum solvi;* en effet : *nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur.*

La seule différence entre le *cognitor*, le *procurator præsentis* ou *absentis*, le *defensor*, le tuteur ou curateur, c'est que, pour le *cognitor* ou le *procurator præsentis*, la caution *judicatum solvi* doit être donnée par le *dominus litis* lui-même ; tandis que, pour les derniers, ce sont eux-mêmes qui doivent fournir la caution.

II. **Comme demandeur? —** 1° Sont tenus de donner la caution *rem ratam dominum habiturum :* le *procurator absentis*, le tuteur ou curateur ; en effet, s'il en était autrement, comme le droit du représenté ne s'éteignait pas en la personne du représentant, le représenté pourrait agir à nouveau ; 2° sont dispensés de donner la caution *rem ratam...* : le *cognitor* et le *procurator præsentis*, qui s'identifient avec le représenté.

3768. 2° Droit de Justinien. — Celui qui joue le rôle de défendeur *suo nomine*, doit seulement garantir ou jurer qu'il restera dans l'instance *usque ad terminum litis*.

Celui qui joue le rôle de demandeur *alieno nomine* (à moins que le mandat n'ait été insinué ou que le *dominus litis*, en personne, ne l'ait confirmé), doit, si le défendeur l'exige, donner la caution *ratam rem dominum habiturum*.

Celui qui joue le rôle de défendeur *alieno nomine*, doit, d'après l'ancienne règle, fournir au demandeur la caution *judicatum solvi*, à moins que le *dominus litis* n'ait fourni cette garantie, en intervenant au procès ou extra-judiciairement. Le *dominus litis* devait, de plus, hypothéquer ses biens, et donner la garantie de se présenter en personne, le jour du prononcé du jugement.

N.-B. En cas d'absence du défendeur, un tiers quelconque peut prendre sa défense, en fournissant la *satisdatio judicatum solvi.*

CINQUIÈME PARTIE

VOIES DE DROIT CONTRE LES DÉCISIONS JUDICIAIRES [1].

PREMIÈRE SECTION. — APPEL.

3769. I. En exposant les caractères généraux du pouvoir judiciaire, on a déjà eu occasion de faire remarquer que, sous la république, il n'y avait aucune hiérarchie entre les diverses autorités préposées à l'administration de la justice. Il en résulte que, pendant toute cette première époque, il ne pouvait y avoir d'appel proprement dit, dans le sens que les modernes attachent à ce mot, c'est-à-dire comme droit de faire juger de nouveau, par le tribunal supérieur, la chose déjà précédemment jugée par le tribunal inférieur. Mais il existait dans la constitution républicaine un principe fort remarquable, qui permettait à tout magistrat du peuple romain, mais surtout aux tribuns du peuple, de suspendre par un veto les décisions émanées d'un autre magistrat égal et à plus forte raison d'un magistrat inférieur. Ce droit de *veto* n'était pas renfermé dans le cercle des actes politiques ; il pouvait s'exercer en toutes sortes d'affaires, et notamment dans les affaires judiciaires, soit pour empêcher l'instance ouverte par une formule préjudiciable au droit de l'une des parties, soit même, après l'instance terminée, pour empêcher l'exécution de la sentence rendue par le *judex*. (Cicéron : *pro Tullio*, 38; *pro Quinctio*, 20; *pro Cluentio;* 27, *Acad. quæs.*, II, 30.)

Celui donc qui croyait avoir à se plaindre, soit de la formule délivrée par le préteur, soit de la sentence rendue par le juge, pouvait s'adresser aux tribuns ou à tous les autres magistrats égaux au préteur par le rang ou la dignité, et les solliciter d'interposer leur *veto* (*eos appellare*).

3770. II. Ce *veto* n'était, en général, accordé qu'après un mûr examen, fait devant les tribuns réunis en collège, et dans lequel on entendait contradictoirement les parties et leurs avocats. (Aul. Gell., *Noct. Attic.* XIII, 12.) Quand la formule ou la sentence était reconnue irrégulière ou contraire au droit, les tribuns, après en

---

1. Cette matière n'est traitée que dans fort peu de commentaires.

avoir délibéré en commun, décrétaient qu'il y avait lieu d'opposer leur *veto*. (L. 2, § 34, D. 1, 2; Aul. Gell., *noct. Attic.*, VII, 19.) — Cette instruction et cette déclaration en commun n'étaient au surplus, pour les tribuns, qu'un moyen de s'éclairer; car chacun d'eux avait individuellement le droit d'émettre un *veto*.

3771. III. Dans les provinces, comme il n'y avait qu'un seul magistrat supérieur, le proconsul ou le propréteur, il est évident qu'il ne pouvait y avoir d'*intercessio*, ni par conséquent d'appel contre les décisions de ces magistrats. (Ascon. *in Cicer. Verr.* II, 12.) Mais il était naturel qu'on pût invoquer l'intercession du gouverneur de la province, contre les décisions des magistrats inférieurs, et notamment des magistrats municipaux. (Cicér. *in Verrem*, IV, 65.)

3772. IV. Le veto arrêtait l'exécution, mais il ne substituait pas, à la formule où à la sentence qui en était frappée, une formule ou une sentence nouvelle. L'intercession tribunitienne avait donc un caractère essentiellement négatif. (Cicér., *pro Tullio*, C. 38.) — A l'égard de la sentence, si le défendeur condamné pouvait chercher, dans l'intervention des tribuns, un moyen d'arrêter la condamnation, le demandeur, qui avait succombé dans sa demande, n'aurait pu trouver dans cette intervention aucun secours utile, puisque l'absolution du défendeur ne produisait aucun effet positif que le *veto* pût arrêter. (Tit. Liv. XXVIII, 60.)

3773. V. C'est seulement par suite de l'organisation hiérarchique du pouvoir judiciaire sous les empereurs, que l'appel put devenir ce qu'il est toujours resté depuis, un moyen de faire réformer par le juge supérieur la décision du juge inférieur, avec pouvoir, pour le juge supérieur, de substituer une décision nouvelle à la décision frappée d'appel.

Ce dernier caractère, qui apparaît dès le siècle d'Auguste (Suéton., *Octav.*, 33; *Caligula*, 16; *Nero*, 17), montre que le droit nouveau sur l'appel ne fut point établi comme une conséquence de la puissance tribunitienne que les empereurs avaient réunie, sur leur tête, à toutes les autres magistratures républicaines. En effet, comme on l'a déjà dit, l'intercession tribunitienne ne comportait qu'un simple droit de *veto*, et non le pouvoir de substituer une sentence nouvelle à la sentence attaquée. C'est donc à un autre principe que l'appel dut ses caractères nouveaux; et ce principe ne peut être que l'idée monarchique qui fit considérer l'empereur comme le centre suprême de la juridiction.

Les règles fondamentales de l'appel furent posées par Auguste, probablement dans la loi *Julia judiciaria*. Ces règles se complétè-

rent avec le temps et subirent diverses modifications. Il y a surtout à distinguer, à cet égard, le droit antérieur à Dioclétien du droit en vigueur sous les empereurs chrétiens : c'est sous ce double point de vue que seront examinées les diverses questions énoncées dans les paragraphes suivants.

3774. VI. Au temps de la jurisprudence classique, on pouvait, en général, appeler de toutes décisions, soit *définitives*, soit *interlocutoires*. (L. 1, § 2, D. 49, 1.) Toutefois, déjà à cette époque, on déclarait inadmissibles les appels purement dilatoires. (Paul, *Sent.* V, 25, § 2.) L'appel était encore inadmissible : dans les affaires urgentes, les interdits, et dans les questions relatives à l'ouverture des testaments et à l'envoi en possession des héritiers (L. 7, D. 49, 5) ; contre les jugements fondés sur un serment, ou sur un aveu judiciaire (L. 28, § 1, D. 49, 1); contre les sentences rendues par contumace (Paul, *Sent.*, V, § 7; L. 23, § 3, D. 45, 1) ; et, en général, contre tous actes d'exécution de jugements ayant acquis force de chose jugée (Paul, *Sent.*, V, 35, § 2). La valeur du litige n'était point prise en considération, excepté pour les appels à l'empereur. (L. 10, § 1, D. 49, 1.)

3775. VII. Sous les empereurs chrétiens, la faculté d'appeler fut de plus en plus restreinte.

Déjà le code Théodosien défend, sous une peine sévère, l'appel contre les décisions interlocutoires et préparatoires. (LL. 2 et 25, C. Théod. *de Appel.;* LL. 1 et 2, C. Th. *quor. Appel.*) Mais on pouvait interjeter appel des jugements par lesquels le juge s'était déclaré incompétent, avait rejeté une exception péremptoire, ou déclaré la demande non recevable. (L. 18, C. Th. *quor. Appell.*)

Justinien défendit d'appeler de tous jugements interlocutoires ou sur incidents, si ce n'est après le jugement définitif, sous peine de 50 livres d'argent. (L. 36, C. 49, 1.) Mais toute sentence définitive, soit principale, soit accessoire, même la sentence sur les frais, était susceptible d'appel. (L. 10, C. 7, 64 ; Nov. LXXXII, 10).

3776. VIII. Régulièrement l'appel devait être porté au magistrat immédiatement supérieur. Cependant, on ne considérait pas comme non recevable l'appelant qui, par erreur, avait franchi un degré, et porté son appel devant un magistrat supérieur de deux degrés à celui qui avait rendu la sentence attaquée. (LL. 1, § 3; 21, § 1, D. 49, 1.)

On pouvait appeler de la sentence rendue par le *judex*, au magistrat qui avait délivré la formule. Mais cette règle, qui était généralement admise du temps de Modestin (L. 3, D. 49, 3), ne s'était que difficilement introduite : il paraissait naturel, en effet, que les

parties dussent se soumettre à la décision du juge qu'elles avaient elles-mêmes choisi.

L'appel des jugements rendus par les magistrats municipaux se portait naturellement devant le président ou le recteur de la province.

Les décisions des préfets du prétoire furent, tantôt soumises à l'appel à l'empereur, tantôt affranchies de tout appel.

3777. IX. L'appel avait un effet suspensif; mais, en cas de confirmation, la décision attaquée produisait ses effets du jour où elle avait été prononcée.

DEUXIÈME SECTION. — SUPPLIQUE AU PRINCE

3778. L'expression *supplicatio* ou *preces* convenait à toutes les pétitions que l'on pouvait adresser au prince dans les buts les plus divers. Considérée comme voie de droit contre les décisions judiciaires, la *supplicatio* paraît avoir été principalement introduite contre les jugements des préfets du prétoire, jugements qui, depuis Constantin, n'étaient plus susceptibles d'appel à l'empereur (L. 19, C. 49, 1) ; l'appel se trouva donc remplacé par la *supplicatio*, qui en différait par plusieurs caractères essentiels.

3779. Il est très vraisemblable d'abord qu'on ne pouvait recourir à la *supplicatio* qu'*après la retraite* du préfet du prétoire qui avait rendu la décision. Il est certain, du moins, que c'est du moment de cette retraite et de l'installation du successeur qu'on fait courir le délai de deux ans accordé aux parties pour adresser leur supplique au prince. (L. *unic.*, C. 7, 42.) Quand l'empereur ne voulait pas connaître lui-même, il renvoyait l'instruction et la décision au préfet du prétoire en exercice ; telle était, en effet, l'autorité dont jouissaient ces hauts fonctionnaires, qu'on regardait leurs décisions comme ne pouvant être réformées que par eux-mêmes. Au surplus, comme le préfet du prétoire prononçait *vice sacra*, il en résultait qu'alors même que ses décisions étaient réformées par l'empereur en personne, cette réformation se présentait sous la forme d'une rétractation (*retractatio*) ; par conséquent, la *supplicatio* différait de l'appel sous ce rapport qu'elle n'était pas un moyen *dévolutif*.

3780. Elle en différait encore en ce qu'elle n'avait pas d'effet suspensif. Justinien lui attribue le premier cet effet, mais sous certaines conditions. (Nov. CXIX, C. 5.) Bien qu'en général la *supplicatio* ne fût admissible qu'après la retraite du préfet qui avait rendu la décision attaquée, il paraît que ce n'était pas là une règle sans

exception. Une constitution décide, en effet, que, lorsque la révision sera renvoyée devant le préfet du prétoire qui a rendu la sentence attaquée, celui-ci devra s'adjoindre le *Quæstor sacri palatii*. (L. 35, C. 49, 1.)

Il est aussi fait mention, dans quelques textes, de la *supplicatio* contre des jugements rendus par des *judices ordinarii*, ce qui s'explique difficilement.

3781. Au reste, comme l'appel, la *supplicatio* n'était point admissible quand le préfet du prétoire n'avait fait que confirmer une décision, qui elle-même avait maintenu un jugement en premier ressort (trois jugements conformes). (L. unic., C. 7, 70.)

3782. Une disposition, qui semble commune à l'appel et à la *supplicatio*, est celle qui défendait aux parties, sous peine d'une amende égale à la moitié de la valeur du litige, de venir tourmenter le prince au sujet des suppliques ou des appels portés devant lui. C'est seulement après une année d'attente, qu'il était permis aux plaideurs de supplier l'empereur de rendre sa décision. (LL. 34 et 47, C. Théod. *de appel.*)

TROISIÈME SECTION. — VOIES DE NULLITÉ.

3783. Un jugement qui manque des conditions essentielles à la validité des décisions judiciaires n'est point un jugement; c'est le *néant*, ou tout au plus l'apparence d'un jugement. (L. 4, § 6, D. 42, 1.) Comme un tel acte ne saurait produire aucun droit, se prévaloir de la nullité d'une décision judiciaire, ce n'est point attaquer un jugement, mais seulement nier qu'il en existe un : or, une telle négation ne constitue ni un droit particulier, ni une voie de droit. C'est sur cette notion, aussi simple qu'exacte, qu'est fondée la théorie si rationnelle du droit romain sur les sentences *quæ sine appellatione rescinduntur*.

Les voies de nullité se produisaient dans la pratique, tantôt sous la forme de l'action *judicati*, tantôt sous la forme de l'exception ou de la réplique *rei judicatæ*, suivant que la sentence nulle contenait condamnation ou absolution.

3784. I. L'exécution des sentences exigeait à Rome l'intervention du magistrat. Lors donc qu'une partie, ayant obtenu contre son adversaire une condamnation entachée de quelque nullité, se présentait au magistrat pour demander l'exécution, il suffisait à l'autre partie de soutenir qu'il n'y avait pas de sentence, *non esse judicatum* : car la sentence nulle n'est pas un jugement. — Si les

faits sur lesquels reposait le reproche de nullité étaient constants et non déniés par le demandeur, et qu'il n'y eût plus qu'à en apprécier les conséquences légales par rapport à la validité de la sentence; si, en d'autres termes, la voie de nullité se présentait comme une pure *question de droit*, le magistrat décidait lui-même soit en refusant l'exécution, soit en l'autorisant, suivant que la nullité alléguée lui paraissait fondée ou non. Si, au contraire, les faits étaient contestés, le magistrat renvoyait les parties devant un juge, avec la formule de l'action *judicati*, formule qui soumettait au juge la question de savoir si, oui ou non, il y avait chose jugée entre les parties : *si paret judicatum esse*..... Pour que les condamnés insolvables ou de mauvaise foi ne pussent abuser impunément de ce moyen pour gagner du temps, le défendeur à l'action *judicati* était tenu de fournir la caution *judicatum solvi*, et de plus, s'il venait à perdre son procès, il était condamné au double.

3785. II. Quand il s'agissait d'une sentence portant absolution, le demandeur, qui voulait se prévaloir de la nullité, n'avait qu'à intenter à nouveau l'action correspondante au droit qui avait été nié par la sentence nulle; l'autre partie opposait l'*exceptio rei judicatæ;* mais cette exception soumettait précisément au juge la même question que l'action *judicati*, à savoir : *an judicatum sit* ? Le juge avait donc ainsi l'occasion d'examiner tous les reproches que pouvait faire valoir le demandeur, pour soutenir qu'il n'y avait pas chose jugée, ou, en d'autres termes, que la sentence était nulle. — Lorsque le fait sur lequel reposait le reproche n'était pas contesté, le magistrat refusait purement et simplement l'exception.

3786. III. Les vices, qui entraînaient la nullité de la sentence, peuvent se rapporter à quatre chefs principaux : la personne des parties, celle du magistrat ou du juge, l'inobservation des formes, et enfin le fond même de la sentence.

3787. IV. La sentence était nulle, *ex persona litigantium*, dans les cas suivants : 1° Si la partie condamnée était morte au moment où la sentence a été prononcée (L. 5 9, § 3, D. 42, 1); 2° S, elle était absente et qu'on n'eût pas observé les formes de la contumace (L. 1, § 3, D. 49, 3); 3° Si l'une des parties était esclave (L. 107, D. 50, 17); 4° Si elle était en démence (*furiosus*) (L. 9, D. 42, 1); 5° Si l'une des parties, étant de celles qui ne peuvent plaider que par représentants, a soutenu le procès en personne (L. 6, C. 7, 43); 6° Si la condamnation a porté sur une personne qui ne pouvait être condamnée, par exemple sur le *dominus* au lieu du *cognitor* ou *procurator*.

3788. V. La sentence était nulle *ex persona magistratus*, si le ma-

gistrat, qui avait nommé le juge, était incompétent à raison, soit de la nature du litige, soit du domicile des parties ; ou bien s'il avait jugé lui-même le fond, quand il aurait dû le renvoyer à un juge. — Elle était nulle *ex persona judicis*, quand le juge nommé était incapable, ou avait excédé les limites du mandat contenu dans la formule ; quand, la cause étant renvoyée à plusieurs juges, tous n'avaient pas pris part à la formation du jugement. (L. 39, D. 42, 1.)

3789. VI. La sentence était encore nulle, quand les formalités substantielles de la procédure n'avaient pas été observées, par exemple : quand la sentence n'avait pas été rédigée avant d'être prononcée ; quand la condamnation n'était pas précise, déterminée et d'une somme d'argent

3790. VII. La sentence, même la plus régulière sous les trois points de vue précédents, pouvait enfin être nulle par des vices inhérents au fond : 1° Pour *violation* ouverte d'une loi, d'un sénatus-consulte ou d'une constitution, mais non pour *fausse application* d'un principe vrai à un point de fait auquel il était inapplicable ; 2° Pour violation de l'autorité de la chose jugée. (L. 19, D. 49, 2.)

QUATRIÈME SECTION. — VOIES DE RESCISION

(C. 2, 27).

3791. I. La restitution en entier suppose une sentence régulière en la forme et valable au fond. Cette voie de droit, d'origine prétorienne, dut perdre beaucoup de son importance depuis que l'introduction de l'appel eut ouvert aux parties une voie ordinaire pour faire réformer les jugements qui leur portaient préjudice. Aussi, bien qu'il soit encore question sous les empereurs de restitutions contre les sentences, cette voie extraordinaire ne se présente guère plus que pour les mineurs. Quant aux majeurs, elle avait été généralement remplacée par l'appel (L. 42, D. 4, 4), ce qui est d'ailleurs conforme au principe général d'après lequel la restitution en entier n'est accordée qu'à défaut de moyen ordinaire.

Toutefois, il est encore fait mention de la restitution des majeurs dans les écrits des jurisconsultes classiques et notamment dans Gaïus (IV, § 57) ; mais elle ne paraît plus en usage, à leur égard, que dans certains cas particuliers, et notamment pour cause de dol, lorsque le juge a été corrompu, ou que la sentence a été rendue sur des titres faux, sur de faux témoignages, ou sur un

faux serment déféré par le juge. (L. 7, C. 7, 64; L. 33, D. 42, 1; L. 31, D. 12, 2.)

3792. II. La restitution en entier pouvait avoir lieu, soit contre la *litis contestatio*, soit contre la sentence.

Elle était accordée contre la *litis contestatio* au défendeur (mais non au demandeur) majeur, quand la formule était de nature à lui causer préjudice : par exemple, quand elle autorisait le juge à condamner à une somme supérieure à celle qui avait été réclamée par le demandeur. Le magistrat rectifiait alors la formule, et l'instance reprenait son cours ordinaire. (Gaïus. IV, § 57.)

La restitution contre la sentence pouvait avoir lieu de deux manières. Quand il s'agissait de restitution contre une sentence rendue *extra ordinem*, il n'y avait aucune raison pour que le magistrat, saisi de la demande en restitution, ne substituât pas lui-même une décision nouvelle à la décision attaquée. — Quand il s'agissait, au contraire, d'une sentence rendue par un *judex*, le magistrat se bornait à tenir pour non avenue la sentence attaquée, et renvoyait les parties devant un nouveau juge, en redonnant force et vigueur à l'ancienne formule. (L. 7, § 1, D. 4, 1.) Cependant il paraît que, même dans ce cas, le magistrat aurait pu aussi juger le fond : cela arrivait notamment quand la restitution n'était demandée que contre une partie de la sentence. (L. 13, § 1, D. 4, 4.)

3793. III. La demande en restitution pouvait se porter, soit devant le magistrat qui avait connu du procès *extra ordinem*, ou qui avait délivré la formule d'action sur laquelle était intervenue la sentence attaquée, soit devant tout autre magistrat égal ou supérieur (LL. 16 § *ult.*; 18 pr. D. 44 4). Au prince seul appartenait le droit de restituer contre les décisions du prince. La même règle était suivie pour les sentences rendues par les préfets du prétoire. (L. 18, D. 4, 4; L. 1, C. 2, 47; L. *unic.* § 2, D. 1, 11.)

3794. IV. Les formes et les délais de la restitution contre les sentences étaient, au surplus, les mêmes que lorsqu'il s'agissait de toutes autres espèces d'actes.

