

PUBLICATIONS  
du  
CENTRE d'HISTOIRE INSTITUTIONNELLE et ÉCONOMIQUE  
de l'ANTIQUITÉ ROMAINE  
Série Mémoires et Travaux, n° 1

---

# HISTOIRE des OBLIGATIONS

## LE DROIT ROMAIN

par

Jean MACQUERON

*Professeur Honoraire à la Faculté de Droit de  
l'Université d'Aix-Marseille*

HOMMAGE  
DE L'AUTEUR



AIX-EN-PROVENCE  
Faculté de Droit et de Science Politique  
1971

Xe 112

PUBLICATIONS  
du  
CENTRE D'HISTOIRE INSTITUTIONNELLE et ÉCONOMIQUE  
de L'ANTIQUITÉ ROMAINE  
Série Mémoires et Travaux, n° 1

---

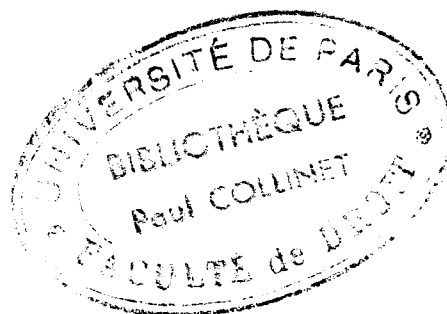
# HISTOIRE des OBLIGATIONS

## LE DROIT ROMAIN

par

Jean MACQUERON

*Professeur Honoraire à la Faculté de Droit de  
l'Université d'Aix-Marseille*



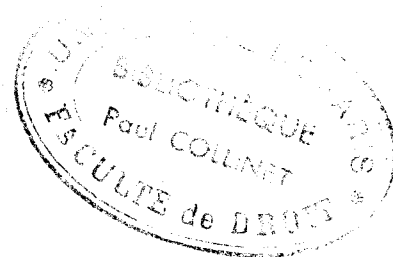
AIX-EN-PROVENCE  
Faculté de Droit et de Science Politique  
**1971**

°°° Confus de ne pouvoir satisfaire nos collègues et amis de tous les pays qui régulièrement nous demandent de leur procurer le "polycopié" d'Histoire des Obligations en Droit Romain de notre maître Jean Macqueron, et ne voulant à aucun prix prêter notre exemplaire personnel (on ne nous le restituerait bien entendu jamais) nous avons décidé d'en assurer une plus large diffusion.

C'était bien entendu charger l'éminent auteur d'un travail considérable de refonte et mise à jour, mais soucieux avant tout de respecter ses principes d'honnêteté scientifique et de dévouement aux étudiants, le Maître s'est vaillamment mis au travail et, c'était prévisible, nous a remis un manuscrit n'ayant souvent qu'une très vague parenté avec le "modèle 52 modifié 56".

Nous n'avons avec lui qu'un seul désir, que ce cours, limpide et complet, donne à de nombreux étudiants le goût du Droit Romain, dont l'étude n'est pour nous pas un signe d'appartenance à une élite culturelle, mais un moyen de comprendre la vie de l'homme vivant en société.

C.H.I.E.D.A.R.



## I N T R O D U C T I O N

### LA NOTION D'OBLIGATION ET SES ORIGINES

#### §1 - DEFINITION DE L'OBLIGATION

Gaius, dans ses Institutes, ne fournit aucune définition et au II.14 se contente de faire savoir que les obligations sont des "choses incorporelles" qui peuvent figurer dans le patrimoine.

Les Institutes de Justinien par contre (III.13 pr) donnent de l'obligation une définition célèbre, souvent reproduite dans les manuels ou traités de Droit Civil, tant en France qu'à l'étranger : "*obligatio est juris vinculum quo necessitate astringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura*" = "l'obligation est un lien de droit par lequel nous sommes astreints à la nécessité (1) de payer quelque chose, conformément au droit de notre cité".

Le fait que cette définition ne se rencontre pas dans les Institutes de Gaius, modèle ordinaire de Justinien, pose un problème : les compilateurs ont-ils emprunté cette phrase à un autre ouvrage classique (2) ou à quelque ouvrage de Basse-Epoque ? (3).

A notre sens, la phrase *secundum nostrae civitatis jura* révèle la main d'un auteur classique : dans la langue classique cela signifiait que les rapports sanctionnés par le Droit Prétorien ne méritaient pas le nom d'"obligation", et qu'il n'y avait d'obligation que là où existait une sanction établie par le *jus civile*. Cette façon de comprendre l'obligation ne correspond pas à la conception des compilateurs : ils ont reproduit ces mots, mais en leur donnant un autre sens : le "droit de la cité" n'était plus pour eux le *jus civile*, mais tout le droit positif en vigueur, sans distinction entre le *jus civile* et *jus praetorium*.

On a par ailleurs reproché à cette définition d'être incomplète. En effet elle n'envisage l'obligation que du côté du débiteur "astreint à la nécessité ...", mais elle ne dit pas au profit de qui fonctionne cette

---

(1) Sur le sens de *necessitate obligari*, cf. MAYER-MALY, ZSS 23.1966, p. 47 s

(2) FERRINI : opere II, p. 385, propose comme origine : Res Cottidianae de Gaius + Institutes de Florentinus.

(3) G. SEGRE : Mel. Bonfante III, p. 525.

contrainte. De plus, elle laisse dans le vague l'objet de l'obligation : le mot *solvere* est, comme nous le verrons, assez mal choisi.

Cette définition mérite malgré tout d'être retenue. Si nous nous abstenons d'épiloguer sur le sens que certains de ses termes a pu avoir à l'époque classique, si nous l'entendons comme les compilateurs l'entendaient, elle rend assez bien compte de la notion d'obligation, telle qu'elle était dans le dernier état du Droit Romain, et telle qu'elle est encore dans nos législations modernes.

Cette définition fait apparaître les trois éléments essentiels qui caractérisent l'obligation : *vinculum juris*, *necessitas*, prestation.

#### A/ *Vinculum juris* :

##### 1°) L'obligation est un "lien de droit"

qui relie deux personnes, restreignant la liberté d'action de l'une au profit de l'autre. Toute obligation suppose un sujet passif - une personne liée - le débiteur, le *reus debendi*; mais aussi (quoique le texte de Justinien le laisse simplement supposer) - un sujet actif, un bénéficiaire, le créancier, le *creditor*.

L'obligation s'oppose ainsi nettement aux droits réels : tandis que le droit réel s'exerce directement sur la chose, le droit de créance s'exerce sur la personne du débiteur : c'est par l'intermédiaire de son activité que le créancier obtient la chose due.

De nombreuses conséquences découlent de cette idée que l'obligation est un lien entre deux personnes déterminées :

- a) Tandis que le droit réel procure à son titulaire une jouissance immédiate, le droit de créance ne procure au créancier la prestation désirée qu'après une certaine activité du débiteur et seulement s'il l'accomplit. L'obligation repose sur l'idée de confiance faite au débiteur : c'est la forme juridique du crédit; les mots *creditor*, *credere* sont à cet égard significatifs : *credere* signifie "croire, faire confiance" (étymologie : *cor dare* = donner son cœur ?).
- b) Tandis que le droit réel est durable, le droit de créance est fait pour s'éteindre : son but est d'obtenir du débiteur l'exécution de ses engagements et lorsqu'il exécute, il "se libère", le lien se dénoue.
- c) Le titulaire d'un droit réel peut "suivre" la chose en quelque main qu'elle passe (droit de suite). Son droit est opposable à tous ceux qui ont obtenu sur la chose des droits postérieurs aux siens (droit de préférence). Le créancier, par contre, n'ayant qu'un droit sur la personne de son débiteur, n'a ni droit de suite, ni droit de préférence, pas plus à l'égard de la chose due qu'à l'égard des éléments que le débiteur fait

sortir de son patrimoine, fût-ce postérieurement à la naissance de la dette (1).

2°) Quelle est la nature de ce lien ?

a) Il est fort possible que primitivement ce lien se soit présenté sous la forme matérielle de chaînes dont le corps du débiteur se trouvait chargé. La terminologie employée en matière d'obligations contient quantité d'allusions à des chaînes : le débiteur qui paie est dit : *solutus liberatus* = délié, libéré; le mot *obligare* lui-même éveille l'idée de chaînes (*li-gare ob* = enchaîner pour). Avant d'être pris dans un sens figuré, ces mots ont bien pu correspondre à une réalité concrète.

Mais à l'époque historique les chaînes n'apparaissent plus qu'avec la mise en oeuvre des voies d'exécution, la *Manus injectio*, contre le débiteur qui ne paie pas. Le débiteur n'est pas chargé de fers par le seul fait qu'il a contracté une obligation. Chez les peuples civilisés, l'obligation n'est pas un lien physique, mais comme le dit fort bien Justinien un lien simplement juridique : un *vinculum juris*.

b) Ce lien ne fait naître au profit du créancier aucune puissance sur la personne du débiteur. Les Romains ont connu plusieurs types de puissances : puissance dominicale, puissance paternelle, *manus, mancipium* : toutes ces puissances ont pour résultat d'affecter entièrement le statut des personnes qui s'y trouvent soumises : elles déterminent de façon stable et durable leur condition et affectent toute leur activité juridique. La situation du débiteur est toute différente : l'obligation ne modifie pas son statut. Elle porte atteinte sans doute à sa liberté d'action, en ce sens qu'elle le contraint à déployer une certaine activité au profit du créancier, mais cette atteinte est temporaire et limitée à un acte déterminé.

B/ Necessitas /

Avec cette idée de contrainte qui pèse sur la volonté du débiteur, nous arrivons au deuxième élément de l'obligation : la *necessitas*. C'est un élément tout à fait essentiel : il n'y a d'obligation que si le débiteur peut être contraint d'exécuter - en cas de besoin contre son gré (*invito*, comme le dit Modestin D. 50.16 - 108).

---

(1) Nous verrons cependant, en étudiant la *Fraus Creditorum*, que le créancier peut faire rentrer dans le patrimoine du débiteur les éléments que celui-ci en a fait sortir frauduleusement. D'autre part il arrive parfois que le créancier soit muni d'un droit de suite et d'un droit de préférence relativement à certains biens de son débiteur : mais c'est précisément parce que dans ces hypothèses le créancier est nanti, en vertu de la loi ou d'une convention, d'un droit réel (sûreté réelle, hypothèque), qui garantit l'obligation.

Ce n'est pas une contrainte de fait, mais une contrainte juridique, résultant d'une sanction que le créancier trouve dans les dispositions du droit positif (*secundum nostrae civitatis jura*) : au temps de Justinien peu importe que cette sanction découle du *jus civile* ou du droit prétorien. Elle se présente sous la forme d'une action en justice, une action *in personam*, variable selon les différentes sortes d'obligations, et que le créancier intente contre le débiteur si celui-ci ne s'exécute pas : ordinairement le créancier qui gagne son procès n'obtient pas pour cela ce qui lui est dû mais des dommages intérêts. Il ne peut espérer l'exécution que s'il s'agit d'une action dite "arbitraire".

Il existe des obligations qu'aucune action en justice ne sanctionne : ce sont les obligations naturelles. Chez elles, l'élément contrainte que nous avons présenté comme essentiel, fait défaut. Mais ce ne sont pas, à proprement parler, des obligations : c'est assez tardivement que les juristes ont songé à employer à leur propos les mots *debitum*, *debere*, *obligatio* : encore reconnaissent-ils volontiers le caractère "abusif" de cette terminologie (1).

#### C/ La prestation :

Enfin ce lien que le droit sanctionne est établi en vue de procurer une prestation au créancier. Toute obligation a nécessairement un objet.

Sur ce point, la définition qui figure dans les Institutes de Justinien est peu satisfaisante : *alicujus solvendae rei* : au pied de la lettre cela signifie que le débiteur se trouve dans la nécessité de "se libérer". Dire que le débiteur doit exécuter, ce n'est pas donner une définition, mais c'est bien commettre une tautologie. A moins qu'on entende *solvere* dans son sens étroit de "payer". C'est alors restreindre singulièrement la notion d'obligation aux seuls rapports de droit qui contraignent le débiteur à fournir des choses susceptibles de faire l'objet d'un paiement au sens étroit du mot (argent, choses certaines). Or l'obligation peut avoir pour objet des services, une abstention, etc ...

---

(1) JULIEN D.46.1 - 16§ 4 : "*nam licet minus proprie debere dicantur ... per abusionem intelligi possunt debitores et qui ...*"

ULPIEN D. 15.1 - 41 : "*sed cum eo verbo (deberi) abutimur ...*"

A l'époque classique l'obligation dépourvue de sanction n'est pas une véritable obligation. Par contre dans le droit de Justinien les obligations naturelles occupent une assez grande place; aussi paraît-il singulier que les compilateurs aient conservé une définition de l'obligation qui, en insistant sur la sanction, semble exclure les obligations naturelles. C'est encore un indice qui nous conduit à penser que cette définition n'a pas été inventée par eux ou par des juristes de Basse époque.

A cet égard, bien plus satisfaisante est la définition insérée au Digeste sous le nom de Paul (D. 44.7-3). Paul, comparant l'obligation aux droits réels (propriété et servitudes) vient à dire : "Ce qui fait l'essence des obligations, ce n'est pas de rendre nôtre une chose corporelle ou une servitude, mais de contraindre quelqu'un envers nous à *dare aliquid* ou à *facere aliquid*, ou à *praestare aliquid*. Le jurisconsulte envisage trois sortes de comportements qui peuvent être exigés du débiteur :

- 1) *Dare* = transférer au créancier la propriété d'une chose corporelle.
- 2) *Facere* = faire quelque chose (par exemple un travail d'artisan); au *facere* les jurisconsultes assimilent le *non facere* : l'abstention (par exemple on s'engage à ne pas ouvrir une boutique dans un certain périmètre).
- 3) *Praestare* = livrer au créancier une chose corporelle sans lui en transférer la propriété. Cela signifie aussi assumer une certaine responsabilité (par exemple : *praestare culpam* = répondre du préjudice que l'on pourrait causer par sa faute).

Nous reviendrons sur cette classification quand nous parlerons de l'objet de l'obligation.

L'obligation se trouve ainsi définie d'une façon assez large - peut-être même trop large. Il existe en effet des cas où nous sommes contraints juridiquement à *facere* ou à *non facere* sans qu'il s'agisse d'une obligation. Ainsi le devoir de fidélité entre époux comporte un *non facere* et pourtant nul ne songera à y voir une "obligation" au sens technique du mot.

Ce qui distingue l'obligation de tout autre devoir juridiquement sanctionné, c'est le fait que le comportement exigé du débiteur constitue pour le créancier un avantage de caractère patrimonial. Envisagée du côté actif, l'obligation prend dans notre langage moderne le nom de "créance"; les créances figurent dans le patrimoine du créancier : ce sont des biens.

En tenant compte des critiques que nous venons d'adresser au texte des Institutes, l'obligation peut se définir, en Droit Romain, de la façon suivante : c'est un lien de droit entre personnes déterminées, lien en vertu duquel l'une est juridiquement contrainte d'avoir un certain comportement qui procure à l'autre un avantage de caractère patrimonial.

Cette façon de comprendre l'obligation que nous trouvons dans le Droit Romain de la Basse-Epoque, est encore celle de nos législations actuelles : c'est le point d'aboutissement d'une longue évolution, dont nous allons brièvement indiquer les étapes.



## § 2 : ORIGINE DE LA NOTION D'OBLIGATION

Toute recherche concernant l'origine d'une institution romaine comporte de grosses difficultés, parce qu'elle nous reporte à une époque sur laquelle les témoignages directs font défaut. On en est réduit à procéder par déductions, à interpréter des vestiges qui subsistent à l'époque historique : on ne peut guère aboutir qu'à des hypothèses. Nous allons d'abord exposer une hypothèse célèbre, qui nous paraît très hasardeuse.

### A/ Théorie de ..... :

#### Exposé de cette doctrine :

Dans le courant du XIX<sup>e</sup> s., des civilistes allemands, sans s'occuper de l'histoire et de l'origine des obligations, procédèrent, d'un point de vue purement doctrinal, à une analyse subtile et nouvelle de la notion d'obligation en Droit Moderne (Brinz 1874).

Ces auteurs sont parvenus à distinguer dans l'obligation deux éléments essentiels : faute de termes équivalents dans notre langue, nous les désignerons sous leur nom allemand :

- 1) C'est d'une part *Schuld* = la satisfaction due par le débiteur, ce à quoi le créancier peut prétendre : c'est si l'on veut, ce que nous pourrions appeler le "devoir".
- 2) L'obligation comporte par ailleurs une *Haftung* = le pouvoir de maîtrise que le créancier exerce sur le débiteur; la contrainte dont il dispose : c'est, si l'on veut, l'"engagement" qui pèse sur le débiteur.

De nos jours, ces deux éléments de l'obligation sont ordinairement inséparables : l'"engagement" sanctionne le "devoir" : le débiteur, qui "doit", est en même temps la personne exposée aux rigueurs de l'"engagement". On peut cependant signaler dans nos législations modernes des hypothèses où ces éléments sont distincts : ainsi dans l'obligation naturelle, il y a un "devoir" sans "engagement" - ou bien encore lorsqu'un tiers exécute à la place du débiteur, celui-ci est libéré; l'"engagement" du débiteur s'éteint bien que le "devoir" ait été rempli par un autre (1).

Les partisans de cette doctrine lui donnèrent bientôt une portée historique. Ils prétendirent que dans les législations primitives, les deux éléments qui, de nos jours, se trouvent réunis dans l'obligation, étaient alors parfaitement distincts et même séparés, à tel point que l'individu qui avait à remplir un "devoir" n'était pas celui qui était exposé à la contrainte : l'un était le garant responsable du devoir dont l'exécution incombait à l'autre. En ce qui concerne l'origine des obligations en Droit

---

(1) Sur les applications au Droit Moderne : POPA, thèse Paris 1935 : "Les notions de *Schuld* et *Haftung* et leur application en Droit Français Moderne".