CINQUIÈME SECTION. — REVOCATIO IN DUPLUM.

3795. Il est question de cette voie de droit dans quelques passages des sentences de Paul et dans une constitution d'Alexandre conservée au code Grégorien.

Mais ces textes sont insuffisants pour faire connaître d'une

manière exacte en quoi consistait cette voie de droit, et en quoi elle différait de l'appel.

Les notions que ces textes nous fournissent se réduisent aux points suivants :

1° Le contumace et celui qui avait confessé *in jure* ne pouvaient recourir à l'*in duplum revocatio :* règle qui d'ailleurs lui était commune avec l'appel. (Paul. *Sent.* V, 5, a, §§ 4 et 7.)

2° L'exercice de la *revocatio in duplum* n'était subordonné à aucun autre délai que celui de la prescription de dix et vingt ans, ce en quoi cette voie de droit différait essentiellement de l'appel. (Paul. *Sent.*, V, 5, a, § 8.)

3° Enfin, le nom même de cette voie de droit nous apprend que celui qui y avait recours s'exposait à une condamnation double de celle dont il se plaignait. Ceci a même conduit quelques interprètes à confondre la *revocatio in duplum* avec l'action *judicati.*

SIXIÈME PARTIE

EXÉCUTION FORCÉE DES JUGEMENTS

PREMIÈRE SECTION. — NOTIONS PRÉLIMINAIRES SUR LES MOYENS DE CONTRAINTE EN GÉNÉRAL

3796. L'exécution forcée suppose toujours plus ou moins l'emploi de la force matérielle. C'est là une triste nécessité ; car, indépendamment des inconvénients positifs, inhérents à l'emploi de la force, la justice et les lois semblent perdre quelque chose de leur majesté, quand, pour se faire obéir, elles en sont réduites à faire appel à la force brutale.

3797. On s'est donc en général appliqué, chez les peuples policés, à employer le moins possible la violence directe ; on a donné, avec raison, la préférence à divers moyens indirects de forcer à l'obéissance les débiteurs récalcitrants. Mais cela n'est pas toujours possible : il faut à cet égard distinguer les différents genres de condamnations.

3798. Quand le jugement ordonne la *restitution* en nature d'un objet déterminé, et que le condamné résiste, l'emploi de la violence directe est à peu près indispensable, soit pour l'expulser des lieux dont il refuse de sortir, soit pour lui enlever les objets qu'il s'obstine à retenir.

3799. Pour les condamnations *à faire*, s'il s'agit de choses que le condamné seul peut exécuter, par exemple d'un ouvrage d'art, d'un travail de l'esprit, il est évident que toute contrainte directe est impossible. Mais on peut arriver au but par des moyens indirects, soit en tenant le débiteur en prison jusqu'à ce que son mauvais vouloir ait cédé ; soit, lorsqu'il possède des biens, en accordant au créancier, sur ces biens, une indemnité en argent.

S'il s'agit d'un fait, qui puisse être accompli par tout autre que le débiteur, par exemple, de la destruction d'un ouvrage fait au mépris du droit d'autrui, ou d'un travail susceptible d'être exécuté par un ouvrier quelconque, on peut ne pas recourir à la contrainte directe. Il suffit, en effet, de fixer au condamné, pour obéir, un certain délai passé lequel, le créancier sera autorisé à faire exécuter le travail aux frais du débiteur. On pourrait encore imposer

au condamné une certaine amende en argent, au profit du créancier, pour chaque jour de retard, jusqu'à ce qu'il eût été satisfait au jugement.

3800. Enfin, quand il s'agit *d'une somme d'argent à payer*, soit que la créance ait eu dès l'origine ce caractère, soit qu'elle l'ait acquis plus tard par l'une des transformations qui viennent d'être indiquées, le magistrat peut procurer directement l'exécution de la sentence, en faisant vendre les biens du débiteur au profit de ses créanciers. Cette vente peut avoir lieu sans le concours du débiteur, et par conséquent n'exige, provisoirement du moins, aucun emploi de la force.

Les condamnations en argent sont donc celles dont l'exécution peut être assurée le plus facilement et le plus directement. D'un autre côté, quand les biens du débiteur ne suffisent pas, et qu'il devient nécessaire d'en établir la répartition entre les créanciers, il faut bien que toutes les créances soient ramenées à une commune unité. Sous ce double rapport, il serait donc désirable que toutes les condamnations fussent pécuniaires : telle était aussi la règle sous la jurisprudence classique.

3801. Il faut maintenant examiner comment avaient été réglés par le droit romain les divers rapports dont nous venons de constater l'existence. A cet égard, il faut distinguer l'ancien droit civil, le droit prétorien, le droit des empereurs, et enfin le droit le plus nouveau qui avait prévalu au temps de Justinien.

DEUXIÈME SECTION. — EXÉCUTION FORCÉE D'APRÈS LES XII TABLES

3802. I. Le droit le plus ancien sur lequel nous ayons des documents paraît n'avoir connu que la contrainte contre la personne (*manus injectio*), que nous avons déjà complètement étudiée (nos 3251 et suiv.), ce qui nous dispense d'y revenir.

3803. II. Nous avons vu (n° 3253) ce qu'on entendait par le *nexus*, lequel ressemblait beaucoup à l'*addictus* de la *manus injectio*. Il conviendra de se reporter aux détails très complets qui ont été donnés sur cette méthode spéciale de garantir le payement d'une dette.

Il est d'ailleurs certain que ces principes sur l'exécution personnelle furent bientôt modifiés. Une loi *Pétilia*, de l'an 428 de Rome, supprima le *nexus*. Cette loi décida : 1° qu'un homme libre ne pouvait plus promettre à son créancier des *operæ serviles* faute de paye-

ment à l'échéance, et conséquemment, le droit du créancier ne put plus s'exercer que sur les biens du débiteur; 2° que ceux qui, au moment de sa promulgation, étaient déjà tenus comme *nexi*, seraient dispensés des *operæ serviles*, à condition de faire connaître, sous serment, tous les biens qui pouvaient garantir leur dette et en assurer le payement; 3° que désormais personne ne pourrait être retenu *enchaîné* (sauf le condamné à mort, en attendant le jour de son exécution); cette disposition adoucit donc le sort de l'*addictus*, mais sans supprimer ni l'*addictio*, ni l'emprisonnement de l'*addictus* (Varron, *de lingua latina*, VII, § 105; Cicéron, *de republica*, II, § 34; Tit. Liv., LVIII, n° 28 et XXIII, n° 14; Aulu. Gell. *nuits attic.*, XX; 1.)

3804. III. La *pignoris capio* (lire n° 3254) était certainement un mode d'exécution sur les biens, mais elle n'était applicable qu'à certaines créances spéciales se rattachant au droit public ou sacré; et, dès lors, on ne peut en tenir compte, par rapport aux créances privées.

Observation. — Bien que les XII Tables n'eussent accordé ni au magistrat, ni aux créanciers, aucun pouvoir direct sur les biens du débiteur, cependant, par son excessive rigueur, la *manus injectio* était, en réalité, un moyen très énergique d'agir sur les biens des débiteurs solvables : quel homme, en effet, eût été assez insensé pour se laisser vendre comme esclave, et perdre en même temps sa fortune et sa liberté, pour des dettes qu'il aurait eu les moyens d'acquitter? — A l'égard du débiteur insolvable, la vente de sa personne procurait toujours aux créanciers un payement quelconque.

Il n'est pas question, dans les sources, des biens que pouvait posséder le débiteur insolvable, et cela est naturel; car, dans l'espoir d'apitoyer ses créanciers et d'obtenir d'eux un arrangement qui lui permît de conserver sa liberté, le débiteur devait toujours s'empresser de leur offrir ses biens dès les premières poursuites. En admettant, au surplus, que le débiteur possédât encore quelque chose au moment où il était réduit en servitude, ses biens devenaient *vacants* par la mort civile de leur propriétaire, et, dès lors, rien ne s'opposait à ce que les créanciers pussent s'en emparer, en tant que biens vacants.

TROISIÈME SECTION. — EXÉCUTION FORCÉE D'APRÈS LE DROIT PRÉTORIEN

3805. Le droit prétorien conserva l'exécution personnelle; mais, à côté d'elle, il établit une voie d'exécution sur les biens (*venditio bonorum*), avec laquelle notre loi française sur la faillite offre une frappante analogie. Rien ne s'opposait, au reste, à ce que les créanciers cumulassent ces deux moyens d'exécution.

Le droit prétorien ne s'occupe en aucune façon de l'exécution forcée des restitutions en nature; sans doute parce que, à l'époque où l'édit prétorien commença à devenir le droit pratique, la règle qui veut que toute *condamnation soit pécuniaire* avait déjà été adoptée pour toutes les actions, tant réelles que personnelles. — Toutefois, l'aveu (*confessio*) et la non-défense (*indefensio*) autorisant les mêmes voies d'exécution que la condamnation, sans pour cela convertir le droit réclamé en une créance pécuniaire, il pouvait se rencontrer encore des cas où le demandeur eût à recourir à l'exécution forcée pour une *restitution* en nature : les textes ne nous apprennent pas comment un débiteur était contraint à ce genre de restitution.

CHAPITRE PREMIER

EXÉCUTION PERSONNELLE : DUCI JUBERE

3806. L'exécution personnelle se maintint dans la pratique, non seulement depuis que le droit prétorien eut introduit un moyen d'exécution direct sur les biens, mais encore fort avant sous l'empire et jusqu'aux plus modernes jurisconsultes classiques (Paul, *sent.*, V, § 2). C'était le principe de l'ancienne *manus injectio*, mais avec de notables adoucissements.

Le débiteur insolvable ne peut plus être tué ni vendu par ses créanciers ; mais il est encore adjugé au créancier (*addicitur*), emmené prisonnier dans la maison de celui-ci (*duci jubere*), qu'il est obligé de servir jusqu'à parfait payement de la dette. Pendant tout ce temps, il est assimilé à un esclave, mais il n'est point esclave ; aussi, la dette une fois payée, recouvre-t-il la liberté et avec elle tous les privilèges de l'ingénuité. (Quintil. *Inst. orat.*, V, 10, 60 ; VII, 3, 27 ; Gaïus, III, 189 à 199.)

Le créancier est obligé de le nourrir ; mais le prisonnier peut recevoir du dehors les choses nécessaires à la vie ; une action pénale est donnée contre le créancier qui s'y opposerait. (L. 34, D. 42, 1.)

CHAPITRE II

EXÉCUTION SUR LES BIENS : BONORUM VENDITIO

3807. Cette vente des biens en masse paraît avoir été introduite par le préteur *Publicius Rutilius*, nommé consul en 649. (Gaïus, IV, 35.) D'autres la font dériver de la loi *Pétilia*. Dans tous les cas, ce ne fut pas là une institution entièrement nouvelle, mais bien plutôt une extension, aux créances privées, d'un système d'exécution qui paraît avoir existé très anciennement, *au profit de l'État*, sur les biens des proscrits et des condamnés pour crimes (*publicis judiciis*), lorsque la confiscation (*publicatio*) avait été prononcée contre un citoyen, et aussi lorsqu'une condamnation prononcée au profit du trésor public n'était pas acquittée. Il est souvent fait mention de cette opération sous le nom de *bonorum sectio* et de *bonorum auctio*. (Tit. Liv. XXXVIII, 58, 60 ; Cicer. *pro Roscio Amer.*, 29, 31, 33, 36, 43, 51 ; *pro Rabir.*, 44 ; *in Verrem*, 1, 20, 23.)

Dans la *sectio bonorum*, les questeurs du trésor étaient envoyés en possession des biens du condamné, et les faisaient vendre en masse, aux enchères, *sub hasta*, par le ministère du crieur public. — Ce mode de vente transférait immédiatement à l'adjudicataire (*sector*) la propriété quiritaire, ce qui établissait une différence considérable entre la *bonorum sectio* et la *bonorum venditio*. (Varro *de re rustica*, II, 10 ; v. interdit *sectorium*, n° 3697.)

Quant à la *bonorum auctio*, quelques auteurs pensent que c'était aussi une vente *sub hasta*, mais à *titre particulier*. Ce point n'est point éclairci. — On sait que *hasta*, la pique, était l'emblème du droit de propriété.

Revenons à la *bonorum venditio*, la seule réellement intéressante au point de vue privé. — Cette vente en masse ne se produisait qu'après une série de formalités assez compliquées, et en deux phases très distinctes.

ARTICLE PREMIER. — MISSIO IN POSSESSIONEM

3808. Le créancier ou les créanciers, qui avaient obtenu une *condamnation*, ou dont le débiteur était *confessus* ou *indefensus*, et

qui voulaient arriver à la vente de ses biens, devaient s'adresser au préteur ou au président de la province. Ce magistrat, après avoir vérifié la demande (*causa cognita*), autorisait, par un décret, les créanciers à se mettre en possession de tous les biens du débiteur.

Cet envoi ne conférait point aux créanciers la possession juridique, car ils étaient réputés détenir à titre conservatoire (*rei servandæ causa*), et pour le débiteur (*custodia*); mais il constituait à leur profit le gage prétorien. (V. Interdits prohibitoires : 13°.)

Le débiteur ne perdait donc ni la propriété, ni la possession juridique, par l'effet de la *missio*, mais seulement l'administration. (Cicér. *pro Quint.*, 27.)

Cette administration, et notamment l'exercice des actions qui pouvaient appartenir au débiteur, étaient confiés à un ou plusieurs curateurs, désignés par la majorité des créanciers et confirmés par le magistrat. (L. 14, pr.; L. 15, pr. D. 42, 5.)

Quels sont précisément les cas dans lesquels le préteur prononce la *missio in possessionem rei servandæ causa*? Gaïus répond à cette question, en indiquant dans quels cas a lieu la *bonorum venditio* : « On vend les biens des personnes vivantes aussi bien que ceux des personnes qui sont mortes; on vend ceux des vivants qui se cachent dans un esprit de fraude, et qui, dans leur absence, ne se font pas défendre par d'autres; on vend encore ceux des personnes qui, en vertu de la loi Julia, ont fait cession de biens, et ceux des personnes condamnées par le juge et qui n'ont pas payé la condamnation dans le temps qui leur est accordé par la loi des XII Tables et par le préteur. — On vend aussi les biens des personnes mortes, lorsqu'on est certain que ces personnes n'ont ni héritiers, ni possesseurs des biens, ni aucun autre successeur (III, § 78). » Nous savons aussi que si le débiteur s'est donné en adrogation, et que l'adrogeant ne veuille pas défendre à l'action des créanciers, ceux-ci obtiennent du préteur la permission de mettre en vente tous les biens qui appartiendraient à leur débiteur, sans l'adrogation. (L. 18, D. 8, 5.)

ARTICLE II. — BONORUM VENDITIO

3809. En général, la vente devait avoir lieu dans un bref délai, après l'envoi en possession. Toutefois, elle pouvait être remise à une époque plus éloignée, et alors l'administration des biens était confiée à un curateur (*curator bonorum*) choisi par les créanciers et confirmé par le magistrat. (L. 1, § 1, D. 42, 7; L. 6, § 2, D. 42, 4.)

S'il n'y avait aucun motif particulier de reculer la vente, elle avait lieu de suite dans les formes suivantes.

On plaçait, dans les lieux les plus fréquentés de la ville, des affiches indiquant la nature et l'importance des biens à vendre (*bonorum proscriptio*). (Gaïus, III, § 79.) Trente jours après cette publication, quand il s'agissait des biens d'un vivant, et quinze jours après seulement, quand il s'agissait des biens d'un mort, le préteur convoquait tous les créanciers connus, et leur ordonnait de choisir parmi eux un syndic (*magister*), auquel était confié le soin de vendre les biens. (Gaïus, III, § 79.) — Ce syndic dressait le cahier des charges, lequel contenait la description des biens et l'état des créanciers.

Ce cahier des charges, dit *lex bonorum vendendorum*, était indispensable, puisque l'adjudication, comme on va le voir, avait lieu, non pour un prix déterminé, mais moyennant l'offre faite par l'adjudicataire de payer *tant pour cent* à chacun des créanciers. Le syndic vérifiait sommairement les créances. Les créanciers retardataires n'étaient pas comptés, mais ils pouvaient recourir soit contre le *magister*, encore nanti du produit de la vente, soit contre les créanciers qui avaient déjà reçu les sommes payées par l'acheteur. (L. 22, § 10, D. 17, 1.)

Après un nouveau délai de trente jours ou de vingt jours, suivant que le débiteur était vivant ou mort, les biens étaient adjugés en masse au plus offrant (*addicuntur*), c'est-à-dire à celui qui offrait de payer aux créanciers le plus fort dividende. (Gaïus, III, § 79.)

Si deux personnes faisaient la même offre, l'une pouvait se trouver dans une situation telle qu'il paraissait convenable de la préférer à l'autre. (L. 16, D. 42, 5.)

Gaïus nous apprend pourquoi les délais de la vente étaient plus longs pour le débiteur vivant que pour le débiteur mort : c'est qu'on voulait laisser au vivant le temps de chercher les moyens de conserver ses biens, soit en payant ses créanciers, soit en entrant en arrangement avec eux. (III, § 79.)

Bien qu'il n'y ait à ce sujet aucun document positif, il est évident que les créanciers devaient être forclos, au regard de l'adjudicataire, quand ils ne s'étaient pas fait connaître assez à temps pour que le syndic les portât sur l'état des créances : il fallait bien, en effet, que l'adjudicataire, qui offrait *tant pour cent* aux créanciers, sût à quoi s'en tenir sur le montant total des dettes. — Les créanciers étaient avertis de se présenter, par les affiches qui restaient apposées pendant trente et peut-être soixante jours.

ARTICLE III. — EFFETS DE LA VENTE QUANT AU DÉBITEUR

3810. La vente en masse, en faisant perdre au débiteur tous ses biens, ne le libérait point de ses dettes, sinon, bien entendu, pour la partie qui se trouvait payée par l'*emptor bonorum*. Toutefois, tant qu'il n'avait point acquis des biens nouveaux, le préteur le défendait contre toute poursuite, au moyen d'une exception.

Cette exception n'était, au surplus, accordée qu'aux débiteurs auxquels on ne pouvait reprocher aucune fraude ; car le débiteur frauduleux pouvait être poursuivi par voie d'exécution personnelle. (L. 25, § 7, D. 42, 8.)

Quant aux biens nouveaux que le débiteur aurait acquis depuis la vente, ils pouvaient devenir l'objet d'une vente nouvelle, et ainsi de suite, jusqu'à payement intégral de tous les créanciers. (Gaïus, IV, § 155.)

Le débiteur dont les biens avaient été ainsi vendus était noté d'infamie, et perdait ses droits politiques. (Gaïus, II, § 154.)

ARTICLE IV. — EFFETS DE LA VENTE QUANT A L'ACHETEUR

3811. La vente des biens établissait une transmission universelle de tous les biens, droits et actions du débiteur, sur la tête de l'acheteur; aussi considérait-on la vente comme une sorte de *succession*.

L'acquéreur n'obtenait pas immédiatement, cependant, la propriété *quiritaire* des biens adjugés, mais seulement l'*in bonis* qui se convertissait en domaine *quiritaire* au moyen de l'usucapion. (Gaïus, III, §§ 80 et 81.) Divers moyens juridiques étaient accordés à l'acheteur, pour faire valoir ses droits sur les biens adjugés. — S'agissait-il d'une contestation intéressant l'universalité, il avait l'interdit *possessorium*. — S'agissait-il soit de revendiquer des objets particuliers, soit de poursuivre les débiteurs, l'acheteur pouvait agir par l'action *servienne*, dans laquelle on feint qu'il est héritier, ou par l'action *rutilienne*, dans laquelle l'*intentio* est libellée au nom du débiteur, et la condamnation au profit de l'acquéreur.

Quant aux créanciers du débiteur exproprié, l'acheteur était personnellement tenu de leur payer le dividende formant le prix de l'adjudication. L'acheteur n'était pas toutefois tenu de reconnaître pour créanciers toutes les personnes comprises dans l'état dressé par le *magister*. Il ne pouvait contester, il est vrai, les droits qui avaient été antérieurement reconnus contradictoirement avec le

débiteur; mais il pouvait opposer aux autres tous les moyens de défense qu'aurait pu opposer le débiteur lui-même.(Gaïus, IV, § 65.)

ARTICLE V. — DROITS DES DIVERSES CLASSES DE CRÉANCIERS

3812. Les créanciers ordinaires obtenaient une action directe et personnelle contre l'*emptor*, jusqu'à concurrence du dividende par lui offert. Quant aux créanciers ayant un droit de gage ou d'hypothèque, ils pouvaient, soit pendant la procédure de vente, soit même après l'adjudication consommée, revendiquer le gage au moyen de l'action hypothécaire, sauf à l'acheteur le droit de le retenir en payant intégralement. Ainsi, la vente des biens ne purgeait pas les hypothèques.

En se rappelant que les Romains n'ont jamais connu la publicité des hypothèques, on comprend aisément que l'achat en masse des biens était une opération fort chanceuse, et que, par un contre-coup inévitable, les biens vendus de cette manière devaient en général être adjugés à vil prix.

Le danger, et par conséquent les inconvénients qui en étaient la suite, augmentèrent encore singulièrement, quand plus tard les empereurs eurent introduit le chaos des créances privilégiées et des hypothèques privilégiées. Telle fut peut-être la raison qui fit peu à peu tomber en désuétude la vente en masse des biens.