Romain, ce point de vue a été soutenu non seulement en Allemagne (Mitteis) mais aussi en Belgique (Cornil) et en Italie (Marchi) (1).

### Ses arguments :

Ces auteurs partent de ce principe que les obligations délictuelles ont précédé les obligations contractuelles. A l'origine, disent-ils, les rapports d'affaires étaient rares, et se faisaient au comptant : il n'y avait pas de contrat : mais on commettait déjà des délits. On en était alors au régime de la vengeance privée, tempérée par le système des compositions volontaires. Or, prétend-on, pareil régime aboutit inévitablement à la distinction de *Schuld* et *Haftung*. Dans le système de la vengeance privée, l'effet direct du délit est de placer le délinquant dans un état d'"engagement" à l'égard de la victime : le corps et la vie du coupable sont à la merci de l'offensé, qui a le droit de se venger. Il y a bien un "engagement" mais pas de "devoir", pas de dette. Le "devoir" apparaît si le coupable, pour éviter la vengeance, offre une rançon. Lorsque les parties tombent d'accord sur une composition volontaire, la victime devient créancière de la rançon convenue. Mais le devoir et l'engagement restent distincts : tant que la rançon n'est pas payée, l'offensé continue à tenir le coupable à sa merci et conserve sur lui l'"engagement". Cet engagement est l'effet direct du délit (droit à la vengeance) - tandis que la dette découle d'un accord (composition), qui par lui-même n'engendre aucune contrainte. Enfin quand le délinquant ne payait pas immédiatement sa rançon, il obtenait sa mise en liberté en fournissant un otage (un parent, un ami) qui le remplaçait dans la prison du créancier en attendant que la rançon fût complètement payée. La dette (rançon) était bien mise à la charge du délinquant, mais l'engagement (l'emprisonnement) était supporté par l'otage : le "débitteur" n'était pas l'"engagé".

### Evolution du Droit d'après cette doctrine

Un premier progrès consista à substituer des garants aux otages : la victime du délit, au lieu de se faire immédiatement livrer des otages, se contente d'obtenir l'engagement de répondants, éventuellement exposés à subir la main-mise, si le coupable ne payait pas la rançon convenue.

Lorsque les progrès de la vie économique firent apparaître des contrats concernant des rapports d'affaires, ces contrats s'organisèrent sur les mêmes principes : le débiteur ne s'engageait pas lui-même, mais offrait

---

(1) Pour l'exposé et la critique de cette doctrine : MAILLET, thèse Aix 1944 : "La théorie de *Schuld* et *Haftung* en Droit Romain".

La distinction "devoir-engagement" utilisée par de nombreux auteurs (Monier) est énergiquement repoussée par PASTORI : *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*. Milano 1951.

des garants : ceux-ci subissaient la main-mise du créancier, si le débiteur manquait de parole.

Un dernier progrès du droit consista à permettre au débiteur de se porter lui-même son propre garant, de s'exposer lui-même aux rigueurs de la main-mise s'il n'exécutait pas. On est alors très près de la conception moderne de l'obligation : le même acte engendre à la fois la dette et l'engagement et les fait peser sur la même tête.

Pour les obligations délictuelles, ce progrès fut réalisé dès le jour où le législateur, substituant au vieux système de la vengeance celui des compositions légales et obligatoires, se mit à fixer, pour différents délits privés, des peines pécuniaires. Dès lors le même fait, - le délit - fit naître à la fois une dette d'argent ayant pour objet la peine légale - et un procédé de contrainte (l'action pénale). Le même individu, - le délinquant - devait la *poena* et subissait la contrainte en cas d'inexécution.

Les obligations contractuelles ne tardèrent pas à bénéficier de la même évolution : on imagina des actes juridiques qui mettaient à la charge du débiteur lui-même, à la fois la dette et l'engagement. Mais on prétend que jusqu'à une époque tardive, le Droit Romain conserva des vestiges du système primitif, dans lequel le débiteur n'était pas celui qui supportait la contrainte : on prétend que dans le cas des *vades*, des *praedes*, le créancier n'avait de recours, encore à l'époque historique, que contre les garants offerts par le débiteur.

Enfin, le romaniste Cornil a soutenu que les Romains avaient tellement conscience de la différence entre le devoir et l'engagement, qu'ils forgèrent deux mots pour désigner ces deux choses : le mot *debitum* exprime l'idée de dette, sans y faire entrer celle de contrainte, tandis que les mots *obligare*, *obligatio* correspondent à la notion d'engagement, de garantie : à tel point qu'en Latin, si l'on dit qu'une personne est obligée, on peut dire aussi d'une chose donnée en garantie d'une dette, qu'elle est *obligata*.

#### Critique de cette doctrine

Que faut-il penser de cette hypothèse, assez récente, puisque les romanistes n'en avaient nulle idée avant que les civilistes allemands aient imaginé la distinction entre *Schuld* et *Haftung* en Droit moderne ?

Il est parfois commode, même pour les romanistes, de considérer dans l'obligation tantôt son aspect de "devoir", tantôt son aspect de "contrainte" : mais n'oublions pas que cette distinction était tout-à-fait ignorée des jurisconsultes romains. Quant à la description du très vieux Droit Romain proposée par les partisans de cette doctrine, elle est purement imaginaire et ne repose sur aucun indice sérieux : elle paraît même en contradiction avec certaines données assez sûres.

Les auteurs qui ont essayé d'introduire en Droit Romain la théorie de *Schuld* et *Haftung* ont commis une erreur capitale qui enlève toute valeur à leur essai de reconstitution historique : ils partent de ce principe que les obligations délictuelles ont précédé les obligations contractuelles : or, tout au moins en Droit Romain, c'est le processus inverse qui a eu lieu. Depuis les travaux de M. de Visscher ("*Les origines de l'obligation ex delicto*" dans R.H.D. 1928, p. 335) il paraît bien prouvé que le système des délits privés s'est développé sur l'idée de composition, en marge des obligations. C'est dans le domaine des contrats que la notion d'obligation est apparue et que s'est élaborée la théorie des obligations : comme nous le verrons plus loin, c'est assez tardivement que les jurisconsultes eurent l'idée d'introduire les délits privés dans l'étude des obligations et de parler d'obligations *ex delicto*.

La notion d'obligation paraît bien avoir été toujours comprise chez les Romains comme un tout indivisible, composé et d'un devoir et d'un engagement, assumés l'un et l'autre par la même personne, le débiteur. Lorsqu'un prétendu débiteur n'est exposé à aucune contrainte, il n'y a pas d'obligation ; il en était ainsi dans le cas de l'antique *vadimonium*. Le défendeur promettait de comparaître en justice : les *vades* s'engageaient à payer une somme d'argent si le défendeur ne comparaisait pas. Contre le défendeur lui-même, il n'y avait aucune sanction s'il ne comparaisait pas. Aucune obligation n'existait à sa charge : ni dette ni engagement. Par contre les *vades* contractaient une obligation complète : obligation de payer une somme d'argent - obligation qui comportait à leur égard à la fois une "dette" et un "engagement".

Tout ce que l'on peut concéder, c'est que les mots *obligatio-obligare*, surtout à l'époque archaïque, aient conservé un sens très proche de leur étymologie et éveillaient bien plus l'idée d'un lien, d'un assujettissement que celle de dette. Ce mot, dans la langue ancienne, était employé dans divers cas d'assujettissements qui n'ont rien de commun avec les obligations à proprement parler : chose donnée en sûreté d'une dette (*rem obligare*), individu coupable d'un délit (ou *noxiae se obligare*), ou qui s'est lié envers les dieux par un vœu (*obligare caput votis*).

Le fait que les vieux Romains aient choisi une telle expression pour désigner l'obligation ne prouve pas qu'à leurs yeux elle ne comportait qu'un engagement indépendant de toute idée de dette : cela indique simplement qu'ils avaient été surtout frappés par l'aspect "contrainte" de l'obligation.

#### B/ L'engagement de la personne et le Nexum :

Avant de parvenir à la notion d'obligation, le vieux Droit Romain a connu divers actes ayant pour effet de placer une personne à la merci d'une autre, soit avec l'intervention de l'autorité publique, soit du consentement de la personne ainsi "engagée".

- Addictio :

En prononçant une *addictio*, le magistrat *duci jubet* : Il autorise une personne à emmener puis à tenir enchaînée chez elle une autre personne (*addictus*). On rencontre cette *addictio* dans la procédure de la *manus injectio*, exercée notamment contre un adversaire déjà jugé (*judicatus*) et qui ne paie pas le montant de la condamnation.

Il est question aussi d'une *addictio* par laquelle le voleur pris en flagrant délit devient *corpus obnoxium*, mis à la disposition de la victime du vol.

- Les praedes :

Les créances de l'Etat étaient garanties par des *praedes* : ces cautions de Droit Public répondaient sur leur personne et sur leurs biens à l'exécution de ce qu'une autre personne devait fournir à l'Etat (exécution d'un marché de Droit Public ou paiement de l'enjeu du *sacramentum* par exemple).

- Le nexum :

Le cas le plus remarquable d'un engagement de la personne, consenti par l'engagé, se rencontre dans cette vieille forme de prêt à intérêt auquel on donne le nom de *nexum*. Cet acte étant tombé en désuétude à la suite d'une loi du IV<sup>e</sup> s. av. J.C. (loi *Poetilia Papiria*), rares sont les textes qui peuvent nous renseigner sur ce qu'il était : quelques passages de Tite-Live (peu sûrs) et de Varron (d'interprétation difficile). Nombreux sont les romanistes qui ont essayé de percer le mystère du *nexum*; des hypothèses très divergentes ont été soutenues (1).

1) Forme du nexum :

Nous donnerons d'abord un aperçu des données à peu près certaines en ce qui concerne la forme de ce vieil acte : c'est un prêt à intérêt, réalisé en recourant à des formalités qui comprenaient l'utilisation de l'airain et de la balance, et d'autre part une déclaration solennelle (*nuncupatio*), faite par celui qui prêtait l'argent.

---

(1) On trouvera dans l'article de NOAILLES R.H.D. 1940 et 1941 la liste impressionnante des ouvrages et articles qui concernent le *nexum*. Depuis l'article de NOAILLES, la liste s'est encore allongée ! (cf. VON LÜBTOW Z.S.S. 1950, p. 112; SCHÖNBAUER : "*Mancipium und Nexum*" dans *Iura*, 1.1950 p. 300; IMBERT : "*Fides et Nexum*" : Studi Aranzio Ruiz 1.1952, pp. 339-363; WESTRUP : "*Sponsio et Nexum*" 1950 et c.r. R.H.D. 1951.

- a) Le *nexum* est un acte *per aes et libram* (témoignage formel de Varron : "*De lingua latina*", 7.105).

Un passage des Institutes de Gaius (III.173) est susceptible de nous renseigner indirectement sur la façon dont s'accomplissait cette formalité. Gaius ne parle pas du *nexum* (qu'il semble ignorer) mais d'une formalité, encore employée de son temps, pour éteindre certaines sortes de dettes : c'est ce qu'il appelle "un paiement fictif par l'airain et la balance". Il nous apprend que le débiteur faisait une déclaration, par laquelle il faisait savoir qu'il se libérait de la dette "en vertu de l'airain et de la balance"; puis, en présence des témoins et du *libripens*, il remettait au créancier un lingot d'airain "en guise de paiement de la dette".

Gaius nous apprend que ce procédé était employé pour se libérer des dettes résultant d'un jugement, et de dettes provenant d'actes *per aes et libram*. Il est peu probable qu'il fasse là allusion au *nexum*; il signale le cas du legs *per damnationem* inscrit dans un testament (acte *per aes et libram*). Mais à l'époque où le *nexum* existait, il est bien évident que c'est ce mode solennel d'extinction des dettes que le *nexus* devait employer pour se libérer : car c'est un principe bien connu du formalisme romain, que les effets qui s'attachent à une formalité ne peuvent s'effacer que par une formalité semblable, mais inverse (ce qu'on appelle un *contrarius actus*). Le *nexus* lié *per aes et libram* devait certainement employer, pour se délier, l'acte *per aes et libram* que Gaius décrit.

Nous pouvons donc reconstituer à peu près sûrement la forme du *nexum*, en utilisant, par symétrie inverse, l'acte de libération. Ce qui nous conduit au résultat suivant : le créancier, en présence de cinq témoins et d'un *libripens*, remettait au débiteur un lingot d'airain et déclarait, en termes solennels, que le débiteur était lié envers lui en vertu de l'airain et de la balance. Dans la *solutio*, c'est le débiteur qui prend la parole : par conséquent, dans l'acte qui sert à lier (dans le *nexum*), c'est le créancier qui prononçait une *nuncupatio*.

- b) Nuncupatio :

Cette déclaration solennelle, dont nous venons d'indiquer les éléments essentiels, ne contenait-elle pas encore autre chose ? Bien des hypothèses sur ce point ont été proposées.

On a parfois prétendu que le créancier disait au débiteur "*damnas esto*" = "sois condamné envers moi". Dans la formule libératoire, que rapporte Gaius, le débiteur dit bien qu'il a été *condemnatus*, mais cette formule concerne le cas particulier qu'envisage Gaius : celui d'une dette résultant d'un jugement; le *judicatus* qui désire se libérer déclare d'abord qu'il a été condamné. Mais rien ne prouve que pour se libérer *per aes et libram*, le débiteur tenu en vertu d'un *nexum* devait dire "*quod damnatus sum*"; par conséquent rien ne prouve qu'à l'inverse, dans le *nexum*, le

créancier prononçait une *damatio* contre le débiteur. Nous admettons volontiers, avec Schönbauer, que le créancier disait : "J'affirme que tu es *nexus* envers moi en vertu de cet airain et de cette balance" (1).

## 2) Nature juridique et effets du *nexum* :

Le *nexum* est-il un contrat générateur d'obligations ? Est-il au contraire un acte créateur d'une puissance, un acte comparable à la mancipation par laquelle on créait le *mancipium* sur les fils de famille ?

Ces deux points de vue ont été soutenus. Ils correspondent à des divergences qui, selon Varron, existaient déjà entre le jurisconsulte Manilius (II<sup>e</sup> s. av. J.C.), qui considérait le *nexum* comme un acte de même nature que la mancipation, et Q. Mucius Scaevola (début du I<sup>e</sup> s. après J.C.) qui y voyait deux actes essentiellement différents.

### a) Système du *nexum*-contrat :

Huschke et Girard pensent que le *nexum* avait des effets absolument différents de ceux de la mancipation. Le *nexum* était un acte solennel organisé en vue de créer des obligations; c'était par conséquent un contrat, la forme ancienne du contrat de prêt à intérêt. C'est pourquoi Girard étudie le *nexum* à propos des contrats solennels.

A l'époque où l'argent monnayé n'existait pas encore, le prêt avait pour objet des lingots d'airain : celui qui consentait le prêt remettait à l'emprunteur, en présence de témoins, des lingots, qu'il faisait peser par le *libripens*. Lorsqu'apparut la monnaie, la pesée des lingots ne fut plus qu'une formalité symbolique : ce que l'on prêtait, c'étaient des pièces de monnaie. Les deniers étaient remis à l'emprunteur, mais ce simple fait matériel, à l'époque ancienne, ne faisait naître aucune obligation. Pour imposer à l'emprunteur l'obligation de restituer, il fallait recourir aux formalités symboliques du *nexum* : on pesait un petit lingot, symbole du prêt.

Cet acte comportait une *nuncupatio* que prononçait le créancier : Girard prétend que le créancier adressait à l'emprunteur les paroles solennelles "*damnas esto*" = "sois condamné envers moi pour telle somme".

---

(1) Mais nous croyons peu vraisemblable le début du discours que Schönbauer fait tenir au créancier : "de ce que tu me dois tant de livres de mon airain (*aeris mei*) ...

Or, ajoutent les partisans de cette doctrine, toute *damnatio* (qu'elle résulte d'un jugement, d'un legs *per damnationem* ou du *nexum*) était sanctionnée par une *manus injectio*. Par conséquent, si l'emprunteur ne remboursait pas au jour convenu, le créancier n'avait pas besoin d'obtenir un jugement : la *damnatio* qui pesait sur le débiteur en vertu du *nexum* autorisait le créancier à saisir son débiteur, sans jugement préalable. Les malheureux *nexi* que Tite-Live nous montre jetés dans l'ergastule, exposés aux mauvais traitements de leurs créanciers, seraient donc tout simplement des emprunteurs qui subissaient les rigueurs bien connues de la *manus injectio* pour n'avoir pas payé leur dette en temps voulu.

Ce système qui a joui pendant un temps d'un grand succès, est actuellement à peu près abandonné. L'hypothèse selon laquelle le *nexum* aurait été sanctionné au moyen de la *manus injectio* est indéfendable. Rien n'autorise à croire que la *nuncupatio* comportait les mots *damnas esto*. C'est une hypothèse toute gratuite de prétendre que toute *damnatio* entraînait une *manus injectio*. La loi des XII Tables paraît n'avoir prévu cette voie d'exécution que dans deux cas : celui de l'*aes judicatum* et celui de l'*aes confessum* : jugement et aveu *in jure*. Il n'est nulle part question d'une *manus injectio* pour l'*aes nexum*.

b) Système du *nexum*-mancipation :

Mittels, Lenel soutiennent que le *nexum* n'est pas, par nature, différent de la mancipation. Son effet ne serait pas de faire naître des obligations, mais de créer une puissance, une sorte de droit réel sur la personne du *nexus*. Le lingot d'airain qui figure dans cet acte ne serait aucunement l'objet (véritable ou symbolique) d'un prêt, mais aurait, dans le *nexum* le même rôle qu'on lui connaît dans la mancipation : élément d'une formalité dont l'effet est de transférer des droits réels ou de créer une puissance au profit de celui qui apporte l'airain.