CHAPITRE III

EXÉCUTION FORCÉE SOUS LES EMPEREURS

3813. Les voies d'exécution, décrites dans le chapitre précédent, continuèrent à subsister bien avant sous l'empire; mais plusieurs innovations tendirent à en rendre l'usage moins fréquent : on veut parler ici de la *cession de biens*, de la vente des *biens en détail* et de la *pignoris capio*.

ARTICLE PREMIER. — DE LA CESSION DE BIENS

(D. 42, 3; — C. 7, 71; — C. Th., *qui bonis ex lege Julia.*)

3814. Le bénéfice de cession de biens fut introduit dans le droit romain par une loi Julia qui peut être attribuée, soit à J. César, soit à Auguste. La cession n'était soumise à aucune forme solennelle;

il n'était même pas nécessaire qu'elle fût faite en justice. (L. 9, D. 42, 3; L. 2, C. Th. *Qui bonis.*) — Par l'effet de cet abandon volontaire, les créanciers se trouvaient dans une position analogue à celle où les aurait placés l'envoi en possession ; ils n'acquéraient ni la propriété, ni la possession juridique des biens cédés, mais seulement le droit de les conserver et de les vendre. La vente avait lieu, du reste, dans les mêmes formes et dans les mêmes délais que dans le cas d'envoi en possession. (Gaïus, III, § 78; LL. 2, 3, 4, 5, C. 7, 71.) Comme la *venditio bonorum*, la cession ne libérait le cédant que jusqu'à concurrence du dividende payé aux créanciers par l'adjudicataire; en sorte qu'après la cession consommée, rien ne s'opposait à ce que les créanciers exerçassent de nouvelles poursuites sur les biens acquis postérieurement par le cédant. (L. 1, C. 7, 71.)

Mais la cession n'en procurait pas moins au cédant de notables avantages : — 1° Elle le mettait à l'abri de la contrainte personnelle (L. 1, C. 7, 71); — 2° Elle faisait que la vente des biens n'entraînait plus l'infamie (L. II, C. 2, 12); — 3° Enfin, le débiteur ne pouvait être poursuivi sur les biens acquis depuis la cession, que *in quantum facere potest*, c'est-à-dire, en conservant ce qui lui était nécessaire pour vivre ; c'est ce que les modernes appellent *bénéfice de compétence*. (*Inst. J.*, § 40, IV, VI.)

En présence de tels avantages, on se demande comment tous les insolvables ne s'empressaient pas de faire cession de biens, et comment la contrainte personnelle et la *venditio bonorum* n'étaient pas complètement tombées en désuétude. Cela tient, sans doute, à ce que le bénéfice de cession n'était pas accordé à tous les insolvables indifféremment, mais seulement à ceux auxquels on ne pouvait reprocher aucune fraude, et qui se trouvaient réduits à ce triste état par suite de malheurs. (L. I, C. Th. *qui bonis ex lege Julia.*)

ARTICLE II. — VENTE EN DÉTAIL

3815. Les conséquences si rigoureuses de la *venditio bonorum* tenaient principalement à ce que l'adjudication en masse de tous les biens du débiteur semblait ouvrir sa succession de son vivant, circonstance qui était de nature à le faire considérer comme n'ayant plus une existence légale.

Pour soustraire les débiteurs de l'ordre sénatorial à l'infamie attachée à ce mode de vente, un sénatus-consulte décida qu'aux insolvables de ce rang serait nommé un curateur aux biens qui vendrait les biens en détail, et satisferait les créanciers avec le prix pro-

venant de cette vente. (LL. 5 et 9, D. 27, 10.) Quoique, de cette manière, le débiteur parût conserver tous ses droits, il ne pouvait cependant intenter aucune action, à raison de ceux qui lui avaient appartenu avant la nomination du curateur (*ex ante gesto.*) (L. 4, D. 27, 10.)

ARTICLE III. — PIGNORIS CAPIO NOUVELLE (PIGNUS EX CAUSA JUDICATI CAPTUM)

(C. 8, 23).

3816. Cette voie d'exécution (*pignus ex causa judicati captum*) d'abord introduite, sous les empereurs, pour les créances du fisc étendue ensuite aux créances privées, ne doit pas être confondue avec l'ancienne *pignoris capio* des actions de la loi, quoiqu'elle n'en soit peut-être qu'une extension ou une imitation. (L. 9, § 6, D. 48, 13; L. 15, § 2; L. 31, D. 42, 1.) Elle avait lieu de la manière suivante. Sur la production de la sentence ou la justification de l'aveu, le magistrat faisait saisir, par ses appariteurs (*apparitores*), non pas tous les biens du débiteur, mais seulement la portion de ces biens nécessaire pour procurer payement au créancier. — Cette saisie portait d'abord sur les meubles, puis sur les immeubles, enfin, en dernier lieu, sur les créances. (L. 15, §§ 2 et 8, D. 42, 1.) — Elle créait au profit du saisissant un droit d'hypothèque. (L. 15, §§ 3 et 6; L. 31, D. 42, 1.) — Après un délai de deux mois, les objets saisis étaient vendus par les appariteurs, et le créancier payé sur le prix. L'excédant était remis au débiteur. — S'il ne se présentait pas d'acheteur, l'objet pouvait être adjugé au saisissant. (LL. 1 et 2, C. 8, 23.)

On voit qu'entre la *pignoris capio* et nos saisies mobilières et immobilières, il y avait une analogie égale à celle que nous avons signalée plus haut, entre la *venditio bonorum* et notre procédure de faillite.

Mais nos saisies spéciales et notre procédure de faillite s'appliquent à des situations très nettement tranchées; et, généralement, c'est chose facile que de distinguer les cas dans lesquels il faut recourir soit à l'une, soit à l'autre voie. Nous ne connaissons pas bien, au contraire, dans quels cas les Romains, du temps de l'emdire, employaient la *pignoris capio*, dans quels autres la *venditio bonorum*. Mais la nature des choses doit faire penser que l'on employait la *venditio bonorum* toutes les fois que la déconfiture était notoire ou qu'il se présentait plusieurs créanciers; et que l'on recourait à la *pignoris capio*, quand il s'agissait seulement de triompher de la mauvaise volonté d'un débiteur solvable.

CHAPITRE IV

EXÉCUTION FORCÉE SOUS JUSTINIEN

3817. Nous retrouvons, dans le plus nouveau droit de la compilation Justinienne, les modes d'exécution précédemment décrits : les uns conservés presque intacts, les autres singulièrement altérés.

L'ancien principe, que toute condamnation doit être pécuniaire, ayant complètement disparu, il était devenu nécessaire de pourvoir à l'exécution forcée en nature.

L'aveu judiciaire est encore assimilé à la condamnation; mais non plus l'absence de défense (*indefensus*), à cause des principes nouveaux sur la contumace.

ARTICLE PREMIER. — CONTRAINTE PERSONNELLE

3818. Il est encore fait mention de la contrainte personnelle par l'emprisonnement du débiteur. Toutefois, ce n'est plus vraisemblablement l'ancienne détention privée chez le créancier, mais bien l'incarcération dans une prison publique. (C. *de priv. carcer.*)

ARTICLE II. — CESSION DE BIENS

3819. La cession de biens a conservé tous ses anciens caractères : elle garantit l'insolvable de l'infamie et de la contrainte personnelle. (LL. 1 et 8, C. 7, 71.) Justinien ne reproduit pas la disposition du code Théodosien, au sujet de la distinction entre l'insolvable malheureux et celui auquel on peut reprocher des fraudes. Malgré ce silence, on doit croire que l'ancienne règle était encore suivie; autrement, les autres modes d'exécution n'auraient presque jamais trouvé d'application.

ARTICLE III. — PIGNORIS CAPIO

3820. La *pignoris capio* paraît être devenue la voie ordinaire d'exécution pour les condamnations qui consistent en une somme d'argent à payer. Elle remplace, en général, l'ancienne procédure par *missio in possessionem* et *venditio bonorum*.

On ne voit pas que les formes de la *pignoris capio*, dans la compilation de Justinien, diffèrent de celles qui étaient suivies dans les temps antérieurs.

ARTICLE IV. — FORMES NOUVELLES DE LA MISSIO IN POSSESSIONEM : DISTRACTIO BONORUM

3821. On retrouve encore, dans le plus nouveau droit, la *missio in possessionem* des biens du débiteur ; mais les caractères primitifs si saillants de l'ancienne *missio*, avec vente des biens en bloc, avec succession de l'acheteur *in universum jus debitoris*, ont presque entièrement disparu.

3822. I. Ainsi la *missio*, qui, dans la pureté primitive du droit prétorien, comprenait toujours l'universalité des biens du débiteur, quels que fussent d'ailleurs le nombre des créanciers et l'importance des créances, n'est plus accordée maintenant, du moins en général, que sur la partie des biens nécessaire pour acquitter la dette. (L. 6, § 4, C. 1, 13.)

3823. II. L'envoi en possession de l'universalité des biens du débiteur (*in omnia bona*) n'a plus lieu qu'exceptionnellement, lorsque le débiteur s'est laissé condamner par *contumace*, qu'il se présente plusieurs créanciers, et que le passif excède l'actif : en d'autres termes, quand la fuite du débiteur et la multiplicité des poursuites annoncent suffisamment la déconfiture, ou ce que nous appelons chez nous l'état de faillite.

Les créanciers poursuivants doivent faire préalablement reconnaître leurs créances en justice. — Si, au moment où commence la poursuite, nul créancier n'est encore reconnu, les premiers font vérifier leurs créances contre le débiteur défaillant, ce qui est rendu possible, à l'époque dont nous nous occupons, par la procédure sur la contumace ; puis ils se font mettre en possession. — Quant aux créanciers qui ne se sont pas présentés au commencement de la poursuite, ils ne sont pas forclos pour cela ; il leur est au contraire accordé, selon les cas, un délai de deux ou quatre ans, après lequel seulement la forclusion est encourue. Les créanciers qui se présentent dans les délais sont tenus de faire vérifier leurs droits contradictoirement, soit avec les créanciers déjà en possession, soit avec le *curator bonorum*. (L. 10, C. 7, 72.)

Après l'expiration de ces longs délais, le juge ordonne la vente. Elle ne s'opère plus, comme autrefois, au moyen d'une adjudication en bloc à un acquéreur qui s'oblige à payer tant pour cent aux créanciers; mais en détail (*distractio*), comme cela se pratiquait dans l'époque précédente pour les débiteurs de rang sénatorial, c'est-à-dire par un curateur. (L. 10, § 1, D. 7, 72.)

Quelques précautions sont prises pour que la vente soit faite à

des conditions convenables : il doit en être dressé procès-verbal, et le curateur doit jurer qu'il a vendu au meilleur prix possible. (L. 10, § 1, D. 7, 72.)

Le juge procédait ensuite à la distribution des deniers entre les divers créanciers, opération qui, eu égard à la complication des privilèges, devait entraîner bien des lenteurs et bien des difficultés. (L. 8, C. 7, 71.)

Les tiers, qui avaient à revendiquer des corps certains mal à propos confondus dans l'actif du failli, et les créanciers hypothécaires pouvaient sans doute intervenir pour revendiquer soit leur propriété, soit leur gage. Justinien ne le dit pas; mais il n'y a aucune raison de penser qu'il ait voulu s'écarter des principes antérieurs à cet égard.

ARTICLE V. — RESTITUTION EN NATURE

3824. Depuis que les condamnations n'étaient plus exclusivement pécuniaires, il pouvait y avoir lieu souvent à faire opérer, par la force, la restitution en nature. Cela avait lieu par le ministère des officiers du juge, soit qu'il s'agît d'une restitution ordonnée à la suite d'une action réelle, soit même qu'à la suite d'une action personnelle le défendeur eût été condamné à transférer la propriété au demandeur (*dare.*) (L. 68, D. 6, 1.)

SEPTIÈME PARTIE

PEINES CONTRE LES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES ET DE MAUVAISE FOI.

(*Inst.*, IV, XVI.)

3825. Les procès sont un mal, sans doute, et il est bon d'en restreindre le nombre en punissant ceux qui soutiennent une prétention injuste. Toutefois, c'est là une matière fort délicate. La justice humaine est si incertaine, et le gain des procès tient quelquefois à si peu de chose, que la sévérité peut bien souvent n'être qu'injustice, et la rigueur de la loi ne faire qu'aggraver l'erreur du juge. D'ailleurs, si les peines sont légères, elles n'arrêteront personne; si elles sont très fortes, elles auront le grave inconvénient d'interdire souvent aux hommes pauvres ou timides l'accès de la justice; parce que, quelque confiance qu'ils puissent avoir dans leur bon droit, ils aimeront mieux y renoncer que de s'exposer, sur la foi d'un juge sujet à erreur, au double danger de la perte du procès et des rigueurs de la loi.

Je ne connais pas une seule législation où cette matière ait été réglée d'une manière que la justice et la raison puissent avouer.

Dès l'origine, en ce qui concerne l'appel, l'appelant malheureux était condamné à une somme pouvant s'élever jusqu'au tiers de la valeur du litige, et les empereurs chrétiens décidèrent que, dans le cas d'un appel malheureux, le riche serait condamné à deux ans de relégation dans une île, et le pauvre à deux ans de mines.

Nous avons vu aussi les *sponsiones* et les *restipulationes* par lesquelles le plaideur romain pouvait doubler ou tripler les dangers ordinaires des procès.

Cette matière semblerait cependant pouvoir être réglée par des principes assez simples. Que la loi sévisse avec rigueur contre le plaideur que le juge reconnaît avoir agi de *mauvaise foi*, rien de mieux; et l'indulgence seule pourrait être à blâmer. Mais, quand le plaideur sera de bonne foi; quand, par exemple, sur la foi d'une jurisprudence qu'il devait croire fixée, il aura soutenu une thèse de droit sur laquelle la jurisprudence vient ensuite à changer, y a-t-il justice à le punir? Le juge ne devrait-il pas avoir, dans tous les cas,

le pouvoir de déclarer *excusable* le plaideur qui succombe, et de le dispenser des peines qui ne devraient atteindre que la mauvaise foi ou l'impudence grossière ?

PREMIÈRE SECTION. — PEINES CONTRE LE DEMANDEUR

3826. Gaïus énumère quatre sortes de peines ayant pour objet de réprimer la témérité ou la mauvaise foi du demandeur : le *judicium calumniæ*, le *judicium contrarium*, le *serment* et la *restipulation*. (C. IV, § 174.)

I. *Judicium calumniæ*. — *Calumnia* indique l'esprit de chicane qui porte un plaideur à soutenir un procès injuste, dans le but de vexer son adversaire. Le *judicium calumniæ* est donc une instance reconventionnelle, dirigée par le défendeur contre le demandeur, sous le prétexte, ou sur le motif, que celui-ci agit par esprit de chicane. Au moyen de cette instance, le défendeur absous de l'action principale obtenait contre le demandeur une condamnation égale au dixième de la demande. Pour les interdits, la peine était du quart. Gaïus nous apprend que le *judicium calumniæ* pouvait être réclamé par le défendeur contre toutes espèces d'actions (*adversus omnes actiones*..... Gaïus, IV, § 178).

La paraphrase de Théophile semble dire que le défendeur pouvait réclamer le *judicium calumniæ*, soit pendant le litige principal, soit après. Mais le texte de Gaïus nous paraît dire assez nettement le contraire : « *Liberum est illi cum quo agitur aut calumniæ judicium opponere, aut jusjurandum exigere, non calumniæ causa agere.* » (Gaïus, IV, § 176.)

L'instance *calumniæ* avait sa base juridique dans une promesse que le défendeur était en droit d'exiger du demandeur, et par laquelle celui-ci promettait, à titre de peine, une somme égale au dixième ou au quart du litige, s'il était ultérieurement jugé qu'il avait agi par esprit de chicane.

II. *Jusjurandum calumniæ*. — Au lieu de la promesse dont il vient d'être question, le défendeur pouvait se borner à exiger du demandeur le serment qu'il n'actionnait pas par esprit de chicane. Ce serment était plutôt une garantie qu'une peine proprement dite : son efficacité, comme moyen préventif, dépendait de la moralité du demandeur.

L'action et le serment *calumniæ* se référaient à un demandeur de mauvaise foi : «*Nam calumniæ judicio nemo damnatur, nisi qui intelligit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem insti-*

tuit, potiusque ex judicis errore vel iniquitate victoriam sperat, quam ex causa veritatis. » (Gaïus, IV, § 178.) — Le *contrarium judicium* et la *restipulatio* pouvaient, au contraire, être invoqués même contre le demandeur de bonne foi; mais leur application était bien moins générale que celle des deux peines précédentes.

III. *Judicium contrarium.* — C'était une instance reconventionnelle dirigée par le défendeur contre le demandeur, et qui avait pour but de faire condamner celui-ci, tantôt au dixième, tantôt au cinquième de la demande originaire. L'instance contraire ne pouvait être opposée que dans un nombre de cas très limité, savoir : contre l'action d'injure; contre celle par laquelle on attaquait une femme envoyée en possession *ventris nomine*, en soutenant qu'elle avait frauduleusement transporté la possession à un autre; enfin, contre l'action par laquelle l'envoyé en possession, à un titre quelconque, prétendait qu'il avait été empêché d'y entrer. (Gaïus, IV, § 177.)

IV. *Restipulatio.* — La restipulation n'avait aussi lieu que dans certains cas déterminés. Elle correspondait à la sponsion pénale du demandeur, ainsi que nous l'avons vu plus haut en traitant de la procédure des interdits.

Puisque le *judicium contrarium* et la *restipulatio* n'étaient applicables qu'à des hypothèses spéciales, il est évident que le défendeur n'avait pas toujours le choix entre les quatre moyens dont on vient de parler. Mais, dans les cas où il y avait lieu, soit au *judicium contrarium*, soit à la *restipulatio*, il pouvait recourir de préférence soit au serment, soit au *judicium calumniæ.* (Gaïus, IV, §§ 179, 181.)

DEUXIÈME SECTION. — PEINES CONTRE LE DÉFENDEUR

3827. La témérité des défendeurs était pareillement réprimée de plusieurs manières.

I. *Sponsio.* — Il a été déjà question, en traitant des interdits, de la sponsion que le demandeur pouvait, en certains cas, exiger du défendeur, et qui ajoutait au danger de perdre le procès celui de payer la peine stipulée en la sponsion.

II. *Condamnation au double.* — Nous savons déjà pareillement que, dans certains procès, lorsque le défendeur niait la dette *in jure*, la condamnation était portée au double (*lis inficiando crescit*). Cela avait lieu pour l'action *judicati*, l'action *depensi*, l'action de la loi *Aquilia*, l'action *quod legatorum* à raison du legs *per damnationem*.

III. *Serment.* — Quand il n'y avait lieu ni à la sponsion, ni à la condamnation au double, et qu'il ne s'agissait pas d'ailleurs d'une action pénale, le demandeur pouvait exiger que le défendeur jurât qu'il ne se défendait pas par esprit de chicane (*jusjurandum de calumnia*). (Gaïus, IV, §§ 172 et 173.)

IV. *Infamie.* — Dans certaines actions, le défendeur condamné encourait la note d'infamie. Telles étaient : l'action de *vol*, de *rapine*, de *dol*, les actions directes de *tutelle*, de *dépôt* ou de *mandat*, et l'action *pro socio*. — Les actions de *vol*, de *rapine* et d'*injure* étaient infamantes, alors même que le défendeur évitait la condamnation en *transigeant*, car ces actions reposaient sur un délit que la transaction ne pouvait effacer. Les autres n'étaient infamantes que s'il intervenait condamnation. (Gaïus, IV, §§ 60, 182.)

TROISIÈME SECTION. — PEINES DES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES SOUS JUSTINIEN

Pr. Les fondateurs de notre législation se sont appliqués à empêcher que les particuliers ne se jetassent trop facilement dans les procès : c'est aussi là l'objet de notre sollicitude et de nos efforts. Pour atteindre ce but, il convient de réprimer la témérité soit des demandeurs, soit des défendeurs, tantôt par des peines pécuniaires, tantôt par l'obligation de prêter serment, tantôt par la crainte de l'infamie.

§ 1. Le serment est déféré, d'après notre constitution, à tout défendeur ; et celui-ci ne peut faire usage de ses moyens de défense qu'après avoir juré qu'il croit sa cause juste.

Il y a en outre des cas où, pour punir les dénégations du défendeur, la condamnation est portée au double ou au triple : c'est ce qui arrive notamment pour l'action de la loi Aquilia, et pour les legs faits aux lieux vénérables. Il est d'autres cas au contraire où, dès l'origine, l'action dépasse le simple, par exemple dans l'action du vol qui, suivant que le vol est ou non manifeste, emporte condamnation au quadruple ou au double ; dans ces actions et quelques autres, la condamnation dépasse le simple, soit que le défendeur avoue, soit qu'il nie.

Notre constitution réprime aussi l'esprit de chicane (*calumnia*) du demandeur en l'obligeant à jurer qu'il agit de bonne foi (*pro calumnia jurare*). Les avocats des deux parties sont pareillement astreints à un serment déterminé par notre constitution. Telles sont les mesures par lesquelles nous avons remplacé l'ancienne action *de calumnia*, aujourd'hui tombée en désuétude. Cette action infligeait au demandeur une amende égale au dixième de la valeur du procès, mais nous n'avons pas appris qu'elle ait été jamais appliquée : aussi avons-nous établi et le serment dont il a été parlé ci-dessus, et l'obligation, pour celui qui plaide mal à propos, de rembourser à son adversaire les dommages et les frais du procès.

§ 2. Il y a certaines actions qui font encourir l'infamie à la partie condamnée : telles sont les actions de vol, de rapine, d'injure et de dol ; telles sont encore les actions directes (mais non les actions contraires) de tutelle, de mandat et de dépôt, enfin l'action de société, qui, étant directe pour tous les associés,

tait encourir l'infamie à tout associé condamné par suite de cette action. Mais les actions de vol, de rapine, d'injure et de dol entraînent infamie contre le défendeur, non seulement quand il y a eu condamnation, mais encore quand le procès a été terminé par transaction : il importe en effet de ne pas confondre l'obligation née d'un délit avec celle qui vient d'un contrat.

3828. Au temps de Justinien, la plupart des peines énumérées dans les deux paragraphes précédents étaient tombées en désuétude, ou avaient changé de caractère. La témérité des plaideurs se trouvait réprimée par le serment, la condamnation au double, l'infamie et la condamnation aux frais.

I. Le serment est maintenant exigé de tout plaideur. Demandeur et défendeur doivent jurer, le premier qu'il n'agit pas, le second qu'il ne résiste pas par esprit de chicane. (L. 4, C. 7, 51.)

Les avocats des parties sont aussi assujettis à un serment dont voici la substance : « *Quod omni quidem virtute sua omnique ope, quod verum et justum existimaverint, clientibus suis inferre procurabunt : nihil studii reliquentes, quod sibi possibile est : non autem credita sibi causa cognita, quod improba sit, vel penitus desperata, et ex mendacibus allegationibus composita, ipsi scientes prudentesque mala conscientia liti patrocinabuntur : sed et si certamine procedente aliquid tale sibi cognitum fuerit, a causa recedent, ab hujumodi communione sese penitus separantes.* » (L. 14, § 1, C. 3, 1.)

II. La condamnation au double et l'infamie ont lieu dans les mêmes actions qu'autrefois, avec de légères modifications. Ainsi, notamment, la condamnation au double, dans le cas du legs *per damnationem*, se trouve transportée aux legs faits aux églises. (L. 46, § 7, C. 1, 3.)

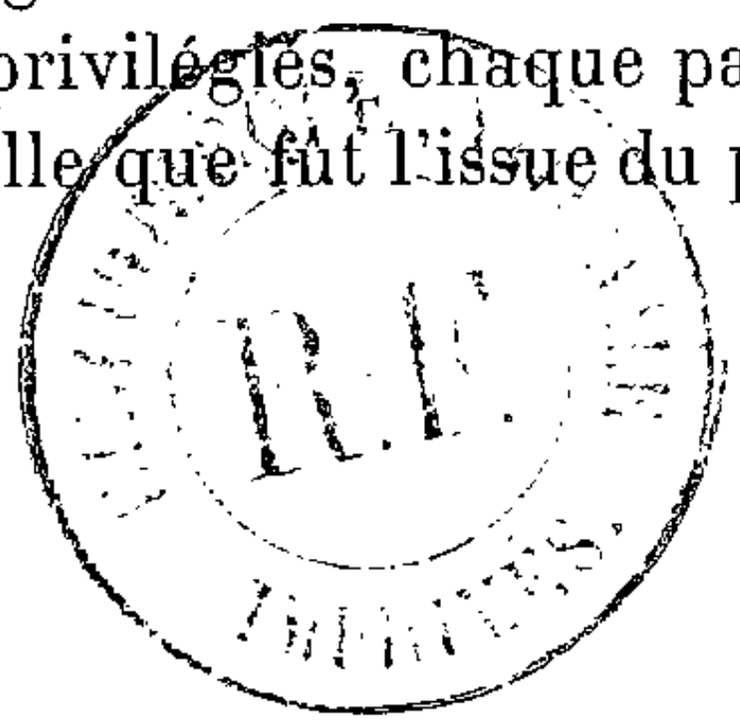
III. Sous la république, les procès n'entraînaient aucuns frais proprement dits, puisque le ministère du magistrat, celui du juge, et celui des avocats était gratuit.

Il en fut autrement au temps de l'empire. Sous les empereurs chrétiens, principalement, il est souvent question des frais du procès (*sportulæ necessariæ,... litium impensæ*). On ne sait pas, et il serait d'ailleurs plus curieux qu'utile de rechercher en quoi consistaient ces frais.

Le principe que la partie qui succombe doit payer les frais se trouve déjà dans Papinien. Il se trouve reproduit dans diverses constitutions de Valentinien, d'Honorius et de Théodose. (L. 78, § 2, D. 31, 2.)

IV. Le droit de Justinien présente deux exceptions. La première résulte d'une constitution de Zénon adoptée par Justinien : le plaideur de bonne foi, qui a plaidé sur un point vraiment douteux,

ne doit pas être condamné aux frais; et, alors, chaque partie supporte les dépens qu'elle a faits. (L. 5, C. 7, 51.) — La seconde exception veut, en sens inverse, que la partie qui se laisse poursuivre par défaut (*per contumaciam*) supporte les frais, alors même qu'en définitive elle gagnerait son procès. (L. 13, §§ 2 à 6, C. 3, 1.) Certaines personnes et certains établissements jouissaient du privilège de n'être jamais condamnés aux frais. Pour empêcher que ce privilège n'encourageât, à intenter ou à soutenir des procès injustes, les personnes auxquelles il était accordé, une constitution d'Anastase étendit le privilège aux personnes non privilégiées, contre lesquelles plaideraient des personnes privilégiées : de cette manière, dans les procès entre privilégiés et non privilégiés, chaque partie supportait les frais qu'elle avait faits, quelle que fût l'issue du procès. (L. 6, C. 7, 51.)



APPENDICE

DES PROCÉDURES CRIMINELLES.

(*Inst.*, IV, XVIII.)

3829. Cette matière ne touche en rien au droit civil. Nous nous bornons donc à donner la traduction du dernier titre des Institutes, qui en traite on ne sait trop pour quelles raisons.

Pr. Les procédures ou instances (*judicia*) publiques ne sont point introduites au moyen d'actions (formules) ; elles n'ont aucune ressemblance avec les instances privées dont nous avons parlé jusqu'à présent : il y a au contraire de nombreuses différences dans la manière d'intenter et de suivre les unes et les autres.

§ 1. Ces procédures sont appelées publiques, parce que ordinairement l'exercice en appartient à tout citoyen.

§ 2. Les procédures publiques sont les unes capitales, les autres non capitales. On appelle capitales celles qui emportent condamnation au dernier supplice, à l'interdiction du feu et de l'eau, à la déportation ou au travail des mines. Les autres, qui n'entraînent que l'infamie et des peines pécuniaires, sont publiques, mais non capitales.

§ 3. Les procédures publiques ont été instituées par diverses lois que nous allons successivement énumérer. La loi Julia, relative au crime de lèse-majesté, sévit contre ceux qui trament des complots contre l'empereur ou contre l'État : la peine prononcée par cette loi est la perte de la vie ; la mémoire du coupable est condamnée même après sa mort.

§ 4. Pareillement la loi Julia sur l'adultère punit de mort non seulement ceux qui souillent le lit d'autrui, mais encore ceux qui se livrent avec des mâles à des débauches infâmes.

La même loi Julia punit aussi la séduction sans violence exercée sur une vierge ou sur une veuve d'une vie honnête ; la peine prononcée dans ce cas varie suivant la condition des coupables : ceux d'une condition honnête subissent la perte de la moitié de leurs biens ; ceux d'une condition inférieure sont châtiés corporellement et relégués.

§ 5. Pareillement la loi Cornélia sur les sicaires poursuit d'un fer vengeur les homicides et ceux qui, pour tuer un homme, vont armés d'un trait (*telum*). Ce mot *telum*, d'après l'explication qu'en donne Gaïus dans son commentaire sur la loi des douze tables, indique ordinairement ce qu'on lance avec un arc ; mais on s'en sert aussi pour désigner toute arme lancée même avec la main. Ainsi les pierres, le bois, le fer, sont compris dans le mot *telum* ; ce mot vient du grec απο του τηλου, parce qu'il s'applique à tout ce qui se jette au loin. Nous trouvons la même signification dans l'expression grecque, car ce que nous appelons *telum*, les Grecs l'appellent βελος, de βαλλεσθαι (lancer) ; c'est ce que nous apprend Xénophon dans ce passage : « on apporta des projectiles

(βελη), des lances, des flèches, des frondes et beaucoup de pierres ». Les sicaires tirent leur nom du mot *sica* qui signifie poignard.

La même loi prononce la peine capitale contre les empoisonneurs qui, se servant d'une détestable science, font périr les hommes par le poison ou des paroles magiques ; et aussi contre ceux qui vendent publiquement des drogues dangereuses.

§ 6. Une autre loi, la loi Pompéia, sur les parricides, punit d'une peine nouvelle le plus horrible des crimes : elle prononce la peine du parricide contre celui qui aurait hâté la mort de son père, ou de son fils, ou de toute autre personne dont le meurtre est qualifié parricide, que le crime ait été commis publiquement ou secrètement ; ainsi que contre ceux qui méchamment en ont été les instigateurs et les complices, lors même qu'ils seraient étrangers à la famille.

Le coupable ne sera puni ni par le fer ni par le feu, ni par aucun autre supplice ordinaire : mais il sera cousu dans une outre avec un chien, un coq, une vipère et un singe ; et, ainsi torturé par ces animaux, il sera jeté, suivant que les localités le permettront, soit dans la mer, soit dans la rivière ; afin que, dès son vivant, il soit privé de tous les éléments ; que le ciel manque à ses yeux et la terre à son cadavre.

Celui qui aura tué d'autres parents ou alliés subira la peine de la loi Cornélia contre les sicaires.

§ 7. La loi Cornélia sur le faux, qu'on appelle aussi testamentaire, punit ceux qui, sciemment et par dol, écrivent, scellent, lisent ou présentent un testament ou tout autre acte faux. La peine prononcée par cette loi est le dernier supplice pour les esclaves (ce qui est aussi ordonné par la loi contre les sicaires et les empoisonneurs), et la déportation pour les hommes libres.

§ 8. La loi Julia sur la violence publique ou privée sévit contre ceux qui, avec ou sans armes, commettent des actes de violence. La violence à main armée est punie de la déportation, par la loi Julia sur la violence publique ; la violence sans armes est punie de la confiscation du tiers des biens.

Notre constitution prononce la peine capitale contre ceux qui se rendraient coupables ou complices de l'enlèvement avec violence d'une vierge, d'une veuve ou d'une religieuse.

§ 9. La loi Julia sur le péculat punit ceux qui volent les deniers publics ou des objets sacrés ou religieux.

Les magistrats qui pendant leur gestion auraient soustrait des deniers publics subiront la peine capitale, ainsi que les complices et les recéleurs.

Les autres subiront la déportation.

§ 10. On met encore au nombre des procédures publiques, celle établie par la loi *Fabia* sur les plagiaires : elle inflige, tantôt la peine capitale, tantôt une peine moins grave.

§ 11. Sont encore rangées parmi les procédures publiques celles qu'ont établies : la loi Julia sur la concussion, la loi Julia sur les vivres, et la loi Julia sur les reliquats de compte : ces lois ne prononcent pas la peine de mort, mais soumettent à d'autres peines ceux qui auraient enfreint leurs dispositions.

§ 12. Nous avons voulu seulement, par cette esquisse des procédures publiques, vous donner un simple aperçu d'un sujet dont vous pourrez, avec l'aide de Dieu, acquérir une connaissance plus approfondie dans les livres plus développés du Digeste ou des Pandectes.

FIN DU DEUXIÈME ET DERNIER VOLUME

TABLE MÉTHODIQUE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LE DEUXIÈME VOLUME

LIVRE DEUXIÈME. — DES CHOSES (*suite.*)

DEUXIÈME PARTIE

TRANSMISSION DU PATRIMOINE (*suite.*)

SECTION II. — HÉRÉDITÉS AB INTESTAT. 1

PRÉLIMINAIRES. 1

DEUXIÈME TABLEAU GÉNÉRAL DES SUCCESSIONS EN DROIT ROMAIN . . . 2

GÉNÉRALITÉS 3

CHAPITRE Ier. — **DIFFÉRENTES CLASSES D'HÉRITIERS, ÉTABLIES PAR LA LOI DES XII TABLES** 7

ARTICLE Ier. — SUCCESSION LAISSÉE PAR UN INGÉNU. . . . 8

§ 1. PREMIER ORDRE : HÉRITIERS SIENS. 8

I. — **Ancien droit**. 8

1° *Héritiers siens proprement dits* 8

A. QUELS SONT LES HÉRITIERS SIENS 9

B. REMARQUE. 13

C. EXCEPTIONS 13

2° *A quel moment et de quelle manière les héritiers siens acquièrent l'hérédité* ab intestat. 15

3° *Partage de l'hérédité. — Représentation.* 16

II. **Droit prétorien** 17

1° *Personnes appelées en concours avec les* sui heredes. 17

A. ENFANTS ÉMANCIPÉS. 17

B. ENFANTS ÉMANCIPÉS ET ADROGÉS 20

C. ENFANTS DONNÉS EN ADOPTION. 20

D. 22

E. 22

2° Collatio bonorum 23

III. **Constitutions impériales**. 28

IV. **Innovations de Justinien** 34

§ 2. DEUXIÈME ORDRE : AGNATS 34
I. **Agnats proprement dits : collatéraux du** *de cujus*. 34
1° *De l'agnation* 35
2° *Vocation des agnats* 37
3° *Règle : Successio graduum non est*. 39
4° *Innovations introduites par les prudents*. 41
5° *Émancipés appelés au rang d'agnats*. 44
6° *Innovations de Justinien* 44
II. **Agnats assimilés : parents en ligne directe**. 47
1° Parens manumissor. — *Ascendants paternels*. 47
Appendice. — Succession du fils de famille. — Pécules. . . . 50
2° *Sénatus-consulte Tertullien : droits de la mère sur la succession de ses enfants*. 54
3° *Sénatus-consulte Orphitien : droits des enfants sur la succession de leur mère* 62
§ 3. TROISIÈME ORDRE : GENTILES. 69
§ 4. QUATRIÈME ORDRE : COGNATS. 71
Appendice. — Des degrés de cognation, et de quelques autres règles générales. 76
ARTICLE II. — SUCCESSION LAISSÉE PAR UN AFFRANCHI. 80
§ 1. SUCCESSION DES AFFRANCHIS CITOYENS ROMAINS. . . . 81
I. **D'après la loi des XII Tables** 81
1° *Droit de succession du patron sur les biens de son affranchi*. 81
2° » » » » *affranchie*. 83
3° » » *de la patronne sur les biens de son affranchi*. 83
4° » » » » *affranchie*. 84
II. **D'après le droit prétorien**. 84
1° *Droit de succession du patron sur les biens de son affranchi*. 84
2° » » » » *affranchie*. 86
3° » » *de la patronne* » *affranchi*. 86
4° » » » » *affranchie*. 87
III. **D'après la loi Papia Poppœa**. 87
1° *Droit de succession du patron sur les biens de son affranchi*. 87
2° » » *de la patronne* » » 88
3° » » *du patron* » *affranchie*. 90
4° » » *de la patronne* » » 91
IV. **D'après le droit de Justinien** 94
§ 2. DE L'ATTRIBUTION DES BIENS DES AFFRANCHIS LATINS JUNIENS APRÈS LEUR MORT. 98
§. 3. DE L'ATTRIBUTION DES BIENS DES AFFRANCHIS DÉDITICES APRÈS LEUR MORT. 105
Appendice. — De l'assignation des affranchis 106
CHAPITRE II. — **DES POSSESSIONS DE BIENS**. . 110
ARTICLE Ier. — DROIT ANTÉRIEUR A JUSTINIEN. 110
§ 1. BUT QUE SE PROPOSE LE PRÉTEUR. 114
§ 2. CIRCONSTANCES DANS LESQUELLES EST MORT LE DE CUJUS. 117
I. **Le de cujus est mort testat**. 117
1° *bonorum possessio contra tabulas*. 117
2° *bonorum possessio secundum tabulas*.. 133

II. **Le de cujus est mort intestat.** 137
1° *bonorum possessio unde liberi.* 138
2° » » *unde legitimi* 140
3° » » *unde decem personæ.* 141
4° » » *unde cognati.* 142
5° » » *tum quem ex familia.* 143
6° » » *unde patronus et patrona, etc.* 144
7° » » *unde vir et uxor.* 149
8° » » *unde cognati manumissoris.* 150
Appendice. — Bonorum possessio uti ex legibus 151
§ 3. ÉTENDUE DE LA DISPOSITION PRÉTORIENNE. 153
§ 4. EFFICACITÉ DES BONORUM POSSESSIONES 157
§ 5. GÉNÉRALITÉS SUR LA DEMANDE DE LA BONORUM POSSESSIO 162
I. **Délais dans lesquels la b. p. peut être demandée** 162
II. **A qui la b. p. peut elle être demandée.** 166
ARTICLE II. — INNOVATIONS DE JUSTINIEN. 168
CHAPITRE III. — **DE LA SUCCESSION AB INTESTAT, D'APRÈS LES NOVELLES DE JUSTINIEN.** 171
ARTICLE Ier. — ORDRE DES DESCENDANTS. 175
ARTICLE II. — ORDRE DES ASCENDANTS. 178
ARTICLE III. — ORDRE DES COLLATÉRAUX. 180
SECTION III. — MODES D'ACQUÉRIR PER UNIVERSITATEM, AUTRES QUE L'HÉRÉDITÉ ET LA BONORUM POSSESSIO. 183
CHAPITRE 1er. — **ACQUISITION PAR L'ADROGATION** 183
CHAPITRE II. — **ACQUISITION PAR LA MANUS**. . . 192
CHAPITRE III. — **ACQUISITION PAR L'IN JURE CESSIO D'UNE HÉRÉDITÉ.** 192
CHATITRE IV. — **ACQUISITION PAR L'ADDICTIO BONORUM.** 193
CHAPITRE V. — **ACQUISITION PAR LA BONORUM VENDITIO** 202
CHAPITRE VI. — **ACQUISITION PAR LA DOMINICA POTESTAS : SÉNATUS-CONSULTE CLAUDIEN.** 202
CHAPITRE VII. — **CONFISCATION** 205

DROITS PERSONNELS OU OBLIGATIONS

(V. t. I, p. 647.)

Tableau général. 208
PRÉLIMINAIRES. 209
SECTION Ire. — OBLIGATIONS QUI NAISSENT EX CONTRACTU 221
GÉNÉRALITÉS 221

CHAPITRE Ier. — **CONTRATS QUI SE FORMENT RE.** 233
ARTICLE 1er. — DU MUTUUM. 234
§ 1. DÉFINITION. 234
§ 2. CHOSES QUI PEUVENT FAIRE L'OBJET D'UN MUTUUM . . 234
§ 3. DIFFÉRENCES ENTRE LA CONDICTIO CERTI EX MUTUO ET LA REVENDICATION. 238
§ 4. PAYEMENT DE L'INDU ET MUTUUM 238
§ 5. OBLIGATION DE RESTITUER LES CHOSES PRÊTÉES. . . . 241
§ 6. RISQUES DES CHOSES PRÊTÉES. 244
§ 7. ACTION QUI RÉSULTE DU MUTUUM AU PROFIT DU PRÊTEUR. 244
§ 8. PREUVE DU MUTUUM. 245
§ 9. DIFFÉRENCES ENTRE LE MUTUUM ET LE QUASI-USUFRUIT 245
ARTICLE II. — DU COMMODATUM 246
§ 1. CHOSES QUI PEUVENT FAIRE L'OBJET D'UN COMMODATUM. 247
§ 2. RISQUES DE LA CHOSE PRÊTÉE EN COMMODAT. 248
§ 3. CARACTÈRES DU COMMODAT ; ACTIONS QUI EN DÉRIVENT. 250
§ 4. DU PRECARIUM. 251
ARTICLE III. — DU DEPOSITUM. 255
§ 1. RESPONSABILITÉ DU DÉPOSITAIRE. 256
§ 2. CHOSES QUI PEUVENT FAIRE L'OBJET D'UN DÉPOT. . . . 256
§ 3. ACTIONS QUI RÉSULTENT DU DÉPOT. 256
§ 4. DIFFÉRENCES ENTRE LE COMMODAT ET LE DÉPOT 258
I. **Dépôt irrégulier**. 258
II. **Dépôt nécessaire ou misérable** 260
III. **Séquestre**. 261
ARTICLE IV. — DU GAGE : PIGNUS. 262
§ 1. CONSTITUTION DU GAGE. 262
§ 2. CHOSES QUI PEUVENT ÊTRE DONNÉES EN GAGE. 262
§ 3. DROITS DU CRÉANCIER GAGISTE. 263
§ 4. OBLIGATIONS DU CRÉANCIER GAGISTE 263
§ 5. ANTICHRÈSE. 265
§ 6. PACTE COMMISSOIRE OU LEX COMMISSORIA 265
CHAPITRE II. — **CONTRATS QUI SE FORMENT VERBIS** 266
PRÉLIMINAIRES. 266
ARTICLE Ier. — STIPULATION 269
§ 1. GÉNÉRALITÉS. FORMES. 269
§ 2. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE CETTE FORME DE CONTRACTER 272
§ 3. ACTIONS QUI DÉRIVENT DE LA STIPULATION. 273
§ 4. MODALITÉS. 276
I. **Du terme : Dies**. 278
II. **De la condition : Conditio** 285
1° *Condition négative*. 290
2° *Condition... ad præteritum vel præsens tempus*. 291
3° *Condition dont la réalisation est certaine* 292
Appendice : Clause pénale. 293
III. **De l'alternative : modus**. 300