Cette doctrine a été exposée sous sa forme la plus caractéristique par Lenel : elle s'associe à la théorie de *Schuld* et *Haftung* : Lenel voit dans le *nexum* un acte juridique destiné à créer un engagement (*Haftung*) en vue de garantir la dette (*Schuld*) résultant de prêt et qui serait par elle-même dépourvue de sanction.

D'après cette doctrine, le *nexum* aurait été utilisé primitivement dans les arrangements entre délinquants et victimes de délits. Le délinquant offrait un parent, un ami comme otage pour garantir le paiement de la rançon convenue; il le faisait passer, au moyen du *nexum*, entre les mains de la victime qui emmenait le *nexus*-otage dans sa prison privée.

Puis on admit que le débiteur pouvait se porter son propre garant. Au moyen des formalités du *nexum*, il offrait en garantie de la dette son propre corps (1). Le débiteur-*nexus* n'était pas immédiatement enchaîné;

---

(1) Les partisans de cette doctrine ne sont pas d'accord sur l'objet de cette sorte de mancipation : pour les uns, le débiteur donne en gage son corps



le *nexum* le plaçait sous la puissance du créancier, de la même façon que la mancipation place *in mancipio* le fils de famille que son père a mancipié à autrui; le *nexus* était à la disposition - à la merci - du créancier.

Le créancier exerçait cette puissance sans avoir besoin de recourir à une procédure : un maître pour imposer un travail à son esclave ou à un fils *in mancipio*, ou pour les punir, n'a nul besoin d'intenter une action, ou de mettre en oeuvre une voie d'exécution : il lui suffit d'user de sa puissance. De même le créancier pouvait, sans procès ni procédure, s'emparer du *nexus* quand bon lui semblait.

Cette doctrine soulève de graves objections (1) : il est certainement inexact que le *nexum* ait eu pour effet de placer le *nexus* sous la puissance du créancier, à la façon d'un fils *in mancipio* : le *mancipium* fait subir une *capitis deminutio*; le *nexus* n'est pas *capite minutus*.

c) Le *nexum* -  
ni contrat, ni mancipation :

Soumettant les textes à un examen minutieux, Noailles a apporté dans ce débat un jour assez nouveau (Rev. Hist. du Droit 1940 et 1941). Il nous apprend d'abord que les romanistes ont commis un abus de langage en donnant le nom de *nexum* à l'acte juridique en question. Dans les textes anciens, le mot *nexum* n'est pas employé comme substantif, mais comme adjectif verbal, dérivé du verbe *nectere* = lier. Les vieux auteurs disent que le débiteur est *nexus*, que l'airain prêté est *aes nexum*, mais ils n'emploient pas le mot *nexum* pour désigner l'acte *per aes et libram* qui fait du débiteur un *nexus*.

Selon Noailles, cet acte *per aes et libram* servait du moins à l'origine à réaliser le prêt : l'airain pesé était primitivement remis à l'emprunteur, comme objet du prêt. La *nuncupatio* du créancier précisait le sens de l'acte : il déclarait que l'airain ne devenait pas la propriété de l'emprunteur. A l'appui de cette hypothèse, Noailles fait remarquer qu'en Latin classique, une dette s'appelle encore *aes alienum*, ce qui, au pied de la lettre, signifie "airain d'autrui" (2). Il était donc

---

... (Lenel, Luzzatto), pour les autres, le débiteur met seulement son activité à la disposition du créancier, il mancipe ses *operae* (PFLÜGER), ce qui paraît plus conforme aux textes anciens.

(1) LEVY-BRÜHL : "*Nexum* et Mancipation" (Problèmes de l'ancien Droit Romain, 1934) - SCHÖNBAUER ("Iura" 1950) n'admet pas non plus l'hypothèse d'une auto-mancipation.

(2) L'explication de NOAILLES sur ce point est très discutable. SCHÖNBAUER fait remarquer à juste titre que l'emprunteur a besoin d'obtenir la propriété de l'airain pour pouvoir en user. L'*aes alienum* pourrait bien être le petit lingot, employé symboliquement et remis à l'emprunteur pour qu'il le conserve jusqu'au jour du paiement, sans en devenir le propriétaire.

clairement stipulé que la personne à qui l'on remettait l'airain ne le recevait pas à titre définitif, mais pour le restituer. La *nuncupatio* fixait probablement aussi un terme pour le remboursement et déterminait les intérêts.

Le créancier ajoutait enfin "que cet homme soit *nexus* envers moi en vertu de cet airain et de cette balance". Cette déclaration plaçait le *nexus* dans une situation voisine de l'esclavage. Comme le dit Varron, le *nexus* offrait *suas operas in servitute*. L'effet du *nexum* est très différent de celui d'une mancipation : l'homme libre mancipé est *in mancipio*, soumis à une puissance qui entraîne pour lui une *capitis deminutio*. Aucune puissance n'est établie sur la personne du *nexus*, mais ses biens et son activité (*operae*) sont mis à la disposition du créancier. Il est dans une situation voisine de l'esclavage, bien que son *status* ne soit pas affecté et qu'il reste un *homo liber*.

Le créancier pouvait à tout moment se prévaloir de ce droit : tant que le débiteur remplissait ses engagements, il y avait intérêt à le laisser en liberté pour profiter de son activité libre. Mais s'il ne payait pas sa dette, le créancier s'emparait d'abord de ses biens (comme l'indique Tite-Live), puis faisait main-mise sur son corps. Noailles suppose que cette main-mise, sans être une *manus injectio*, se réalisait par des procédés analogues. Il pense qu'elle nécessitait une *addictio* du magistrat.

Le *nexum* qui, à l'origine, avait servi à réaliser un prêt d'airain, a pu dans la suite être employé comme acte symbolique, un prêt fictif, toutes les fois qu'on désirait faire d'un individu un *nexus*, pour garantir une dette quelconque : le *nexum* a pu garantir le paiement de la composition volontaire, qui, en vertu de la Loi des XII Tables, était restée en usage pour certains délits : (cas du voleur pris en flagrant délit, cas du *membrum ruptum*).

Ainsi présenté l'acte *per aes et libram* que nous appelons *nexum* n'est ni un contrat ni une sorte de mancipation. Ce n'est pas une mancipation, aucune puissance comparable au *mancipium* n'est établie sur le *nexus*. Mais ce n'est pas non plus un contrat : un contrat n'a d'autre effet que de faire naître une obligation à la charge du débiteur, sans modifier pour cela sa condition juridique. Le *nexum* produit un effet tout différent, il place le *nexus* dans une condition voisine de la servitude.

L'hypothèse de Noailles rend compte de particularités qui paraissent inconciliables tant qu'on voulait voir dans le *nexum* soit un contrat, soit une sorte de mancipation. Mais cette hypothèse se heurte finalement aux mêmes objections que celle de Girard : Noailles suppose pour l'exécution contre le *nexus* l'emploi d'une sorte de *manus injectio* : les textes n'en parlent jamais. Au surplus, la situation du *nexus* ne ressemble pas à celle de l'individu qui a subi la *manus injectio* : il n'est jamais question de vendre le *nexus* comme esclave *trans Tiberim*.

M. Imbert a proposé une autre hypothèse, dont le point de départ est un passage de Tite-Live (8.28) où, à propos du vote de la loi *Poetelia Papiria*, l'historien parle de l'*ingens vinculum fidei* qui résultait du *nexum* : le *nexum* établissait un lien très fort, fondé sur la *fides*. Selon M. Imbert, le *nexum* devait contenir une formalité par laquelle l'emprunteur acceptait de se placer sous la *fides* du créancier et donnait ainsi sa personne en garantie de la créance en se soumettant au bon vouloir du créancier tant que la dette n'était pas payée. Pour *venire in fidem* un geste très simple pouvait suffire : sans doute l'emprunteur offrait-il au créancier sa main droite, siège de la *fides*, selon la croyance des Romains. L'avantage de cette hypothèse est de rendre inutile l'emploi d'une *manus injectio* : le créancier qui tient le *nexus* à sa merci n'a pas besoin d'une procédure particulière pour s'emparer de sa personne et le faire travailler à son profit comme esclave.

L'hypothèse est ingénieuse, mais le *nexum* n'est traité de *vinculum fidei* que dans un seul passage de Tite-Live, qui a bien pu employer cette expression pour en tirer un effet oratoire, et sans lui attacher une signification juridique aussi précise. Tout ce qu'on peut affirmer, c'est que le *nexum*, sans faire naître une obligation à proprement parler, procure à celui qui a prêté l'argent une sorte de droit de gage sur la personne de l'emprunteur.