IV. **De l'accessio.** 301
§ 5. STIPULATIONS INUTILES. 303
I. **Nullité résultant de l'objet ou de la cause de la stipulation.** 303
II. **Nullités résultant de l'incapacité des parties.** 309
1° *Défaut d'âge.* 309
2° *Altération des facultés physiques ou mentales.* 310
3° *Rapports de puissance entre le stipulant et le promettant.* . . 311
III. **Nullités résultant de l'absence du consentement, ou des formes défectueuses dans lesquelles le consentement est donné.** 312
IV. **Nullités résultant des modalités** 316
Appendice aux stipulations inutiles. 321
1° *Stipulations et promesses pour autrui* 321
2° *Stipulations des esclaves. — Par qui nous devenons créanciers.* 328
A. STIPULATION D'UN ESCLAVE 329
B. STIPULATION D'UN EXTRANEUS. 333
ARTICLE II. — OBLIGATIONS CORRÉALES OU SOLIDAIRES. 334
§ 1. GÉNÉRALITÉS. 335
§ 2. CARACTÈRES DE L'OBLIGATION CORRÉALE. 336
§ 3. QUAND Y A-T-IL OBLIGATION CORRÉALE 338
I. **Stipulation.** 339
II. **Expensilatio.** 340
III. **Pacte.** 340
IV. **Testament** 341
V. **Circonstances** 341
VI. **Délit** 341
§ 4. EFFETS DE L'OBLIGATION CORRÉALE 342
I. **Rapports des correi avec le créancier et le débiteur** 342
II. **Rapports des correi entre eux.** 347
§ 5. *Appendice : Obligations divisibles ou indivisibles* 357
ARTICLE III. — STIPULATIONS ET PROMESSES ACCESSOIRES; DES FIDÉJUSSEURS. 361
§ 1. GÉNÉRALITÉS. 361
§ 2. ADSTIPULATORES. 362
§ 3. ADPROMISSORES 365
I. — **Intercessio.** 365
II. **Division des adpromissores en trois classes** 373
1° *Règles communes.* 374
2° *Différences entre la fidejussio, d'une part, la sponsio et la fidepromissio, d'autre part.* 378
3° *Différences entre la sponsio et la fidepromissio.* 380
§ 4. FIDÉJUSSEURS PROPREMENT DITS 382
I. **La fidejussio est une obligation contractuelle** 382
II. **La fidejussio est un contrat accessoire.** 384
III. **Droits du créancier contre le fidéjusseur** 385
1° *Bénéfice de cession d'actions.* 387
2° *Bénéfice de division* 389
3° *Bénéfice de discussion.* 392
IV. **Droits du fidéjusseur contre le débiteur principal** 395
V. **Droits des fidéjusseurs les uns envers les autres.** 396
VI. **Extinction de la fidéjussion** 397

ARTICLE IV. — DIVISION DES STIPULATIONS. 399
I. Stipulations judiciaires 400
1° *Cautio de dolo*. 401
2° *Cautio de persequendo servo qui in fuga est* 402
II. Stipulations prétoriennes 403
1° *Cautio damni infecti*. 404
2° *Cautio legatorum*. 406
III. Stipulations communes. 407
1° *Cautio de rato*. 407
2° *Cautio rem pupilli salvam fore* 408
CHAPITRE III. — **CONTRATS QUI SE FORMENT LITTERIS** 410
I. Préliminaires. 410
II. Formation du contrat. 411
III. Différences et ressemblances entre le contrat verbal et le contrat littéral. 412
IV. Nomina transcriptitia. 415
V. Chirographa, — syngraphæ. 417
VI. Droit de Justinien. — Exception non numeratæ pecuniæ. . 418
VII. Résumé. 420
CHAPITRE IV. — **CONTRATS QUI SE FORMENT CONSENSU**. 421
CARACTÈRES GÉNÉRAUX. 421
ARTICLE Ier. — DE LA VENTE. — EMPTIO-VENDITIO 423
§ 1. DÉFINITION. ORIGINE 424
§ 2. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'EMPTIO-VENDITIO 425
I. Du consentement. 425
II. De la chose (merx). 427
III. Du prix (pretium). 430
§ 3. MODALITÉS. 434
I. Addictio in diem. 434
II. Lex commissoria ou pacte commissoire 435
III. Pacte de réméré. 435
§ 4. RESCISION DE LA VENTE POUR CAUSE DE LÉSION. 436
§ 5. EFFETS OU CONSÉQUENCES DU CONTRAT DE VENTE. . . 437
I. Obligations du vendeur. 437
II. Obligations de l'acheteur 440
III. Risques. 441
IV. Actions qui dérivent de la vente. 447
ARTICLE II. — LOUAGE. — LOCATIO-CONDUCTIO. 451
§ 1. DÉFINITIONS. 452
§ 2. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS. 453
I. Du consentement. 453
II. De la chose. 453
III. Du prix 454
§ 3. EFFETS OU CONSÉQUENCES DU CONTRAT DE LOUAGE. . . 456
I. Obligations générales 456
II. Obligations du locator ou du conductor 456
1° *Locatio rei* 456
2° *Locatio operarum*. 457

III. **Actions qui dérivent du louage.** 459
§ 4. EXTINCTION DU CONTRAT DE LOUAGE. 460
I. **Locatio rei.** 460
II. **Locatio operarum.** 461
§ 5. COMPARAISON ENTRE LE LOUAGE, LA VENTE ET L'USUFRUIT. 461
I. **Différences entre le louage et la vente** 461
II. **Différences entre le droit du locataire et celui de l'usufruitier.** 462
§ 6. APPENDICE : EMPHYTÉOSE. 463
I. **Caractères généraux ; historique ; risques** 463
II. **Ressemblances et différences.** 464
III. **Création et extinction de l'emphytéose.** 465
ARTICLE III. — SOCIÉTÉ. 465
§ 1. DÉFINITION 467
§ 2. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS. 467
I. **Consentement.** 468
II. **Apport réciproque.** 468
III. **Intérêt commun.** 468
§ 3. MODALITÉS 468
§ 4. ESPÈCES DIVERSES DE SOCIÉTÉS. 469
§ 5. RÉPARTITION DES GAINS ET DES PERTES 471
§ 6. EFFETS DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ 474
§ 7. DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ. 476
ARTICLE IV. — MANDAT. 479
§ 1. GÉNÉRALITÉS. 480
I. **Définition.** 480
II. **Éléments constitutifs** 481
III. **Modalités** 482
IV. **Différences** 482
V. **Nullité du mandat.** 482
§ 2. DIVERSES ESPÈCES DE MANDATS (I, II, III, IV, V) 483
§ 3. EFFETS DU MANDAT. 485
I. **Obligations du mandataire** 485
II. **Obligations du mandant.** 487
III. **Rapports entre le mandant et le mandataire d'une part, et les tiers de l'autre.** 488
IV. **Actions qui dérivent du mandat** 490
§ 4. DISSOLUTION DU MANDAT (I, II, III, IV, V, VI). 491
§ 5. APPENDICE 493
I. **Mandatum pecuniæ credendæ** 493
II. **Procuratio in rem suam : cession d'actions.** 495
ARTICLE V. — APPENDICE. 497
§ 1. PACTES. 497
I. **Théorie primitive des pactes. — Premières modifications.** . 497
II. **Pactes isolés.** 499
III. **Pacta adjecta** 499
1° *Pactes ajoutés à un contrat de bonne foi* 500
A. PACTA ADJECTA IN CONTINENTI 500
B. PACTA ADJECTA EX INTERVALLO 501

2° *Pactes ajoutés aux contrats de droit strict*. 502
A. PACTA ADJECTA IN CONTINENTI 502
B. PACTA ADJECTA EX INTERVALLO 504
§ 2. CONTRATS INNOMMÉS 505
SECTION II. — OBLIGATIONS QUI NAISSENT QUASI EX CONTRACTU . . 511
CHAPITRE Ier. — **GESTION D'AFFAIRES** 511
ARTICLE Ier. — DÉFINITIONS ET GÉNÉRALITÉS 512
ARTICLE II. — CONDITIONS DE LA FORMATION DU QUASI-CONTRAT DE GESTION D'AFFAIRES 513
§ 1. PREMIÈRE CONDITION 513
§ 2. DEUXIÈME CONDITION 515
ARTICLE III. — DIFFÉRENCES ET RESSEMBLANCES ENTRE LA GESION D'AFFAIRES ET LE MANDAT 516
CHAPITRE II. — **TUTELLE ET CURATELLE** 517
CHAPITRE III. — **COMMUNAUTÉ ET INDIVISION** . . 519
CHATITRE IV. — **ACCEPTATION D'UNE HÉRÉDITÉ**. 521
CHAPITRE V. — **PAYEMENT DE L'INDU** 522
APPENDICE AUX SECTIONS I ET II 531
CHAPITRE Ier. — **PAR QUELLES PERSONNES NOUS ACQUÉRONS UNE OBLIGATION** 531
CHAPITRE II. — **OBLIGATIONS NATURELLES** 533
ARTICLE I. — GÉNÉRALITÉS 533
ARTICLE II. — EFFETS DES OBLIGATIONS NATURELLES . . . 534
ARTICLE III. — CLASSEMENT DES OBLIGATIONS NATURELLES 535
§ 1. OBLIGATIONS NATURELLES RÉSULTANT D'UNE OBLIGATION CIVILE NULLE PAR SUITE DE LA FORME EMPLOYÉE 536
§ 2. OBLIGATIONS NATURELLES RÉSULTANT D'UNE OBLIGATION CIVILE NULLE PAR SUITE DE L'INCAPACITÉ DU CONTRACTANT 538
§ 3. OBLIGATIONS NATURELLES RÉSULTANT DU DROIT DE PUISSANCE UNISSANT ENTRE ELLES LES PARTIES CONTRACTANTES 541
§ 4. AUTRES OBLIGATIONS NATURELLES 542
SECTION III. — OBLIGATIONS QUI NAISSENT EX DELICTO 543
CHAPITRE 1er. — **FURTUM (VOL)** 544
ÉTYMOLOGIE. — DÉFINITION 544
ARTICLE Ier. — DU VOL EN LUI-MÊME 544
§ 1. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU VOL 544
§ 2. DIVERSES ESPÈCES DE VOLS 549
ARTICLE II. — ACTIONS RÉSULTANT DU FURTUM 551
§ 1. ACTIONS CIVILES 553

§ 2. ACTION FURTI 555
I. Contre qui l'action furti est-elle donnée. 555
II. Montant de la condamnation 558
III. Qui peut intenter l'action furti. 559
CHAPITRE II. — **BONA VI RAPTA** 561
CHAPITRE III. — **LOI AQUILIA** 564
ARTICLE 1er. — NOTIONS GÉNÉRALES 566
ARTICLE II. — ÉTUDE DES DIVERSES DISPOSITIONS DE LA LOI AQUILIA. 567
§ 1. PREMIER CHAPITRE 567
§ 2. DEUXIÈME CHAPITRE 571
§ 3. TROISIÈME CHAPITRE 571
ARTICLE III. — OBSERVATIONS SUR LES TROIS CHEFS DE LA LOI AQUILIA. 572
CHAPITRE IV. — **INJURES.** 576
SECTION IV. — OBLIGATIONS QUI NAISSENT QUASI EX DELICTO 583
APPENDICE AUX OBLIGATIONS QUI NAISSENT EX DELICTO ET QUASI EX DELICTO. 587
CHAPITRE Ier. — **THÉORIE DES FAUTES** 588
CHAPITRE II. — **MISE EN DEMEURE** 596
SECTION V. — EXTINCTION DES OBLIGATIONS 598
CHAPITRE Ier. — **DU PAYEMENT.** 299
ARTICLE Ier. — QUI PEUT EFFECTUER LE PAYEMENT. . . . 600
ARTICLE II. — QUELLES PERSONNES PEUVENT RECEVOIR UN PAYEMENT. 602
ARTICLE III. — QUEL DOIT ÊTRE L'OBJET DU PAYEMENT ? . 603
DATIO IN SOLUTUM 604
ARTICLE IV. — OBSERVATIONS 610
§ 1. OFFRES ET CONSIGNATIONS. 610
§ 2. IMPUTATION DES PAYEMENTS 610
§ 3. LIEU ET DATE DU PAYEMENT. 611
CHAPITRE II. — **DE LA NOVATION** 611
ARTICLE I. — GÉNÉRALITÉS 612
ARTICLE II. — CONDITIONS NÉCESSAIRES POUR OPÉRER UNE NOVATION. 613
§ 1. CONSENTEMENT 613
§ 2. IDENTITÉ D'OBJET 614
§ 3. FORMULE CONSACRÉE. 614
§ 4. OBLIGATION PRÉEXISTANTE ET VALABLE 615
§ 5. CRÉANCE NOUVELLE EX STIPULATU. 619
§ 6. ÉLÉMENT NOUVEAU 620
I. Changement de débiteur 620
II. Changement de créancier. 623
III. Modification dans la dette. 625
1° *Changement de la cause*. 625

2o *Changement de l'objet*. 625
3o *Changement dans les modalités*. 625
A. Du terme. 625
B. De la condition. 626
4o *Adjonction ou suppression d'un adpromissor*. 628
ARTICLE III. — EFFETS DE LA NOVATION. 629

CHAPITRE III. — **MOYENS ANALOGUES A CEUX QUI ONT FAIT NAITRE L'OBLIGATION.** 632
ARTICLE Ier. — OBLIGATION VERBALE : ACCEPTILATIO . . . 632
I. Analogies entre l'acceptilatio et le payement. 633
II. Différences » » » 634
III. Parallèle » » et la stipulation. 635
IV. Stipulation aquilienne 636
ARTICLE. II. — OBLIGATIONS CONSENSUELLES : CONTRARIUS CONSENSUS. 638

CHAPITRE IV. — **AUTRES MOYENS**. . . . . .

LIVRE TROISIÈME. — DES ACTIONS.

TABLEAU GÉNÉRAL DES ACTIONS 647
PREMIÈRE PARTIE. — DU POUVOIR ET DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX CIVILS 648
DEUXIÈME PARTIE. — PROCÉDURE DEVANT LES TRIBUNAUX CIVILS. 652
TABLEAU RÉSUMÉ. 652
SECTION Ire. — PROCÉDURE DES ACTIONS DE LA LOI 653
CHAPITRE Ier. — **CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES ACTIONS DE LA LOI**. 653
CHAPITRE II. — **MARCHE DE LA PROCÉDURE**. . . . 653
ARTICLE Ier. — AJOURNEMENT 654
ARTICLE II. — VADIMONIUM. 654
ARTICLE III. — COMPERENDINATIO. 655
ARTICLE IV. — LITIS CONTESTATIO 655
ARTICLE V. — INSTANCE DEVANT LE JUGE 656
CHAPITRE III.— **ACTIONS DE LA LOI CONSIDÉRÉES CHACUNE EN PARTICULIER** 657
ARTICLE I. — ACTIO SACRAMENTI. 657
§ 1. DU SACRAMENTUM EN PARTICULIER 657
§ 2. NATURE DE L'ACTIO SACRAMENTI. 657
I. Actio sacramenti dans les procès relatifs à une obligation. 657
II. Actio sacramenti dans les procès relatifs à la propriété. . . 659

ARTICLE II. — ACTIO PER JUDICIS POSTULATIONEM. 661
ARTICLE III. — ACTIO PER CONDICTIONEM 664
ARTICLE IV. — ACTIO PER MANUS INJECTIONEM 665
§ 1. NATURE DE CETTE ACTION. 665
§ 2. DANS QUELS CAS AGISSAIT-ON PER MANUS INJECTIONEM 666
I. Manus injectio judicati 666
II. Manus injectio pro judicato. 666
III. Manus injectio pura 667
§ 3. CONSÉQUENCES DE LA MANUS INJECTIO. 667
§ 4. DIFFÉRENCES ENTRE L'ADDICTUS ET LE NEXUS. 669
ARTICLE V. — ACTIO PER PIGNORIS CAPIONEM 670
SECTION II. — PROCÉDURE FORMULAIRE 671
CHAPITRE Ier. — **ORIGINE ET CARACTÈRES DE CETTE PROCÉDURE** 671
CHAPITRE II. — **CONCEPTION DES FORMULES** . . 674
ARTICLE I. — CARACTÈRES DES FORMULES 674
ARTICLE II. — PARTIES PRINCIPALES 675
§ 1. DEMONSTRATIO 675
§ 2. INTENTIO. 675
§ 3. ADJUDICATIO. 676
§ 4. CONDEMNATIO. 677
§ 5. RAPPORT ENTRE LES PARTIES PRINCIPALES DE LA FORMULE. 681
ARTICLE III. — PARTIES ACCESSOIRES. 683
§ 1. EXCEPTIONS 683
§ 2. RÉPLIQUES, DUPLIQUES, TRIPLIQUES 686
§ 3. PRESCRIPTIONS. 686
I. Prescriptions dans l'intérêt du demandeur. 687
II. Prescriptions dans l'intérêt du défendeur 688
CHAPITRE III. — **MARCHE DE LA PROCÉDURE FORMULAIRE** 688
ARTICLE Ier. — PREMIÈRE PARTIE DU PROCÈS : INSTANCE IN JURE 688
§ I. MOYENS D'ASSURER LA COMPARUTION DU DÉFENDEUR DEVANT LE MAGISTRAT 688
I. Ajournement. 688
II. Actionis ou litis denuntiatio. 690
III. Vadimonia. 691
IV. Missio in possessionem bonorum. 693
§ 2. PROCÉDURE BILATÉRALE EN PRÉSENCE DU MAGISTRAT. 696
I. Editio actionis. 696
II. Postulatio actionis. 697
III. Litis contestatio. 698
1° *Engagement contradictoire de l'instance.* 698
2° *Novation judiciaire et nécessaire* 698
3° *Détermination des éléments du litige.* 703
4° *Perpétuation des actions* 705

5° *Détermination de l'époque à considérer pour apprécier la demande* 705
6° *Inaliénabilité de la chose litigieuse* 707
7° *Possibilité d'une sentence nonobstant le défaut des parties* . . 707
§ 3. DIVERS INCIDENTS QUI MODIFIENT OU REMPLACENT LA LITIS CONTESTATIO 708
. 708
I. **Interrogatio in jure** 710
II. **Confessio in jure** 711
III. **Serment déféré devant le magistrat** 712
IV. **Autres espèces de serments judiciaires et extra-judiciaires.** 713
ARTICLE II. — DEUXIÈME PARTIE DU PROCÈS : INSTANCE IN JUDICIO 713
§ 1. MOYENS D'ASSURER LA COMPARUTION DES PARTIES . . . 715
§ 2. PROCÉDURE DEVANT LE JUDEX 715
§ 3. DES PREUVES 716
§ 4. DE LA SENTENCE 718
§ 5. OFFICE DU JUGE 722
CHAPITRE IV. — **PÉREMPTIONS D'INSTANCES** . . . 723
CHAPITRE V. — **DE QUELQUES PROCÉDURES EXCEPTIONNELLES** 725
SECTION III. — PROCÉDURE DITE EXTRAORDINAIRE 725
CHAPITRE I. — **CARACTÈRES DE CETTE PROCÉDURE** 727
CHAPITRE II. — **MARCHE DE LA PROCÉDURE SOUS LES EMPEREURS CHRÉTIENS** 727
ARTICLE I. — MOYENS D'ASSURER LA COMPARUTION DES PARTIES 731
ARTICLE II. — PROCÉDURE BILATÉRALE 735
TROISIÈME PARTIE. — DIVERSES ESPÈCES D'ACTIONS 735
TABLEAU GÉNÉRAL 736
PRÉLIMINAIRES 736
SECTION Ire. — ACTIONS PROPREMENT DITES 737
CHAPITRE Ier. — **ACTIONS CIVILES, ACTIONS PRÉTORIENNES** 740
CHAPITRE II. — **ACTIONS QUI VALENT PAR ELLES-MÊMES ; ACTIONS FICTIVES** 743
CHAPITRE III. — **ACTIONS DIRECTES ; ACTIONS UTILES** 746
CHAPITRE IV. — **ACTIONS IN JUS ; ACTIONS IN FACTUM** 746

CHAPITRE V. — **ACTIONS RÉELLES ; ACTIONS PERSONNELLES** 750
ARTICLE Ier. — ACTIONS RÉELLES 758
§ 1. ACTIONS RÉELLES CIVILES 758
I. **Revendication.** 758
II. **Action confessoire** 766
III. **Action négatoire** 769
V. **Pétition d'hérédité.** 776
§ 2. ACTIONS RÉELLES PRÉTORIENNES. 781
I. **Action publicienne.** 782
II. **Action in rem rescisoire : contre-publicienne.** 787
III. **Action paulienne** 791
IV et V. **Actions servienne et quasi servienne.** 794
ARTICLE II. — ACTIONS PERSONNELLES 797
GÉNÉRALITÉS 798
I. **Distinction des actions personnelles** en condictiones et actions in personam 798
II. **Cas d'application de la condictio certi ou de la condictio incerti.** 803
III. **Autres actions in personam non qualifiées condictiones.** . . . 805
§ 1. ACTIONS PERSONNELLES CIVILES. 805
§ 2. ACTIONS PERSONNELLES PRÉTORIENNES. 805
I. **Actio de pecunia constituta** 805
II. **Actio de jurejurando** 809
Appendice 811
ARTICLE III. — ACTIONS MIXTES : TAM IN REM QUAM IN PERSONAM 812
§ 1. GÉNÉRALITÉS : SENS DE CETTE DIVISION. 812
§ 2. ACTIO FINIUM REGUNDORUM. 816
§ 3. ACTIO FAMILIÆ ERCISCUNDÆ 817
§ 4. ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO. 818
CHAPITRE VI. — **ACTIONS PRÉJUDICIELLES.** 819
ARTICLE I. — CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES PRÆJUDICIA . . 819
ARTICLE II. — DIVERSES ESPÈCES DE PRÆJUDICIA. 820
CHAPITRE VII. — **ACTIONS REI, PŒNÆ, REI VEL PŒNÆ PERSECUTORIÆ.** 824
CHAPITRE VIII. — **ACTIONS AU SIMPLE, AU DOUBLE, AU TRIPLE, AU QUADRUPLE** . . . 828
CHAPITRE IX. — **ACTIONS DE DROIT STRICT, DE BONNE FOI. — ARBITRAIRES** 830
ARTICLE I. — NATURE DE CETTE DIVISION 831
ARTICLE II. — ACTIONS STRICTI JURIS 832
ARTICLE III. — ACTIONS DE BONNE FOI 833
Appendice aux actions de droit strict et de bonne foi 836
§ 1. QUELQUES ACTIONS DE BONNE FOI 836
I. **Actio uxoriæ** 836
II. **Actio præscriptis verbis** 838