### 3) Les destinées du *nexum* :

Une loi du V<sup>o</sup> s. de Rome, sans abolir le *nexum*, le fit rapidement tomber en désuétude.

#### Les deux dispositions de la loi *Poetelia Papiria* :

La loi *Poetelia Papiria* (IV<sup>o</sup> s. av. J.C.), votée dans l'intérêt de la plèbe, apporta des adoucissements au sort des *nexi*. Cette loi contenait deux sortes de dispositions :

a. En ce qui concerne les personnes  
qui se trouvaient dans une prison privée  
(*in nervo et compedibus*) au moment du vote de la loi,

Il était décidé qu'on devait les relâcher sous certaines conditions. La loi distinguait ceux qui étaient emprisonnés pour une *pecunia credita* (à la suite d'un prêt) et ceux qui *noxam meruissent*, c'est-à-dire qui avaient commis un délit (1) : les premiers, pour être relâchés, de-

---

(1) Selon M. DE VISSCHER (Mel. Fournier 1929, p. 755 et Etudes p. 315) il s'agirait de délinquants qui, en garantie d'une composition volontaire, avaient consenti à devenir *nexi* au profit de la victime du délit.

vaient simplement jurer qu'ils n'avaient aucune ressource pour désintéresser leur créancier (*qui bonam copiam jurarunt* (1)). Les seconds ne profitaient de la libération qu'après avoir payé la *poena* (*donec poenam luerent*).

- b. Pour l'avenir,  
cette loi prononçait l'abolition  
du régime des *nexi* :  
.....

Le *nexum* n'était pas supprimé, mais la loi en limitait les effets; désormais il n'était plus permis de placer, par convention, le corps du débiteur "en servitude", mais seulement ses biens, pour garantir sa dette. Cette disposition au surplus ne concernait que les débiteurs d'une *credita pecunia*, à l'exclusion de ceux qui, à la suite d'un délit, avaient obtenu un arrangement avec la victime; c'est du moins ce qui semble résulter du texte de Tite-Live. La loi disposait qu'à l'avenir seuls les biens du débiteur, et non son corps, répondaient du prêt.

Etendue  
de cette réforme législative :

La loi *Poetelia Papiria*, quelque cela ait été discuté, ne semble pas avoir modifié le sort des *addicti*, de ceux qui étaient envoyés dans une prison privée, non à la suite d'une convention, mais en vertu d'une *addictio* prononcée par le magistrat (*judicatus* et *fur manifestus*).

Nous savons qu'à partir d'un certain moment, il ne fut plus permis de tuer (si cela a jamais été permis) ni même de vendre comme esclave, le débiteur qui subissait la *manus injectio*. Faut-il attribuer à la loi *Poetelia Papiria* cet adoucissement des effets de la *manus injectio* ? Ce que nous savons de cette loi par Tite-Live n'autorise guère cette supposition : elle concernait les *nexi*, mais ne prétendait pas modifier la procédure de la *manus injectio*. On peut simplement supposer que l'amélioration du sort des *nexi* a pu, par contre-coup, conduire les Romains à humaniser également le régime de la *manus injectio*.

---

(1). Que durent exactement jurer les *nexi* pour obtenir leur libération ? L'expression *bonam copiam* employée par Varron (7.105) est obscure; nous avons adopté l'explication de Berger ("Studi Arancio Ruiz" II 1952, p. 117) : c'est un serment d'insolvabilité, qui resta dans les usages romains. Mais l'insolvable subissait certaines incapacités (*lex Julia Municipalis*, l. 213).

Elle fit tomber le *nexum*  
en désuétude :

Cette loi entraîna en fait la disparition du *nexum* : les créanciers jugèrent inutile d'employer cet acte compliqué le jour où il ne devait plus leur procurer un moyen énergique de coercition contre le débiteur. Au II<sup>e</sup> s. avant notre ère, il était déjà en pleine décadence quoiqu'encore connu des jurisconsultes Manilius et Muclius; au II<sup>e</sup> s. de notre ère, Gaius n'en parle plus.

C) Actes pourvus  
d'une sanction religieuse :

A l'époque archaïque, les Romains n'étaient pas encore parvenus à distinguer le *jus* et le *fas* : droit et religion se confondaient. A défaut d'actes générateurs d'obligations à proprement parler, on connaissait des rites qui entraînaient une sanction religieuse pour celui qui ne tenait pas sa parole.

Nous avons signalé l'hypothèse de M. Imbert sur le *nexum*; il est bien possible que l'assujettissement du *nexum* ait été la conséquence d'un appel solennel à la déesse Fides; l'invocation de la *fides* mettait l'emprunteur à la merci de son partenaire s'il ne remboursait pas le prêt.

C'est sans doute aussi par un appel à cette déesse qu'était primitivement validée la fiducie : celui qui recevait une chose en "fiducie" s'engageait à la restituer et cet engagement était placé sous le couvert de la *fides*.

D'une façon beaucoup plus vraisemblable encore, la *sponsio*, origine du contrat *verbis*, a d'abord été un acte religieux, comportant probablement un serment et un sacrifice aux dieux : la promesse ainsi placée sous la sauvegarde des dieux exposait à des sanctions religieuses (peut-être à la terrible "sacralité") celui qui manquait à la parole donnée.

Mais tant qu'on se trouve à ce stade pré-juridique, il est abusif de parler d'obligations : elles ne peuvent exister qu'à partir du moment où l'on rencontre des rapports de droit, munis de sanctions juridiques.

D) Epoque où les obligations apparaissent :

1°/ Opportere :

La loi des XII Tables (milieu du V<sup>o</sup> s. av. J.C.) a procédé à une latinisation du droit : la sacralité ne fut conservée que dans quelques hypothèses exceptionnelles (cas du patron qui fait tort à son client, cas des *leges sacrae*). A la place des sanctions religieuses, la vieille loi établit des sanctions juridiques, des procédures, qu'elle règlemente : ce sont les actions de la loi.

Ce qu'il y a de remarquable, c'est qu'en les organisant, le vieux législateur ait déjà été capable de distinguer les obligations, qui donnent lieu à des actions *in personam* et les droits absolus, qui donnent lieu à des *vindications*.

Ainsi la procédure du *sacramentum* présente deux variétés : *sacramentum in rem*, *sacramentum in personam*. Bien que l'existence de ce dernier ait été mise en doute pour l'époque archaïque (1), il paraît difficile de soutenir que les XII Tables n'aient connu que le premier. En tout cas, nous savons que les XII Tables avaient expressément prévu, pour sanctionner la *sponsio*, l'emploi de la *judicis postulatio*, et que cette procédure comportait des paroles solennelles qui sont bien celles d'une action *in personam* (Gaius, IV.17 bis).

Dans les *vindications*, les rites procéduraux s'accomplissaient *in rem*, sur la chose litigieuse qui a été apportée devant le magistrat : ainsi dans le *sacramentum in rem*, les deux plaideurs qui se prétendent, l'un comme l'autre, propriétaires de la chose litigieuse, posent leur baguette sur cette chose; la personnalité de l'adversaire reste indifférente et jamais l'affaire ne peut conduire l'un à exercer sur l'autre la *manus injectio*.

Dans les *actiones in personam* au contraire, le demandeur affirme que son adversaire doit lui fournir telle prestation et il l'affirme en se servant d'un terme consacré par le *jus civile*, le verbe *oportere* (2): "*ait te dare oportere*" = "j'affirme qu'il faut que tu me fournisses telle chose". Ce mot *oportere* restera à travers toute l'évolution du droit romain, le terme technique caractéristique de l'obligation. Mais à l'époque ancienne, à ce trait distinctif s'en ajoutait un autre : si le défendeur, reconnu débiteur et condamné par jugement, n'exécutait pas, le créancier exerçait finalement une saisie de sa personne : la *manus injectio judicati*.

---

(1) FUENTESECA : "Investigaciones de derecho procesal romano" - Salamanca 1969, pp. 21-41

(2) Sur ce terme, cf. KASER : "*oportere und jus civile*", Z.S.S. 83 - 1966, pp. 1-46 (rec. dans IURA 18/1967, p. 396)

Droit sur la personne, défini par un *oportere*, et pouvant aboutir finalement à une saisie de la personne, telles sont les caractéristiques de l'obligation ancienne, sur le terrain procédural.

Ces caractéristiques essentielles se rattachent à diverses particularités qui concernent les modes de formation et les effets de l'obligation.

### 2°/ Modes de formation :

Les actes susceptibles de faire naître des obligations étaient en nombre limité : la loi ne reconnaissait un *oportere*, sanctionné par une action *in personam*, que dans quelques cas précis. Les obligations pouvaient découler soit de certains actes formalistes, très peu nombreux (la *sponsio*) soit encore de certaine clause insérée dans les testaments (*legs per damnationem*). On peut aussi considérer le jugement portant condamnation (le *judicatum*) comme une source ancienne d'obligations, à la vérité très particulières.