§ 2. COMPARAISON DES ACTIONS DE BONNE FOI ET DE DROIT STRICT 838
ARTICLE IV. — ACTIONS ARBITRAIRES. 840

CHAPITRE X. — **ACTIONS QUI FONT OBTENIR TANTOT TOUT CE QU'ON DEMANDE, TANTOT MOINS, ETC** 846
ARTICLE Ier. — PLUS-PETITIO 847
Appendice : *Minus-petitio* : *aliud pro alio*. 853
ARTICLE II. — BÉNÉFICE DE COMPÉTENCE 854
ARTICLE III. — COMPENSATION 856

CHAPITRE XI et XII. — **ACTIONS PERPÉTUELLES; TEMPORAIRES; TRANSMISSIBLES; NON TRANSMISSIBLES** 866

CHAPITRE XIII. — **ACTIONS : NOXALES; QUOD JUSSU; INSTITORIA, ETC** 869
ARTICLE I. — DES OBLIGATIONS CONTRACTÉES AVEC CELUI QUI EST SOUMIS A LA PUISSANCE D'AUTRUI. 871
§ 1. LE CONTRAT EST INTERVENU SUR L'ORDRE DU PÈRE DE FAMILLE. 872
I. **Actio quod jussu**. 872
II. **Actio exercitoria; actio institoria** 872
§ 2. LE CONTRAT EST INTERVENU SANS L'ORDRE DU PÈRE DE FAMILLE. 874
I. **Actio tributoria** 874
II. **Actio de peculio et de in rem verso** 875
§ 3. COMPARAISON ENTRE CES DIVERSES ACTIONS 877
§ 4. DE LA CONDICTIO. 879
§ 5. ASSIMILATION DU FILS DE FAMILLE. 880
ARTICLE II. — ACTIONS NOXALES 882
ARTICLE III. — ACTION NOXALE DE PAUPERIE. 885

SECTION II. — EXCEPTIONS, RÉPLIQUES, DUPLIQUES. 890
TABLEAU GÉNÉRAL 890
CHAPITRE Ier. — **NOTIONS GÉNÉRALES**. 891
CHAPITRE II. — **DIVISION DES EXCEPTIONS** 892
ARTICLE I. — 1re DIVISION : EXCEPTIONS IN FACTUM, DE DOL. 892
ARTICLE II. — 2e DIVISION : EXCEPT. CIVILES, PRÉTORIENNES. 894
ARTICLE III. — 3e DIVISION : EXCEPT. PERSONÆ, REI COHÆRENTES 895
ARTICLE IV. — 4e DIVISION : EXCEPT. PERPÉTUELLES OU PÉREMPTOIRES, TEMPORAIRES OU DILATOIRES 896
ARTICLE V. — 5e DIVISION : D'APRÈS LE BUT DES EXCEPTIONS. 900

CHAPITRE III. — **PRINCIPALES EXCEPTIONS ÉTUDIÉES SÉPARÉMENT** 901
ARTICLE I. — EXCEPTIONS PÉREMPTOIRES 901
§ 1, 2, 3. EXCEPTIONES DOLI MALI, METUS CAUSA, IN FACTUM COMPOSITA 901
§ 4. EXCEPTIO PACTI CONVENTI 903
§ 5. EXCEPTIO JURISJURANDI 904
§ 6. EXCEPTIO REI JUDICATÆ 904
§ 7. EXCEPTIO REI IN JUDICIUM DEDUCTÆ 908
§ 8. EXCEPTIO COMPENSATIONIS. 909
ARTICLE II. — EXCEPTIONS DILATOIRES 912
§ 1. EXCEPTIO PACTI PER TEMPUS 912
§ 2. EXCEPTIO REI RESIDUÆ 912
§ 3. EXCEPTIO LITIS DIVIDUÆ. 912
§ 4. EXCEPTIONES COGNITORIÆ ET PROCURATORIÆ 912
§ 5. EXCEPTIO NON NUMERATÆ PECUNIÆ. 913
§ 6. EXCEPTIO DIVISIONIS 914
CHAPITRE IV. — **RÉPLIQUES, DUPLIQUES** 915
SECTION III. — PRESCRIPTIONS 916
SECTION IV. — INTERDITS 920
TABLEAU SYNOPTIQUE DES INTERDITS 920
CHAPITRE Ier. — **PRÉLIMINAIRES**. 920
ARTICLE I. — NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES INTERDITS . . 920
ARTICLE II. — ORIGINE ET NATURE JURIDIQUE DES INTERDITS 922
ARTICLE III. — TRANSFORMATION ET DÉSUÉTUDE DES INTERDITS 923
CHAPITRE II. — **DIVISION DES INTERDITS** 924
SOMMAIRE 924
ARTICLE 1er. — PREMIÈRE DIVISION 925
§ 1. INTERDITS PROHIBITOIRES. 925
§ 2. INTERDITS RESTITUTOIRES. 927
§ 3. INTERDITS EXHIBITOIRES. 928
ARTICLE II. — DEUXIÈME DIVISION : INTERDITS SIMPLES; DOUBLES 929
ARTICLE III. — TROISIÈME DIVISION. 930
§ 1. INTERDITS ADIPISCENDÆ POSSESSIONIS 931
I. **Interdit quorum bonorum**. 931
II. **Interdit possessorium** 933
III. **Interdit sectorium** 934
IV. **Interdit salvianum**. 934
V. **Interdit quod legatorum**. 935
VI. **Interdit quo itinere** 935
§ 2. INTERDITS RETINENDÆ POSSESSIONIS. 936
I. **Interdit uti possidetis** 938
II. **Interdit utrubi**. 940
III. **Interdits divers**. 940

§ 3. INTERDITS RECUPERANDÆ POSSESSIONIS 941
I. **Interdit unde vi** 942
II. **Interdit de clandestina possessione** 944
III. **Interdit de precario** 945
§ 4. INTERDITS TAM ADIPISCENDÆ QUAM RECUPERANDÆ POSSESSIONIS : QUEM FUNDUM, QUAM HÆREDITATEM. 946
CHAPITRE III. — **PROCÉDURE DES INTERDITS** . . 947
SECTION V. — RESTITUTIONS EN ENTIER 948
SECTION VI. — STIPULATIONS PRÉTORIENNES 953
SECTION VII. — NOVI OPERIS NUNCIATIO 957
QUATRIÈME PARTIE. — DE LA PERSONNE ET DE LA REPRÉSENTATION DES PLAIDEURS. — DES SATISDATIONS 959
SECTION I. — DE LA PERSONNE ET DE LA REPRÉSENTATION DES PLAIDEURS. 959
CHAPITRE Ier. — **DE LA CAPACITÉ D'ESTER EN JUSTICE**. 959
CHAPITRE II. — **REPRÉSENTATION DES PARTIES, A L'ÉPOQUE DES ACTIONS DE LA LOI** . . . 961
CHAPITRE III. — **REPRÉSENTATION DES PARTIES SOUS LA PROCÉDURE FORMULAIRE**. . . . 962
ARTICLE I. — DES DIVERSES ESPÉCES DES REPRÉSENTANTS JUDICIAIRES 962
ARTICLE II. — COGNITORES 962
ARTICLE III. — PROCURATORES 964
ARTICLE IV. — TUTEURS ET CURATEURS. 967
CHAPITRE IV. — **REPRÉSENTATION DES PARTIES, SOUS JUSTINIEN** 967
SECTION II. — DES SATISDATIONS 969
CINQUIÈME PARTIE. — VOIES DE DROIT CONTRE LES DÉCISIONS JUDICIAIRES . . . 972
SECTION Ire. — APPEL 972
SECTION II. — SUPPLIQUE AU PRINCE 975
SECTION III. — VOIES DE NULLITÉ. 976
SECTION IV. — VOIES DE RESCISION. 978
SECTION V. — REVOCATIO IN DUPLUM. 979
SIXIÈME PARTIE. — EXÉCUTION FORCÉE DES JUGEMENTS. 981
SECTION I. — NOTIONS PRÉLIMINAIRES SUR LES MOYENS DE CONTRAINTE EN GÉNÉRAL 981
SECTION II. — EXÉCUTION FORCÉE D'APRÈS LES XII TABLES. . 982

SECTION III. — ÉXÉCUTION FORCÉE D'APRÈS LE DROIT PRÉTORIEN 984

CHAPITRE Ier. — **EXÉCUTION PERSONNELLE : DUCI JUBERE** 984

CHAPITRE II. — **EXÉCUTION SUR LES BIENS : BONORUM VENDITIO** 985

ARTICLE I. — MISSIO IN POSSESSIONEM 985
ARTICLE II. — BONORUM VENDITIO 986
ARTICLE III. — EFFETS DE LA VENTE QUANT AU DÉBITEUR 988
ARTICLE IV. — EFFETS DE LA VENTE QUANT A L'ACHETEUR. 988
ARTICLE V. — DROITS DES DIVERSES CLASSES DE CRÉANCIERS 989

SECTION IV. — EXÉCUTION FORCÉE SOUS LES EMPEREURS . . 998

ARTICLE I. — DE LA CESSION DE BIENS. 989
ARTICLE II. — VENTE AU DÉTAIL. 990
ARTICLE III. — PIGNORIS CAPIO NOUVELLE. 991

SECTION V. — EXÉCUTION FORCÉE SOUS JUSTINIEN 992

ARTICLE I. — CONTRAINTE PERSONNELLE 992
ARTICLE II. — CESSION DE BIENS. 992
ARTICLE III. — PIGNORIS CAPIO 992
ARTICLE IV. — DISTRACTIO BONORUM 993
ARTICLE V. — RESTITUTION EN NATURE 994

SEPTIÈME PARTIE. — PEINES CONTRE LES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES 995

SECTION I. — PEINES CONTRE LE DEMANDEUR. 995
SECTION II. — PEINES CONTRE LE DÉFENDEUR 996
SECTION III. — PEINES DES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES SOUS JUSTINIEN 998

APPENDICE : PUBLICA JUDICIA. 1000

FIN DU DEUXIÈME ET DERNIER VOLUME.

TABLE ALPHABÉTIQUE

DES TOMES I ET II

A

Abandon noxal, **I**, 188, 237.
Absence d'un premier mariage, **I**, 247.
Absents, **II**, 272.
Abstention (bénéfice d'), **I**, 736.
Acceptation d'une hérédité, **II**, 520.
Acceptilatio, **II**, 632.
Accessio, **II**, 301.
Accessio possessionum, **I**, 481.
Accession, **I**, 489.
Accrescendi (jus.), **I**, 646, 673, 680, 690, 700, 751, 809, **II**, 64, 68.
Actions, **I**, 141, **II**, 217, 647.
— absolutoires, **II**, 845.
— arbitraires, **II**, 830. (*V.* Arbitria.)
— au simple, au double, **II**, 828.
— civiles, prétoriennes, **II**, 737.
— communi dividundo, **II**, 818.
— confessoire, **II**, 766.
— damni injuriæ, **II**, 576, 827.
— de bonne foi, **II**, 830, 833, 857.
— de dolo, **II**, 842.
— de droit strict, **II**, 830, 857.
— de la loi, **II**, 654.
— de in rem verso, **II**, 869
— de jurejurando, **II**, 809.
— de la loi, **I**, 144, **II**, 654.
— de partu agnoscendo, **II**, 823.
— de pauperie, **II**, 885.
— de peculio, **II**, 869.
— de pecunia constituta, **II**, 805.
— directes, utiles, **II**, 743.
— en répétition, **II**, 433.
— exercitoria, **II**, 869.
— ex stipulatu, **II**, 836.
— ex stipulatu duplœ, **II**, 447.
— familiæ erciscundæ, **II**, 817.
Actions fictices, **II**, 158, 740, 781.
— finium regundorum, **II**, 816.
— furti, **II**, 555.
— hypothécaire, **I**, 776, **II**, 794.
— in factum, **I**, 406, 500, 636, **II**, 574, 584, 746, 781, 811, et suiv.
— injuriarûm, **II**, 579.
— in jus, in factum, **II**, 746.
— institoria, **II**, 489, 869.
— legis aquiliæ, **II**, 569.
— mixtes, **II**, 812, 827.
— négatoire, **II**, 769.
— noxales, **II**, 869, 882.
— paulienne, **II**, 791.
— pénales, **II**, 824, 887.
— per condictionem, **II**, 664.
— per formulam petitoriam, **II**, 764.
— per judicis postulationem, **II**, 661.
— per manus injectionem, **II**, 665.
— perpétuelles, temporaires, **II**, 866.
— per pignoris capionem, **II**, 670.
— personnelles, **II**, 750, 797.
— per sponsionem, **II**, 763.
— populaire, **II**, 586.
— prœscriptis verbis, **II**, 507, 838.
— préjudicielles, **II**, 682, 819.
— publicienne, **II**, 782.
— quanta dos sit, **II**, 820.
— quanti minoris, **II**, 449.
— quasi-servienne, **II**, 794.
— quod jussu, **II**, 869.
— quod metus causa, **II**, 755, 843.
— receptitia, **II**, 806.
— redhibitoria, **II**, 449.
— réelles, **II**, 750, 758.
— rei, pœnæ persecutoriæ, **II**, 824.
— rescisoire in rem, **II**, 787.
— sacramenti, **II**, 111, 657.

Actions servi corrupti, **II**, 830.
— servienne, **II**, 794.
— transmissibles ou non, **II**, 868.
— tributoria, **II**, 869.
— tutelæ, **I**, 377.
— utile, **II**, 743.
— uxoriæ, **II**, 836.
— vi bonorum raptorum, **II**, 562.
Actus (servitude), **I**, 526.
Addictio bonorum libertatis causa, **II**, 193.
Addictio, addictus, **II**, 666, 982.
— in diem, **II**, 434.
Adition, **I**, 738.
Adjectus solutionis gratia, **II**, 301, 325, 602.
Adjonction, **I**, 504.
Adjudicatio, **I**, 454, 536, 554, **II**, 676, 818.
Adjutor tutelæ, **I**, 376.
Adoption et Adrogation, **I**, 282, 288, 293, 295, 296, 394, 707, **II**, 12, 20, 31 183.
Adoptio plena, **I**, 292.
— minus plena, **I**, 292
Adpromissor, **II**, 361, 628.
Adsignatio libertorum, **II**, 106.
Adstipulator, **II**, 361, 571,
Adultère, **I**, 268.
Adversaria, **II**, 411.
Ædificium solo cedit, **I**, 506, 511, 564.
Ærarium, **I**, 428, 485, 568.
Affranchi orcinus, **I**, 209.
Affranchis, **I**, 206, **II**, 80. (*V.* Latins Juniens. Déditices.)
— (succession des), **II**, 80.
Affranchissements (*V.* manumissio).
Affranchissement tacite, **I**, 689.
Ager romanus, **I**, 39.
Agnatio, **I**, 251, 396, 715, **II**, 37, 185.
— sui, **I**, 674.
Agnats, **I**, 322, **II**, 34, 41, 44, 47, 140.
Agri limitati, **I**, 441, 495.
Agri occupatorii *ou* arcifinales, **I**, 441, 495.
Aliena (res), **I**, 785, 847.
Aliénation fiduciaire, **I**, 567.
Alieni juris (personnes), **I**, 231, **II**, 871.
Aliud pro alio, **II**, 853.
Alliance, **I**, 252, 256.
Alluvion, **I**, 494.
Alternative (*V.* Modus).
Altius tollendi (servitude), **I**, 528.
Antichrèse, **II**, 265,
Antonine (quarte), **I**, 288. (*V.* Quarte.)
Appel, **II**, 792.
Aquæductus (servitude), **I**, 526.
Arbitria, **II**, 649, 652.
Arcaria nomina, **II**, 411.
Argentari, **II**, 806, 855, 859.
Armée, **I**, 49.
Arrhes, **II**, 426.
Aruspices **I**, 31.
Ascendant maternel (Droit de succession de l'), **II**, 54.
Ascendant paternel (Droit de succession de l'), **II**, 47, 143,
Ascendants, **II**, 178.
Assemblées, **I**, 63, 101.
Assertor libertatis, **II**, 961.
Auctoritas tutoris, **I**, 835.
Augures, **I**, 31.
Aureorum annulorum (jus), **I**, 215.
Auspices, **I**, 32.
Autrui (Promesse pour), **II**, 321.
Aveugle, **I**, 668.

B

Barbares, **I**, 82.
Bas-Empire, **I**, 120.
Basiliques, **I**, 136.
Beneficium principale, **I**, 217.
Bona vi rapta, **II**, 561.
Bonne foi, **I**, 459, 468.
Bonorum auctio, **II**, 985.
— emptor, **II**, 863.
— possessio, **I**, 650,656, 678, 719, **II**, 110 à 170.
— possessio tertiæ partis, **II**, 95.
— possessores, **I**, 580.
— sectio, **II**, 985.
— venditio, **II**, 202, 985.
Bréviaire d'Alaric, **I**, 137.
Butin de guerre, **I**, 441.

C

Caducum **I**, 687, 703, 754, 758.
Cœlebs, **I**, 687, 703, 716, 754.
Capacité d'être institué héritier, **I**, 684.
— d'ester en justice, **II**, 959.
— de plaider pour autrui, **II**, 960.
— de recevoir par testament, **I**, 663.
— de tester, **I**, 663.
— juridique du mineur de XXV ans, **I**, 371.
— du pubère mineur ayant un curateur, **I**, 372.
— du pupille, **I**, 374, 582.
Capiendi (jus), **I**, 686.
Capitis deminutio **I**, 325, 350, 392, 557, 673, **II**, 17, 35, 47, 65, 72, 92, 189, 347, 952.
Caste, **I**, 260.
Cas fortuits, **II**, 591.
Catonienne (règle), **I**, 782.
Causa civilis, **II**, 225.
— des obligations, **II**, 223.
— perpetua, **I**, 524, 530.

Causæ probatio, **I**, 217.
Cedendarum actionum (bénéfice), **II**, 352, 387, 495.
Censeurs, **I**, 60.
Censu (affranchissement), **I**, 208.
Centumvirs, **I**, 167, **II**, 649.
Cessio in jure, **I**, 453, 535 (*V.* In jure cessio).
Cession de biens, **II**, 856, 989.
Cessation de la tutelle, **I**, 350, 377.
Chasse, **I**, 440.
Chevaliers, **I**, 49.
Chirographa, **II**, 417.
Choses, **I**, 401.
Christianisme, **I**, 34.
Civitatis (jus), **I**, 82, 106, 197, 298, 393, 427, **II**, 22.
Civitates fundæ, **I**, 84.
Classement des héritiers, **I**, 731.
Classes, **I**, 50.
— d'héritiers, **II**, 7.
Claudien (sénatus consulte), **I**, 183, 185, 204, **II**, 202.
Clause pénale, **II**, 293, 323.
Clients, **I**, 42.
Code théodosien, **I**, 130.
Codes, **I**, 124, 127.
Codex, **II**, 411.
Codification (travaux de), **I**, 122.
Codicille, **I**, 852.
Coemptio, **I**, 304.
Cognatio, **I**, 251, 396 **II**, 71.
— servilis, **II**, 76.
Cognitio, **I**, 150.
— causæ, **II**, 153.
Cognitor, **II**, 912, 962, 971.
Collatéraux, **II**, 180.
Collatio bonorum, **I**, 682, **II**, 23, 33.
— dotis, **II**, 26.
— de la donatio ante nuptias, **II**, 34.
Collatio legum mosaïcarum, **I**, 129.
Colonat, **I**, 192.
Colonies romaines, **I**, 81.
— militaires, **I**, 93.
Comices par centuries **I**, 49, 52, 53, 63, 101, 283.
— par curies, **I**, 47, 101.
— par tribus, **I**, 70, 102.
Commercium, **I**, 82, 216, 409, 413, 664. 785, **II**, 304, 429.
Commodat, **II**, 246, 256.
Communauté, **II**, 519.
Compensation, **II**, 642, 848, 856, 909.
Comperendinatio, **II**. 655.
Compétence (bénéfice de), **II**, 854, 990.
Comptes de tutelle, **I**, 352.
Concubinat, **I**, 274.
Concession du jus civitatis, **I**, 82, 84, 106.
— du jus latii, **I**, 86.
Condemnatio, **II**, 677.
Condictio, **II**, 664, 797, 833, 879.
— certi ex mutuo, **II**, 238.
Condition (*V.* modalités), **I**, 210, 320, 446, 545, 609, 621, 635. 693, **II**, 285, 290, 293. 317, 323, 626.
Confarréatio **I**. 305.
Confessio in jure, **II**, 710.
Confiscation, **II**, 205.
Confréries, **I**, 31.
Confusion, **I**, 503, 542. **II**, 347, 641.
Connubium, **I**, 247, 265.
Consanguineæ, **II**, 42.
Consanguins, **II**, 57.
Consensu (extinction des obligations), **II**, 638.
Consentement des ascendants. **I**, 243.
— des époux, **I**, 242.
Consolidation, **I**, 558.
Consuls, **I**, 58
Constitut (pacte de), **II**, 806.
Constitut possessoire, **I**, 450.
Constitution des servitudes, **I**, 535.
Constitution de Marc-Aurèle sur la curatelle, **I**, 368.
— politique, **I**, 45, 58, 98.
Constitutions impériales, **I**, 19, 108, 122.
Consultatio veteris jurisconsulti, **I**, 129.
Contrarius consensus, **II**, 638.
Contra tabulas (bonorum possessio), **II**, 21, 107, 168.
Contrats, **II**, 221.
— consensu, **II**, 421.
— de bonne foi, **II**, 228.
— de droit strict, **II**, 228.
— innommés, **II**, 228, 505.
— litteris, **II**, 410.
— nommés, **II**, 228.
— re, **II**, 233.
— synallagmatiques, **II**, 228, 422.
— unilatéraux, **II**, 228, 422.
— verbis, **II**, 266.
Convenances, **I**, 258.
Conventio in manum, **II**, 183.
Convention, **I**, 544.
Co-propriété, **I**, 422.
Corpus juris, **I**, 128.
Corréales (obligations), **II**, 334, 630.
Correi. (*V.* Corréales.)
Coutumes, **I**, 17, 96, 112, 122.
Créances, **I**, 419.
Créanciers postérieurs, **I**, 592.
Cretio, **I**, 704, 739.
Culte des morts, **I**, 24.
— du feu sacré, **I**, 25.
Curatelle, **I**, 264, 358, 376, **II**, 517, 967.
Curateurs suspects, **I**, 390.
Curies, (*V.* comices par).

D

Damni infecti (cautio), **II**, 404, 955.
Dare, **II**, 210.
Dation en payement, **II**, 604.
Décemvirs, **I**, 72.
Décrets, **I**, 108.
Decretum, **I**. 151.
Deditices (affranchis), **I**, 81, **II**, 105.
De dolo (cautio), **II**, 401, 839.
Deductio, **I**, 535, 537, 554, **II**, 863.
Delégation, **II**, 483, 621.
Deliberandi (jus), **I**, 741.
Délit, **I**, 141, **II**, 341, 543.
Démembrements de la propriété, **I**, 424, 521.
Demonstratio, **II**, 675.
Denuntiatio litis, **II**, 727.
De persequendo servo (caution), **II**, 402.
Déportation, **I**, 298.
Dépôt, **II**, 255.
De rato (cautio), **II**, 407.
Descendants, **II**, 175.
Destinées du droit romain chez les Burgondes, **I**, 137.
— — chez les Ostrogoths, **I**, 138.
— — chez les Visigoths, **I**, 137.
— — en occident, **I**, 136.
— — en orient, **I**, 136.
Dettes de l'adrogé, **II**, 189.
Dévolution, **II**, 60, 64.
Dictateur, **I**, 60.
Dictio dotis, **I**, 631, **II**, 267, 643.
Dies cedit, Dies venit, **I**, 777, 810, 813, 815, 817, **II**, 277.
Dies incertus, **I**, 696, **II**, 281.
Dieux de la nature, **I**, 26.
— de la cité, **I**, 27.
Diffareatio, **I**, 308.
Digeste, **I**, 124.
Dimidiæ partis (bon. possessio), **II**, 84.
Discussion (bénéfice de), **II**, 392.
Disputatio forensis, **I**, 129.
Distractio, **II**, 993.
— bonorum, **II**, 263.
— pignoris, **II**, 992.
Division (bénéfice de), **II**, 355, 389.
Divorce, **I**, 267, 271.
Dol, **I**, 439, 588.
Dominica potestas, **I**, 184, **II**, 202.
Domaine bonitaire, **I**, 212, 445, 576, 600.
Dominium ex jure quiritum, **I**, 422, 539.
Dominus (*V.* maître).
Donations (en général), **I**, 605, **II**, 855.
— ante nuptias, **I**, 645.
— entre époux, **I**, 625.
— entre vifs, **I**, 607
Donations mortis causa, **I**, 618, 626
— propter nuptias, **I**, 645.
Donnés en adoption (Enfants), **II**, 20.
Dot, **I**, 630, 792.
Dotal (*V.* fonds dotal).
Dotalia instrumenta, **I**, 240, 280.
Dotaux (immeubles), **I**, 637.
Droit, **I**, 5.
Droits d'abandon noxal, **I**, 188, 237.
— d'accroissement en cas d'affranchissement, **I**, 646.
— de tester, **I**, 664.
— de propriété, **I**, 222.
— — sur le sol des provinces, **I**, 427.
— — sur une chose incorporelle, **I**, 425.
— d'exposition, **I**, 236.
— de vente du fils de famille, **I**, 236.
— de vie et de mort **I**, 186, 235.
— des gens, **I**, 14, 183, 439.
— des mères, **I**, 151, 183, 452.
— du maître sur la personne de l'esclave **I**, 186.
— — sur les biens de l'esclave **I**, 188.
— écrit, **I**, 18.
— naturel, **I**, 7, 12, 439.
— non écrit, **I**, 17, (*V.* coutume).
— personnels, **I**, 647, **II**, 211. (*V.* Obligations.)
— prétorien, **I**, 94.
— privé, **I**, 12, 177.
— public, **I**, 12.
— réels, **I**, 422.
— — reconnus par le droit civil. **I**, 422.
— — règlementés par le prêteur, **I**, 563.
— successoral des descendants par les femmes, **II**, 28.
Duci jubere, **II**, 984.
Duplæ stipulatio, **II**, 439.
Dupliques, **II**, 686. 890, 915.
Duumvirs, **I**, 160.

E

Echange, **I**, 509.
Ecriture sur le papier ou le parchemin d'autrui, **I**, 501
Edictum Carbonianum, **II**, 155.
— Théodorici, **I**, 138.
Ediles curules, **I**, 62.
— plébéiens, **I**, 72.
Edit perpétuel, **I**, 110.
Editio actionis, **II**, 696.

Edits, **I**, 108.
Edits des magistrats, **I**, 20, 94, 110.
Effet rétroactif, **II**, 288.
Emancipation, **I**, 299, 316, 329, 677, **II**, 17, 44.
Emptor familiæ, **I**, 836.
Empereur, **I**, 98, 161, 170.
Empêchements au mariage, (*V.* mariage).
Empire, **I**, 98, 161.
Emphythéose, **I**, 563, 566, **II**, 463.
Emptio venditio (*V.* Vente).
Emptor bonorum, **II**, 988.
Enfants adoptifs (*V.* adoption).
— émancipés (*V.* émancipation)
— issus du mariage, **I**, 238.
— légitimes (*V.* légitimation).
— naturels, **I**, 277.
Equité, **I**, 7.
Erreur, **I**, 431, 469, **II**, 314, 827.
Erreur de droit, **I**, 469.
Erroris causæ probatio, **I**, 202, 218.
Esclavage, **I**, 181, 248.
— d'un époux, **I**, 273.
Esclaves, **I**. 38, 181, 231, 598, **II**, 538, 880.
— (Stipulation des), **II**, 328.
Esclave commun, **I**, 600, 690, **II**, 332.
— d'autrui, **I**, 602, 691, **II**, 332.
— d'un époux, **I**, 273.
— héréditaire, **I**, 691, **II**, 332.
— in bonis, **I**, 600.
— indivis, **I**, 690.
— in usu, **I**, 600.
— in usufructu, **I**, 600, 690.
— possédé de bonne foi, **I**, 602.
— rural, **I**, 193.
Estimatoire (contrat), **II**, 449, 509.
Eviction, **II**, 438.
Exceptions (en général), **II**, 683, 890.
— civiles, **II**, 894.
— compensationis, **II**, 909. (*V.* Compensation.)
— divisionis, **II**. 914.
doli mali, **I**, 492, 501. 511, 542, 585, 634, **II**, 892, 901.
— in factum, **I**. 565, 611, 634, **II**. 892.
— in factum composita, **II**, 901.
— jurisjurandi, **II**, 810, 904.
— justi dominii, **I**, 578, **II**. 784,
— litis dividuæ, **II**, 912.
— metus causa, **II**, 901.
— non numeratæ pecuniæ, **II**, 418, 913.
— pacti conventi, **II**, 903.
— pacti per tempus, **II**, 912.
— perpétuelles ou péremptoires, **II**, 896.
— personæ cohærentes, **II**, 894.
Exceptions prétoriennes, **II**, 894.
— rei cohærentes, **II**, 894,
— rei in judicium deductæ, **II**, 903.
— rei judicatæ, **II**, 904.
— rei residuæ, **II**, 912.
— rei venditæ et traditæ. **II**, 784.
— temporaires ou dilatoires, **II**, 896.
Exclusion, **I**, 383.
Excuses des tuteurs ou curateurs, **I**, 383, 384.
Exécution forcée, **II**, 981.
Exhérédation, **I**, 671, 678, 687, 697.
Expensilatio, **II**, 340, 413.
Expilatæ hereditatis (crimen), **I**, 471, **II**, 547.
Expromissor, **II**, 323, 367, 621.
Extinction des legs, **I**, 822.
— des obligations, **II**, 598.
— des servitudes, **I**, 542.
— du droit de propriété, **I**, 520.
Extranea persona, **I**, 602, **II**, 333.
Extraordinaire (procédure), **II**, 725.

F

Facere, **II**, 216.
Factio testamenti, **I**, 658, 664, 684, 692, 737, 798.
Falsa causa, **I**, 793, 801, **II**, 616, 849.
Falsa demonstratio, **I**. 792, 801, **II**, 616, 849.
Familia, **I**, 38, 649.
Familiæ emptor, **I**, 836.
Fautes (théorie des), **II**, 588.
Féciaux (collège des), **I**, 50.
Femme mariée, **I**, 595, 643.
Femmes (tutelle des), 313, 352, 607, **II**, 540.
Ferruminatio, **I**, 491.
Fideicommis, **I**, 832, 835, 846,
— d'hérédité, **I**, 833.
Fidéicommissaire (substitution), **I**, 713.
Fidéjusseur, **II**, 373, 628.
Fidepromissor, **II**, 373.
Fiducie (contrat de), 301, 311, 473, 577, 622, **II**, 48. 833.
Fils de famille, **I**, 234, 433, 596, 666, **II**, 50, 540, 880.
Fisc, **I**, 487, 594, 814.
Flamines, **I**, 30.
Fonds dotal, **I**, 581.
Fonds italiques, **I**, 431, 460, 582, 611.
— provinciaux, **I**, 431, 460, 582. 611.
Fongibles (choses), **II**, 235.
Forme de l'exhérédation des posthumes, **I**, 674.
— du testament, **I**, 658, 660.
Formulaire (procédure), **II**, 671.
Formule, **II**, 674.

Fragments d'Ulpien (ou Regulæ juris Ulpiani), **I**, 129.
Fragments du Vatican, **I**, 129.
Fruits, **I**, 513, **II**, 718.
Fundi (populi), **I**, 84, 199,
Furiosus, **I**, 246, 320, 360, 666, **II**, 311.
Furtiva (condictio), **II**, 554, 803.
Furtum, **II**, 544.
— usus, **II**, 264.
Future (chose), **I**, 785.

G

Gage, **I**, 563, 573, 587, **II**, 262.
Garantie de la dot, **I**, 636.
Genre (legs de), **I**, 794.
Gens, *Gentes*, **I**, 43.
Gentiles, **I**, 43, 48, **II**, 39, 69.
Gestion d'affaires, **II**, 511.
Glossateurs, **I**, 139.
Gouvernement central, **I**, 120.
Gouverneur de province, **I**, 163, 171.
Guerre sociale, **I**, 85, 430.

H

Habitatio, **I**, 561.
Hereditatis petitio, **II**, 776.
Heredités ab intestat, **I**, 650, **II**, 1.
— fideicommissaire, **I**, 835.
— testamentaire, **I**, 651, 731.
Heres extraneus, **I**, 737.
— necessarius, **I**, 732. **II**, 15.
— suus, **I**, 734, 670, **II**, 8, 138.
Histoire externe du droit romain, **I**, 37.
— interne, **I**, 177.
Hommes libres, **I**, 38, 197.
Hommes libres possédés de bonne foi, **I**, 602.
Hypothèque, **I**, 574, 593, 643, 789.

I

Iles, **I**, 496.
Immeubles, **I**, 415, 459.
Imperfectum (testamentum), **I**, 670.
Impubères, **I**, 313, 666, 705.
Imperium, **I**, **II**, 148, 151, 922.
— merum, **I**, 149.
— mixtum, **I**, 149.
Impenses, **II**, 863.
Impetratio actionis, **II**, 730.
Impossibilité d'exécuter, **II**, 641, 307.
Impôts, **I**, 595.
Imputation des payements, **II**, 610.
In annos singulos, **II**, 283.
In bonis (*V.* domaine bonitaire).
In causa caduci, **I**, 759.
In diem addictio, **II**, 434.
In integrum restitutio, **I**, 364, 374, 488, 585, **II**, 948.
In judicio (instance), **II**, 656, 673, 713.
In jure (—), **II**, 673, 688.
In jure cessio, **I**, 39, 167, 289, 409, 453, 535, 541, 606, 608, 622, 649.
— d'une hérédité, **I**, 745, **II**, 192.
In solidum, **II**, 358, 826.
Incapacité, **I**, 383.
— d'être témoin, **I**, 658.
— des contractants, **II**, 309.
Inceste, **I**, 257.
Incorporales (res), **I**, 414, 425.
Incorporation, **I**, 504.
Incorporation des vaincus, **I**, 81.
Indemnitatis (fidejussor), **II**, 393.
Indivisibles (obligations), **II**, 357.
— **I**, 59, **II**, 319.
Indivision, **II**, 519.
Indû (payement de l'), **II**, 238, 522.
Inégalité des conditions, **I**, 260.
Infamie, **I**, 61.
Infans, **I**, 340, 436, **II**, 310.
Infantiæ proximus, **I**, 340.
Infirmation des testaments, **I**, 715.
Ingénus, **I**, 203, **II**, 8.
Ingratitude, **I**, 616.
Injuriæ, **II**, 476.
Injustum (testamentum), **I**, 670.
Inquisitio (enquête), **I**, 333, 379.
Insinuation, **I**, 613.
Institor, **II**, 489.
Institutes de Gaïus, **I**, 129.
— de Justinien, **I**, 127.
Institution des esclaves, **I**, 688.
— des sui heredes, **I**, 670.
— d'héritier, **I**, 660, 683, 845, 851, 670.
— ex certa re, **I**, 717, 748.
Intentio, **II**, 675.
Intercessio, **II**, 365.
— des tribuns, **I**, 68.
Interdiction de l'eau et du feu, **I**, 298.
Interdits, **I**, 436, 438, 537, 545, 555, 565, 612, 680, **II**, 920.
— adipiscendæ possessionis, **II**, 931.
— de clandestina possessione, **II**, 944.
— de precario, **II**, 945.
— doubles, **II**, 929.
— exhibitoires, **II**, 928.
— fraudatorium, **II**, 791.
— possessorium, **II**, 933.
— prohibitoires, **II**, 925.
— quam hereditatem, **II**, 946.
— quem fundum, **II**, 946.

Interdits, quo itinere, **II**, 935.
— quod legatorum, **II**. 935.
— quod vi aut clam, **II**, 767, 927.
— quorum bonorum, **II**, 133. 138. 931.
— recuperandæ possessionis. **II**. 941.
— restitutoires, **II**, 927.
— retinendæ possessionis, **II**, 936.
— salvianum, **II**, 934.
— sectorium, **II**. 934.
— simples, **II**, 929.
— unde vi, **II**. 942.
— uti possidetis, **II**, 938.
— utrubi, **II**. 940.
Intérêts, **II**, 242.
Interrex, (servitudes), **I**, 524, 531.
Interrogatio in jure, **II**, 708.
Intestabilis, **I**, 658.
Inutiles (stipulations), **II**, 303.
Inventaire, **I**, 339.
Inventaire, (bénéfice d'), **I**, 742.
Irrévocabilité des donations, **I**, 615.
Irritum (testamentum), **I**. 718.
Italicum (*V.* Jus Italicum).
Italie, **I**, 80, 103.
Iter, **I**, 526.
Iteratio, **I**, 218.

J

Jours fastes et néfastes, **I**, 28.
Judicatum solvi (caution), **II**, 764. 954, 971.
Judicatus **II**. 666.
Judices (*V.* jurés).
Judices pedanei, **I**, 173.
Judiciales (stipulations), **II**. 400, 409.
Judicis postulatio, **II**, 661.
Judicium imperio continens. **II**, 722.
— légitimum, **II**, 186, 722.
— publicum, **I**, 363.
Juniores. **I**. 53.
Jura condere, **I**, 20, 112.
Jura ad rem (*V.* Droits personnels).
Jura in re (*V.* Droits réels).
Jurata promissio liberti, **I**, 215, **II**, 268.
Jure communi, **I**, 664, **II**. 50.
— peculii, **I**, 665, **II**, 50, 98.
— successionis, **II**, 50.
Jurés. **I**. 147, 164. 165, **II**, 649.
Jurisdictio **I**, 147, 150, 151, 152, 155, **II**, 648.
— contentieuse, **I**, 152.
— déléguée, **I**, 154.
— extraordinaire, **I**, 153.
— minus plena, **I**, 153.
— ordinaire, **I**. 153, 170.
Jurisdictio plenior, **I**, 153.
— propre, 154,
— prorogée, **I**, 154.
— volontaire, **I**, 152.
Jurisprudence. **I**, 8.
Jus, **I**, 5.
— ad rem, **II**. 212, 752, (*V.* Jura).
— antiquum, **II**; 129.
— caduca vindicandi, **I**, 758.
— capiendi. **I**, 216, 262, 686.
— civile, **I**, 15.
— civitatis, **I**. 82, 101, 298, (*V.* aussi civitas).
— dandi tutores, **I**, 333, 382.
— deliberandi, **I** 741.
— gentium et jus naturale, **I**, 7, 439.
— italicum, **I**, 200, 429, 460.
— in re, **II**, 212. 752, (*V.* Jura).
— latii, **I**, 88.
— liberorum. **I**, 358, **II**, 55, 91.
— nominandi potiorem, **I**. 388.
— publice respondendi, **I**. 20. 112.
— scriptum, jus non scriptum, **I**, 16, 18.
Jusjurandum, **II**, 345, 711, 809, 996.
Justa causa. **I**, 414. 458, 464, 517, 524, 602, 605.
Justa causa manumissionis, **I**, 227.
Justes noces, **I**, 239 (*V.* mariage),.
Justice, **I**, 10.
Justinien (travaux législatifs de). **I**, 124.

L

Largien (Sénatus-consulte), **II**, 101.
Latii (*V.* jus latini).
Latini, **I**, 199.
— coloniarii, **I**, 83, 199.
— Juniani, **I**, 198, 212, 216, 318, 664, 686, **II**, 98.
— veteres, **I**, 83, 199.
Legatorum (cautio),**II**, 406.
Legis actiones, (*V.* actions de la loi).
Légitimation, **I**, 277, **II**, 12.
Lésion, **II**, 436,
Legs, **I**, 457, 538, 625, 765, 851.
Lex, **I**, 456,
— bonorum vendendorum, **II**. 987.
— commissoria, **II**, 265, 435.
— curiata, **I**, 48.
— Galliæ Cisalpinæ (*V.* Lex Rubria).
— Rubria, **I**, 130.
Libellus conventionis, **II**, 729.
Liberalis causa, **II**, 821.
Liberi naturales, **II**, 85.
Liberis honorat», **II**, 89.
Libération (legs de), **I**, 789.
Liberté, **I**, 296, (*V.* Hommes libres).

Libertorum adsignatio, **II**, 106.
Libripens, **I**, 39, 305, 309, 452, 655.
Lit d'un fleuve, **I**, 497.
Litem suam facere, **II**, 584.
Litis contestatio, **I**, 462, 476, 515. **II**, 656, 699, 733.
— denuntiatio, **II**, 690.
Litterarum obligatio (*V.* contrats litteris).
Lois, **I**, 18, 94, 108.
— Ælia Sentia, **I**, 208, 110, **II**, 80, 79, 104,
— Agraires, **I**, 79.
— Apuleia, **II**, 396.
— Aquilia, **II**, 564.
— Atilia, **I**, 331.
— Atinia, **I**, 484.
— Caducaires **I**, 754, 764, 813.
— Calpurnia, **II**, 665.
— Canuleia, **I**, 77, 260.
— Cincia, **I**, 60, 609, **II**, 916.
— Claudia, **I**, 353, 357.
— Cornelia, **II**, 375, 581.
— des XII Tables, **I**, 72, **II**, 81.
— Fabia de plagiariis, **I**, 230.
— Falcidia, **I**, 620, 772, 824.
— Furia, **II**, 150.
— — de sponsu, **II**, 389, 396, 667.
— — testamentaria, **I**, 824.
— Fusia caninia, **I**, 228.
— Julia de adulteriis, **I**, 250, 271, 488, 638, 686, **II**, 149.
— — de maritandis ordinandis, **I**, 214, 260, 642, 686, **II**, 149.
— — et Plautia, **I**, 484.
— — et Titia, **I**, 331, 356.
— Julia judiciorum, etc, **II**, 672.
— Junia Norbana, **I**, 200, 211, 229, 686, **II**, 80, 98.
— — Velleia, **I**, 675, 707.
— Marcia, **II**, 667.
— Mensia, **I**, 202.
— Papia Poppœa, **I**, 260, 356, 457, 687, **II**, 87.
— Petilia, **II**, 982.
— Pétronia, **I**, 232.
— Pinaria, **II**, 662.
— Plœtoria, **I**, 363, **II**, 951.
— Publilia, **II**, 380.
— royales, **I**, 57.
— Scribonia, **I**, 536.
— Sempronia, **I**, 165.
— Silia, **II**, 665.
— Valeria Horatia, **I**, 70.
— Voconia, **I**, 685, 824.
Louage, **II**, 451, 566.
Lucra nuptialia, **II**, 52.
Luminum (servitude), **I**, 529.