Ces actes juridiques faisaient naître des obligations complètes, je veux dire par là des obligations comportant à la fois un "devoir" et un "engagement" à la charge du débiteur.

Très souvent, le créancier avait des droits, non pas sur un seul débiteur, mais sur plusieurs : la *sponsio* se faisait d'ordinaire avec plusieurs promettants qui devenaient des codébiteurs solidaires. L'utilité de ce procédé est évidente : la dette contractée par un *sponsor*, comme nous le verrons plus loin, s'éteignait à sa mort; aussi était-il prudent de faire assumer la dette par plusieurs personnes. C'était aussi une sorte de garantie, antérieure à la pratique du cautionnement proprement dit : le créancier avait la faculté de choisir, entre ses débiteurs, celui qu'il croyait le plus solvable, pour lui demander paiement. Mais cette pratique ancienne de la solidarité n'a rien de commun avec le rôle que les partisans de la théorie de *Schuld* et *Haftung* font jouer aux primitifs "garants", selon eux seuls exposés aux rigueurs de l'engagement.

### 3°/ Effets :

Les anciennes obligations au point de vue de leurs effets, présentent deux caractéristiques : a) elles sont de droit strict, b) elles pèsent sur la personne physique du débiteur.

a) Les formalités employées pour faire naître des obligations en déterminaient avec minutie le contenu : de sorte qu'en cas de contestation, le pouvoir d'appréciation du juge était très limité. Les actions en justice qui

sanctionnaient les obligations appartenant toutes à ce type que les Romains désigneront plus tard sous le nom d'"actions de droit strict". Ce sont des actions où l'on ne peut guère tenir compte de l'équité ni de l'intention véritable des parties; le juge doit s'en tenir à la lettre du contrat; on exige du débiteur uniquement ce qu'il a promis, en s'en tenant aux termes formels de sa promesse.

- b) Nous avons vu qu'en cas d'inexécution, le débiteur condamné subissait la *manus injectio* : c'est en définitive le corps du débiteur qui répond de la dette. Cette particularité de l'obligation n'a pas été sans influencer le vocabulaire employé par les vieux Romains. Le mot même *obligatio* éveillait primitivement, de façon non douteuse, l'idée d'un lien, d'une sujétion. Le mot *solvere* qui à l'époque classique, signifie simplement payer (*solvere debitum* = payer sa dette) avait primitivement un sens beaucoup plus fort, le sens de délier, délivrer, et on lui donnait comme complément, non pas la chose que l'on payait, mais le débiteur, qui se trouvait "délié" : la vieille formule libératoire conservée par Gaius III.174 est à cet égard instructive : "*me a te solvo*" = "je me rends libre à ton égard".

Cette particularité qui concerne les voies d'exécution renforçait encore le caractère personnel de l'obligation. Ce droit "sur la personne" ne pouvait exister qu'entre ceux-là mêmes qui l'avaient établi. D'où les conséquences suivantes :

- . Il n'était pas possible de devenir créancier ou débiteur par représentation.
- . L'obligation en principe devait s'éteindre par la mort du débiteur ou du créancier.
- . On ne pouvait pas céder à autrui une créance, ou transférer une dette. L'obligation était intransmissible et incessible. Notons cependant que le caractère très particulier de l'*heres* romain fit admettre assez tôt la transmissibilité de la plupart des obligations contractuelles : l'héritier ne fait qu'un avec la personne du défunt.

### §3 - EVOLUTION DES OBLIGATIONS

#### A/ Mode de formation :

Ces modes de formation sont devenus beaucoup plus nombreux.



a) Contrats :

Avec les progrès de la civilisation, le besoin se fit sentir d'imaginer de nouveaux actes juridiques destinés à faire naître des obligations avec l'accord des parties. Les juristes classiques donneront finalement le nom de contrats aux actes de ce genre, lorsque leur validité est reconnue par le *jus civile* et ils les classeront selon leur mode de formation en quatre catégories : contrats par paroles solennelles (*verbis*), par remise d'une chose (*re*), par écriture (*litteris*), enfin quatre contrats qui n'exigent pas autre chose que l'accord des parties (*consensu*). Le grand mouvement des affaires qui suivit les guerres puniques provoqua l'apparition de cette nouvelle catégorie de contrats : nés de la pratique du commerce international, ils sont accessibles aux pérégrins; tout en étant sanctionnés par le *jus civile*, ce sont des contrats du *jus gentium*.

b) Quasi-contrats :

Le *jus civile* admit assez rapidement l'existence d'un *oportere*, par conséquent d'une obligation, dans des hypothèses où l'accord des parties faisait complètement défaut : ainsi l'obligation de restituer l'enrichissement injuste. Pour employer un terme moderne, nous dirons que ce sont des quasi-contrats.

c) Opérations de Droit prétorien :

Le *jus civile* n'accorde de sanction, ne reconnaît un *oportere* que dans un nombre limité de cas.

Le préteur s'est efforcé d'assouplir cette règle : Il sanctionna au moyen d'actions *in factum* quantité de rapports, de *negotia*, que le Droit Civil avait négligés ou n'était pas parvenu à faire entrer dans ses cadres. Mais il importe de remarquer que dans des cas de ce genre, il n'y avait pas à l'origine d'obligations à proprement parler, parce que la sanction n'était pas une action civile comportant un *oportere*. C'est pourquoi les juristes classiques n'emploient pas volontiers, en de telles hypothèses, le mot *obligatio*, mais préfèrent s'exprimer par la périphrase : *ex actione teneri*; ce sont des cas où, sans être "obligé", "on est tenu en vertu d'une action". Ceci nous montre bien à quel point la notion d'obligation restait étroite encore à l'époque classique (1).

---

(1) La question de savoir si à l'époque classique la notion d'*obligatio* ne s'appliquait qu'aux rapports reconnus par le *jus civile*, ou si au contraire elle s'étendait aux *negotia* du droit prétorien, est très discutée : il est possible que les juristes aient été tentés d'étendre l'idée d'*obligatio* aux rapports de Droit prétorien. Cf. SEGRE Mel. Bonfante 1930, III p. 499.

Il y eut de la sorte, en matière d'obligations, la même dualité de système juridique qui est bien connue en matière de droits réels et de successions : à côté de la propriété quiritaire existait la propriété bonitaire, à côté des *heredes* du droit civil, les *bonorum possessores*. De même à côté des obligations au sens précis, il y avait le fait d'être "tenu en vertu d'une action prétorienne", et à côté des contrats du *jus civile*, les *negotia* du droit prétorien.

Cette dualité est allée d'ailleurs en s'atténuant, parce que bien souvent les progrès du *jus civile* venaient parfaire l'oeuvre du préteur : ainsi le dépôt, le commodat, qui à la fin de la République n'étaient encore que des *negotia* munis d'actions in factum, furent érigés avant l'époque de Gaius, en véritables contrats civils, sanctionnés par des actions *in jus*; mais certaines situations restèrent uniquement prétoriennes (le gage, l'obligation *contraria* imposée au déposant et au commodant). Lorsque s'opéra, à la basse-époque, la fusion du droit civil et du droit prétorien, les situations sanctionnées par le préteur entrèrent dans le cadre des obligations et constituèrent la catégorie des obligations honoraires, que nous trouvons signalées par Justinien dans ses *Institutes* (1.5.3.13.1).

d) Incorporation des délits  
au domaine des obligations :

Une autre catégorie d'*ex actione teneri* fut intégrée au domaine des obligations beaucoup plus rapidement : ce sont les obligations délictuelles.

A bien considérer les choses, le droit de réclamer une *poena* ne découle pas directement du délit. Ce qui, primitivement, naissait du délit, c'était le droit de vengeance reconnu à la victime. La loi fit disparaître la vengeance privée en imposant un système de compositions légales sanctionné par des actions spéciales dites "pénales". Il n'y avait pas là une véritable obligation, mais bien encore un cas où l'on était "tenu en vertu d'une action" : un *ex actione teneri*. A l'époque de Cicéron, nul ne songeait encore à parler d'"obligations délictuelles" (1).

Mais les actions pénales produisaient des effets assez comparables à ceux des actions qui sanctionnaient les obligations contractuelles : l'assimilation avec les obligations était d'autant plus facile qu'il s'agissait, pour le plupart des délits, d'actions civiles et non d'actions prétoriennes. C'est sans doute ce qui au 1<sup>er</sup> ou début du 11<sup>e</sup> siècle de notre ère incita les jurisconsultes à déclarer que, du délit, naissait à la charge du coupable une obligation de payer la *poena* légale : ils parlèrent d'obligations ex delicto. Les délits figurèrent désormais parmi les sources d'obligations.

---

(1) La formule de la stipulation aquilienne par exemple, les désigne par cette périphrase : *quarum rerum mihi tecum actio ... sit*.