M

Macédonien (sénatus-consulte), **II**, 540, 881.
Magister, **I**, 580.
Magister bonorum vendendorum, **II**, 987.
Magistrats, 48, 58, 99, 155 et suiv., 160 et suiv., 170 et suiv., **II**, 648.
Magistrats municipaux, **I**. 163, 172.
Maitre, **I**, 186, 220, 231.
Mancipatio, **I**, 289, 299, 309, 406, 452, 535, 541, 554, 608, 621.
Mancipatio per æs et libram, **I**, 39,
Mancipi (choses) (*V.* Nec mancipi).
Mancipium, **I**, 289, 308, 353, 600.
Mandat, **I**, 448, 603, **II**, 479.
Mandata, **I**, 109.
Mandator pecuniæ credendæ. **II**. 366, 493.
Manumissio, **I**, 203.
Manumissor extraneus, **II**. 140.
Manus, **I**, 303, 316, 600, 630.
— (acquisition par la). **II**, 192.
Manus injectio; **II**, 666. 982.
Manus militaris, **II**, 841.
Mari, **I**, 381, 638.
Mariage, **I**, 239.
— du droit des gens, **I**, 249, 636.
— subséquent, **I**, 277.
Mélange, **I**, 503.
Mente captus, **I**, 246, 361, 607.
Mère (droit successoral de la). **II**. 54-62.
Merx, **II**, 425.
Meubles, **I**, 415, 458.
Militaires, **I**, 660, 683.
Mineur de xx ans, **I**, 226, 228.
— de xxv ans, **I**, 363. **II**, 539, 951.
Ministres du culte, **I**, 29.
Minus petitio, **II**, 853.
Missio in possessionem. **II**, 693, 985.
Modalités, **I**, 320, 545, 660, 692, 805. **II**, 276, 316, à34, 468. 482, 625, 642 (*V.* Condition, Terme).
Modes d'acquérir, **I**, 438.
Modus. **II**. 100.
Mora, **II**, 346, 596.
Morale, **I**, 6.
Mort d'un époux, **I**, 274.
— du père de famille. **I**, 296.
Muet, **I**, 361, 666, **II**, 272.
Municipes, **I**, 86, 105, 130, 172, 201, 685.
Mutuum, **I**, 583, **II**. 284,

N

Nationalité des enfants. **I**, 201.
Naturelles (obligations), **II**. 218, 533,
Nauticum fœnus, **II**. 213.

Nec mancipi (res), **I**, 407, 429, 445, 452, 458, 533, 576, 608, 611, 622.
Negotiorum gestio, **II**: 511.
Néronien (sénatus-consulte), **I**, 768.
Nexum, **II**, 669.
Nomen transcriptitium, **II**, 412, 415.
Nominandi potiorem (*V.* jus).
Nomination des tuteurs et curateurs, **I**, 377.
Non altius tollendi (servitude), **I**, 528,
Non-usage, **I**, 533, 543, 557.
Notio, **I**, 151,
Novation, **II**, 611, 693.
Novelles, **I**, 128, **II**, 171.
Novi operis nunciatio, **II**, 409, 957.
Nudum jus Quiritium, **I**, 445.
Nullius (res), **I**, 412, 440.

O

Oblation à la curie, **I**, 277.
Obligations en général, **I**, 647, **II**, 208.
Occupation, **I**, 439, 537, 554.
Office du juge, **II**, 718, 732.
Offres et consignations, **II**, 610.
Oneris ferendi (Servitude), **I**, 527.
Operæ servi, **I**, 563.
Operæ officiales, **II**, 187.
Operis novi nunciatio (*V.* Novi op. n.).
Option (legs d'), **I**, 795.
Ordo judiciorum, **II**, 651, 671.
Orbi, **I**, 687, 703, 754.
Origine de Rome, **I**, 21.
Orphitien (sénatus-consulte), **II**, 30, 62, 92.

P

Pactes, **I**, 539, **II**, 212, 340, 497, 537, 903.
— commissoire (*V.* Lex commissoria).
— de non petendo, **II**, 643.
— de reméré, **II**, 435.
Paganisme, **I**, 24.
Pandectes, **I**, 127.
Papien, **I**, 137.
Parens manumissor, **II**, 47, 129, 140, 353.
Parenté, **I**, 251.
Part de l'esclave, **I**, 493.
Partage, **II**, 818.
— de l'hérédité, **II**, 16.
Parts caduques, **I**, 757 (*V.* Caducum).
Patriciens, **I**, 39, 67, 77.
Patron, **I**, 214, 398, **II**, 81, 140.
Payement, **II**, 440, 599.
Pécules, **I**, 189, 195, 216, 219, 232, 237, 597, 665, **II**, 50, 186.
Pecunia trajectitia, **II**, 243.
Pedanei judices, **I**, 173.
Pégasien (sénatus-consulte), **I**, 838.
Peines des plaideurs téméraires, **II**, 995.
Peinture, **I**, 502.
Père émancipateur, **I**, 353 (*V.* Parens manumissor).
Peregrini, **I**, 82, 198, 248, 684, **II**, 22.
Péremption d'instances, **II**, 722.
Personnes, **I**, 177, 180.
— alieni juris, 230, 312.
— sui juris, 230, 312.
— — capables, 312.
— — incapables, 312
Perte, **I**, 542.
— de la chose due, **II**, 641.
Per universitatem (Modes d'acquérir), **II**, 1, 183.
Peuple, **I**, 47.
Pignoris capio, **II**, 983, 991.
Pignus (*V.* Gage), **I**, 563, 593
— ex causa judicati, **II**, 991.
Plantations, **I**, 512.
Plébéiens, **I**, 39, 67, 77,
Plébiscites, **I**, 18, 94, 108.
Plus-pétition, **II**, 847.
Pœnæ stipulatio (*V.* Clause pénale).
Pontifex, **I**, 32.
Populi socii, **I**, 84.
Possesseur de bonne foi, **I**, 468, 513, 544, 602.
Possessio juris, **II**, 767.
— longi temporis, **I**, 454, 461, 594. **II**, 918.
— pro hærede, **II**, 777.
— pro possessore, **II**, 777.
Possession, **I**, 433, 443, 459, 476, 587, 539, 604, **II**, 930.
Posthume, **II**, 12.
Postulatio actionis, **II**, 697.
Postliminium, **I**, 184, 246, 270, 297, 393, 476, 669, **II**, 13.
Potestas dominica (*V.* Puissance dominicale).
— patria (*V.* Puissance paternelle).
Pouvoir des tuteurs et curateurs, **I**, 377.
— judiciaire, **I**, 140, 145, **II**, 648.
Præfectus urbi, **I**, 49, 99.
Præscriptio, **I**, 454, **II**, 686.
— fori, **II**, 918.
— longi temporis (*V.* Possession).
Præstare, **II**, 216.
Préceptes constitutifs du droit, **I**, 30.
Precarium, **II**, 251.
Préfectures, **I**, 91, 201.
Préfets du prétoire, **I**, 171.
Prépostère (stipulation), **II** 317.
Préteurs, **I**, 61, 172.
Preuves, **II**, 715.
Prêtres (*V.* Flamines).
Primipilus, **I**, 594.

Priorité (avantages de la), **I**, 590.
Prix, **II**, 423, 454.
Procédure criminelle (*V.* Publica judicia).
— (divers systèmes de), **II**, 648.
—, extraordinaire, **II**, 725.
Proculiens, **I**, 113.
Procurator, **II**, 407, 964.
— in rem suam, **I**, 609, **II**, 495, 623.
Prodigus, **I**, 359, 667, **II**, 311, 540.
Prœjudicium, **II**, 682, 819. 917,
— de libertinitate, **II**, 822.
— de partu agnoscendo, **II**, 823.
Prœmia patrum, **I**, 758.
Pro non scriptis, **I**, 759.
Propriété (*V.* Droit de), **I**, 38.
Proscriptio, **II**, 987.
Provinces, **I**, 80, 91, 103, 201.
Puberté, **I**, 241, 330.
Publica judicia, **II**. 1001.
Publice respondere, **I**, 20, 112.
Puissance dominicale (*V.* Esclavage et Maître), **I**, 231, 599.
Puissance paternelle, **I**, 234, 277, 284. 596, **II**. 9.
Pupille, **I**, 313, 388, 582. **II**. 311. 538. 619.

Q

Quærela inofficiosi testamenti, **I**. 720, **II**. 29. 129.
Quæstores, **I**, 63, 100.
Quarte, **I**, 725
— Antonine, **I** 285, 288, 707.
— ex s.-c. Sabiano **II**. 33.
— Falcidie, **I**, 824.
— Pégasienne, **I**, 843.
Quasi ex contractu (obligations), **II**. 219. 511.
Quasi ex delicto (obligations), **II**. 219. 583.
Quasi-possession, **I**, 415, 438, 524, 537. 541, 545,
Quasi-propriété, **I**, 460.
Quasi-tradition, **I**, 534, 537, 541, 554.
Quasi-usufruit, **I**, 553, **II**. 245.
Quirites, **I**, 23.
Quotité disponible, **I**, 762.

R

Rapt, **I**, 265.
Ratam rem dominum habiturum (cautio), **II**, 964.
Recuperatores, **I**, 167.
Rei venditæ et traditæ (réplique), **II**, 783.
Relegatio in insulam, **I**, 299.
Religion des romains, **I**, 24.
— domestique, **I**, 24.
— (différence de), **I**, 263.
Religiosæ (res), **I**, 405.
Rem pupilli salvam fore (caution). **II**. 408.
Renonciation à une servitude, **I**, 543.
Répartition de l'hérédité, **I**, 692, 754.
Réplique, **II**, 686, 890, 915.
Réponses des prudents, **I**, 20, 95, 112.
Représentation, **II**, 16, 82.
— des plaideurs, **II**, 959.
République, **I**, 58, 156.
Res, **I**, 178, 401.
— furtiva, **I**, 484,
Rescrit du prince (légitimation par), **I**, 288,
Rescrits, **I**, 108.
Résolution du droit du constituant. **I**, 513.
Responsabilité du tuteur, **I**, 350.
Restitutio natalium, **I**, 215.
— in integrum, **I**, 374, 364, 488, 585, **II**, 165, 190, 948.
Restitution de la dot, **I**, 640.
Rétention (droit de), **I**, 588, 591, 642, **II**. 854.
Retenues du mari, **I**, 642.
Rétroactif (effet), **II**, 288.
Reus, **II**, 336.
Revendication, **I**, 774, **II**, 238. 758.
Révocatio in duplum, **II**, 979,
Révocation des donations, **I**, 615.
— des legs, **I**, 819.
Risques, **II**, 244, 248, 441, 463.
Roi, **I**, 37, 45, 58, 155,
Ruptum (testamentum). **I**, 675.

S

Sabiniens, **I**, 113.
Sacræ (res), **I**, 404.
Sacramentum, **II**, 112. 657.
Sanctæ res, **I**, 407.
Satisdationes, **I**, 377, **II**, 969.
Sectio bonorum, **I**, 441 (*V.* bonorum sectio).
Secundum tabulas (bonorum possessio). **I**. 656, 719, 800, **II**, 133.
Semences sur le terrain d'autrui. **I**, 513.
Sénat, **I**, 46, (*V.* sénatus-consulte).
Sénatus-consulte, **I**, 18, 67, 108.
Seniores, **I**, 53.
Sentence, **II**, 716.
Sentences de Paul, **I**, 129.
Séparation (bénéfice de), **I**, 744.
Séquestre, **II**, 261.
Serment, **II**, 643, 711.
Service militaire, **I**, 34.
Servitudes, **I**, 520, 639.
Servitudes prédiales, **I**, 521, 531.
Servius Tullius, **I**, 50.

Servus derelictus, **I**, 232.
— hereditarius, **I**, 691 (*V.* Esclave).
— pœnæ, **I**, 185, 191, 232.
— publicus populi romani, **I**, 191, 233. 287, 432, 441.
Société romaine, **I**, 37.
Société, **II**, 347, 465.
Sources de droit romain, **I**, 11, 57, 94, 108, 121.
Sourd, **I**, 361, 668, **II**, 272.
Species, **II**, 233.
Spécification, **I**, 497.
Sponsio, **II**, 763.
Sponsor, **II**, 373.
Status, **I**, 392.
Statuliber, **I**, 210.
Stillicidii recipiendi ou non recipiendi (servitudes), **I**, 527.
Stipulatio duplæ, **II**, 439.
Stipulation, **I**, 539, 608, 286, **II**, 269, 339, 400, 953.
— Aquilienne, **II**, 636.
Stricti juris (actions), (*V.* actions de droit strict, de bonne foi).
Sui juris (personnes), **I**, 230, 310, 432.
Subsecivum, **I**, 443.
Substitutions, **I**, 696.
— fidéicommissaire, **I**, 713.
— pupillaire, **I**, 286, 704.
— quasi-pupillaire, **I**, 712.
— vulgaire, **I**, 697
Successio graduum, **II**, 38, 170.
Succession ab intestat, **II**. 1, 171.
Superficie, **I**, 563.
Supplique au prince, **II**, 975.
Suspects (tuteurs ou curateurs), **I**, 352, 390.
Syndic, **I**, 412, 580.
Syngraphæ, **II**, 413.
Système successoral de Justinien, **II**, 171.

T

Tabula Heracleensis, **I**, 85, 130.
— de Malaga et de Salpenza, **I**, 130.
— Velléia (ou lex Rubria), **I**, 86, 130.
Tabularius, **I**, 287, 668.
Temere litigantium (pœna) (*V.* Peines du plaideur téméraire).
Témoins, **I**, 655, 657.
Temps exigé pour l'usucapion, **I**, 480.
Terme, 210, 320, 341, 545, 559, 692, **II**. 278. 625, (*V.* modalités).
Tertullien (sénatus-consulte), **II**, 54.
Testamento (affranchissement), **I**, 208
Testaments, 538, 652 et suiv. 714, et suiv,, **II**, 341.
Tigni immittendi (servitude), **I**, 527.
Tignum junctum, **I**, 507.
Tituli ex corpore Ulpiani, **I**, 129.
Tradition, **II**, 408, 443, 537, 558, 606, 608, 623.
Transcriptio, **II**, 415.
Translatio, **I**, 535, 537, 554.
— judicii, **II**, 713, 734.
— legati, **I**, 821.
Travaux des esclaves (*V.* operæ servi), **I**. 562.
Trébellien (sénatus-consulte), **I**, 837.
Trésor, **I**, 513.
Tribunaux civils, **I**, 140, 155, 169.
Tribuns du peuple, **I** 68, 99.
— militaires, **I**, 49, 77.
Tribunus celerum, **I**, 49.
Tribus (*V.* comices par).
— rurales, **I**, 50.
— urbaines, **I**, 50.
Triplique, **II**, 686.
Tum quem ex familia (bon. possessio), **II**. 143, 169.
Tutelle, **I**, 264, 312, et suiv., **II**, 517, 967.
— déférée par le magistrat, 331.
— des femmes **I**, 313, 325, 352, 607.
— fiduciaire, **I**, 328, 329.
— testamentaire, **I**, 315.
Tutelles légitimes, **I**, 322, 326.
Tutor datur personæ, **I**, 322.
Tutor optivus, **I**, 257.

U

Unde cognati (bon. possessio). **II**. 40. 53. 63, 73, 142.
— cognati manumissoris (bon. possessio). **II**, 150.
— decem personæ (bon. possessio), **II**, 141, 169.
— legitimi (bon. possessio). **II**, 40, 59, 140.
— liberi (bon. possessio), **II**. 17, 118. 138.
— patronus et patrona (bon. possessio), **II**, 144, 169.
— vir et uxor (bon. possessio). **II**, 149.
Universitas juris, **I**, 665.
Universitatis (res), **I**. 412.
Usage (servitude), **I**, 560.
Usucapion, **I**, 415, 458, 470, 536, 544, 554, 604, 631, 639, **II**, 782, 788.
Usufruit, 548, 600, **II**. 185.
Usureceptio, **I**, 473.
Usus. **I**, 305, 547, 560, 600, **II**, 185.
Uti ex legibus (bon. possessio), **II**, 151.
Uxor (*V.* mariage).
Uxor injusta, **I**, 249.

V

Vadimonium, **II**, 655, 691.
Vectigalis (ager), **I**, 79, 516, 566, **II**, 463.
Vectigalis (société), **II**, 470.
Velléien (sénatus-consulte), **II**, 368.
Venditio (en général), **II**, 423.
— bonorum (*V.* Bonorum V.).
— liberi hominis, **I**, 184.
Venia œtatis, **I**, 366.
Vente d'une hérédité, **I**, 746.
Vente en détail, **II**, 990.
Verborum obligatio, **II**, 266.
Vestale, **I**, 27, 30.
Veuve, **II**, 182 (*V.* viduité).
Via (servitude), **I**, 526.
Vicaires du préfet du prétoire, **I**, 171.
Viduité (délais de), **I**, 266.
Vindiciæ, **II**, 112, 660.
Vindicta (affranchissement), **I**, 206.
Vocatio in jus, **II**, 654, 688.
Voies de nullité des jugements, **II**, 976.
— de rescision des jugements, **II**, 978.
Vote, **I**, 55.
Vulgate, **I**, 139.
Vulgo quæsiti ou conçepti (liberi), **I**, 204, 277, **II**, 66, 631, 774.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F.

FIN DE LA TABLE ALPHABÉTIQUE

Sceaux. — Imp. Charaire et fils

EN VENTE A LA MÊME LIBRAIRIE

DU MÊME AUTEUR

ÉTUDE DU DROIT ROMAIN SIMPLIFIÉE. Tableaux synoptiques du droit romain. Préparation facile et rapide des matières exigées pour la partie romaine du premier examen du baccalauréat et pour le premier examen de licence. Explication complète des Institutes de Justinien, conforme à l'enseignement de la faculté de droit de Paris. 1876, in-fol., cartonné. . . . . 15 fr. »

FIORE (Pasquale), professeur de droit des gens à l'Université de Turin. — Droit international privé ou Principes pour résoudre les conflits entre les législations diverses en matière de droit civil et commercial, traduit de l'italien, annoté et suivi d'un appendice de l'auteur, comprenant le dernier état de la législation et de la jurisprudence, par Pradier-Fodéré, directeur et professeur à l'École des sciences politiques et administratives de Lima (Pérou). 1875, 2 vol. in-8. 10 fr. »

GLASSON (E. D.), professeur à la Faculté de droit de Paris. — Éléments du droit français considéré dans ses rapports avec la morale et l'économie politique. 1875, 2 vol. in-18. . . . . 8 fr. »

LABOULAYE (Ed.), membre de l'Institut, professeur de législation comparée au Collège de France. — D. Justiniani Institutionum, lib. IV. 1872, in-32. . . . . 2 fr. »

Flores juris antejustinianei (*Gaius, Ulpianus, Fragmenta Vaticana, de Jure fisci*). 1839, in-32. . . . . 2 fr. 50

LAROMBIÈRE (L.), conseiller à la Cour d'appel de Paris. — Théorie et pratique des Obligations ou Commentaire des titres III et IV, livre III du Code Napoléon, art. 1101 à 1386. 1857-58, 5 vol. in-8. 40 fr. »

METZ-NOBLAT. Lois économiques. Résumé d'un cours d'économie politique fait à la Faculté de droit de Nancy. — 2e édition. 1880, 1 vol. in-12. . . . . 5 fr. »

PELLAT (C.-A.), membre de l'Institut, doyen de la Faculté de droit de Paris. — Textes choisis des Pandectes, traduits et commentés, 1860, in-8 . . . . . 6 fr. »

RICHARD-MAISONNEUVE (Th.), docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris. — Répétitions écrites sur le droit pénal et l'instruction criminelle, conformes au programme de l'enseignement officiel, à l'usage des étudiants de deuxième année. — 3e édition, augmentée. 1876, in-8. . . . . 5 fr. »

RODIÈRE (A.), professeur de la Faculté de droit de Toulouse. — Cours de compétence et de procédure en matière civile. — 5e édition, revue corrigée et augmentée. 1878, 2 vol. in-8. . . . . 16 fr. »

VERNET (P.), agrégé de la Faculté de droit de Paris. — Textes choisis sur la théorie des Obligations en droit romain. — Conférence pour le doctorat professé dans le second semestre de l'année scolaire 1863-1864, à la Faculté de droit de Paris. 1865, in-8. . . . . 4 fr. »

VILLEY (Edm.), professeur agrégé à la Faculté de Caen. — Précis d'un cours de droit criminel, comprenant : l'explication du Code pénal (partie générale), du Code d'instruction criminelle en entier et des lois qui les ont modifiés, jusques et y compris l'année 1879. — 2e édition. 1880, 1 vol. in-8. . . . . 8 »

Sceaux. — Imprimerie Charaire et fils.