B/ Effets des obligations :

a) Les actions de bonne foi :

Les anciennes obligations étaient toutes de droit strict. Au cours des siècles, l'action qui sanctionnait les obligations consistant en un *dare oportere* (objet *certum*) conserva toujours son caractère de droit strict : elle continua au temps de la procédure formulaire, puis de la procédure extraordinaire, à porter le nom de *condictio* (*condictio certae pecuniae* pour les obligations de sommes d'argent, *condictio certae rei* si le débiteur doit fournir une chose certaine autre que de l'argent).

Cette action du droit strict sanctionnait non seulement les anciens contrats *verbis*, mais aussi des contrats de formation plus récente : le contrat *litteris* et le *mutuum*. Lorsque la jurisprudence s'inquiéta de sanctionner l'enrichissement injuste, ce fut au moyen de la *condictio* (*condictio indebiti*, *condictio furtiva*, etc ...); certaines obligations quasi-contratées étaient des obligations de droit strict.

Les contrats du *jus gentium* qui apparurent avec l'expansion du commerce international (1) furent sanctionnés d'une façon toute différente, au moyen d'actions de bonne foi.

L'origine de ces actions est très discutée. La notion de *fides*, qui est à leur base, est elle-même obscure. Certains contrats *verbis* comme la *fide promissio* contiennent un appel à la *fides* et ont cependant toujours été sanctionnés par une action de droit strict. Pourquoi, dans d'autres cas, le recours à la *fides* aboutit-il à une sanction différente ?

Les recherches récentes sur la *fides*(2) peuvent nous mettre sur la voie d'une solution.

La *fides* a joué un rôle important dans la vie publique et la vie privée des Romains : le culte de la déesse Fides passait pour avoir été introduit par le roi Numa; les Romains se vantaient d'être très respectueux de la *fides* et accusaient Grecs et Carthaginois d'être des gens sans foi.

Les rapports internationaux étaient, à l'époque républicaine, souvent placés sous la sauvegarde de la *fides*, qu'il s'agisse de traités internationaux ou d'affaires entre particuliers : à l'époque où le Droit Romain était inaccessible aux étrangers, on donnait une certaine efficacité aux opérations qu'ils concluaient, en y insérant une invocation à la *fides*.

---

(1) Sur la formation du *jus gentium*, voir les études de FREZZA et de GROSSO dans Mel. de VISSCHER 1949.I. (R.I.D.A. II) pp. 259 et 395, résumés dans *Iura* I pp. 569 - 572.

(2) PIGANIOL : "*Venire in fidem*" dans Mél. de VISSCHER IV. 1950 p. 339 - IMBERT : "*Fides et nexum*" Mél. ARANGIO-RUIZ 1952 p. 339.

Mais, comme l'a remarqué Piganol, le recours à la *fides* pouvait recevoir deux interprétations bien différentes : l'une "généreuse", l'autre "atroce", comme on peut le constater si l'on examine les effets de la clause *venire in fidem*, si fréquente dans les traités internationaux de l'époque républicaine. "*Venire in fidem populi Romani*", cela signifie "s'en remettre à la *fides* du peuple romain", abandonner son destin au bon vouloir de Rome. Le peuple qui se livrait ainsi pouvait être traité de la façon la plus cruelle, ou au contraire, bénéficier de la protection de Rome : Rome se comportait selon ce que lui dictait son respect de la *fides*, son sentiment de la justice internationale.

M. Imbert croit pouvoir établir un lien entre les idées de *fides* et de *fraus*. La *fraus* c'est le tort causé à autrui de façon injuste, en se comportant d'une façon que la morale reçue réprouve : faire une *fraus* à celui qui s'est remis à votre *fides*, c'est violer la *fides*.

Ces notions peuvent nous aider à résoudre le problème que nous nous sommes posé. A l'époque où le Droit de Rome ne pouvait pas être invoqué par les étrangers, si ceux-ci faisaient une promesse, calquée sur les formes de la *sponsio* romaine, l'acte était sans valeur au regard du Droit Romain, mais s'ils y ajoutaient un appel à la *fides*, la *fides* leur commandait de se comporter comme il était honnête de le faire en pareil cas : c'est-à-dire de respecter strictement la parole donnée, comme aurait été bien obligé de le faire un Romain, dans le cas analogue d'une vraie *sponsio*. Quand on se décida à sanctionner juridiquement la promesse verbale des pèlerins, faite sous la sauvegarde de la *fides*, ce fut une action de droit strict (celle qui existait déjà dans le cas similaire de la *sponsio* romaine) que l'on employa.

Par contre, pour les opérations du *jus gentium* qui ne ressemblaient à aucun des contrats connus du *jus civile*, il en fut tout autrement. Sans qu'on ait eu besoin d'invoquer solennellement la déesse Fides, il était entendu que les affaires avec les étrangers étaient conclues sous son égide; les contractants se faisaient "confiance" : ils devaient se comporter comme il convient entre honnêtes gens, selon les usages commerciaux de l'époque. Rien de plus contraire à la *fides* que le dol : tromper un partenaire qui s'en remet à votre *fides*, c'est violer la *fides*.

Les affaires de ce genre, conclues avec des pèlerins, ont d'abord fonctionné en marge du droit de Rome : il ne pouvait être question de les sanctionner au moyen d'action en justice. En cas de contestation, on recourait à l'arbitrage (*arbitrium*) d'hommes de bien (*boni viri*). Ceux-ci statuaient en tenant compte de l'usage des honnêtes gens.

A une époque qu'il est difficile de préciser (soit après la loi *Aebutia*, soit même un peu avant (1)), ces *arbitria* se transformèrent en vé-

---

(1) Dès avant la loi *Aebutia*, le préteur, dans des cas de ce genre, a bien organisé des procédures de sa propre autorité (*judicia imperio continentia*) au moyen d'une formule d'action. On ne voit pas comment le préteur pèlerin aurait pu faire autrement.

ritables "actions". Dans ces nouvelles actions, le juge, comme le faisaient autrefois les *boni viri*, tenait compte de l'équité. Il y était invité par la clause *ex fide bona* que le magistrat insérait dans la formule d'action. C'est ce qu'on appelle des "actions de bonne foi" : elles laissent au juge un large pouvoir d'appréciation : le juge doit examiner ce qui est dû en bonne foi (*ex fide bona oportet*), déterminer en équité l'étendue de l'obligation.

Tous les contrats *consensu* - qui appartiennent au *jus gentium* - et la fiducie - qui se fait entre Romains - furent sanctionnés de cette façon : ce sont des contrats de bonne foi.

La bonne foi régit également quantité de situations quasi-contractuelles : les actions *tutela*, *rei uxoriae*, *negotiorum gestorum* sont de bonne foi.

Enfin l'honnêteté et l'équité furent prises en considération même dans les contrats de droit strict, soit par l'insertion fréquente d'une "clause de dol" dans le contrat, soit par le recours aux mesures prétoriennes contre le dol, *actio doli* et *exceptio doli*, au temps de Cicéron.

b) Le patrimoine du débiteur  
répond de la dette :

Le principe que "le débiteur répond de la dette sur son corps" ne fut jamais complètement abandonné, puisque l'exécution sur la personne se conserve, sous une forme adoucie, il est vraie - jusqu'à la fin du Droit Romain. Mais peu après l'introduction de la procédure formulaire l'exécution sur les biens, sous le nom de *venditio bonorum*, fut organisée par le préteur : elle devint dès la fin de la République le mode d'exécution le plus usité, parce que plus commode et plus efficace que l'emprisonnement du débiteur. Mais avec cette nouvelle procédure prétorienne, ce n'est plus la personne mais le patrimoine entier du débiteur qui, en définitive, répond de la dette.

La *venditio bonorum* contenait en germe une idée qui était bien susceptible de bouleverser toute la conception romaine de l'obligation, si on l'avait poussée jusqu'à ses extrêmes conséquences. Les Romains ne l'ont pas fait et nos législations modernes elles-mêmes n'ont pas encore déduit de cette conception nouvelle toutes les conséquences qui devraient logiquement en découler.

Lorsque la sanction glisse de la personne sur les biens, l'obligation prend le caractère d'un droit patrimonial. Les jurisconsultes le reconnaissent d'ailleurs lorsqu'ils rangeaient les obligations parmi les "choses qui sont dans le patrimoine", mais ils se sont bien gardés d'aller plus loin.

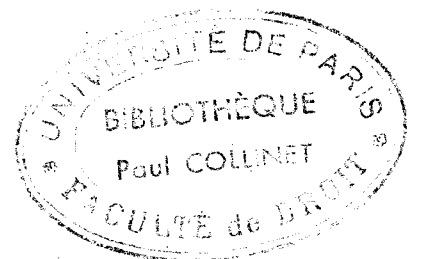
En effet si l'obligation n'est autre chose qu'un élément du patrimoine du créancier, consistant en un droit sur le patrimoine du débiteur, ce n'est plus un "lien" entre deux personnes; elle met en rapport deux patrimoines. On devrait par conséquent s'occuper fort peu de l'individualité du créancier et du débiteur. Cette chose patrimoniale qu'est l'obligation devrait pouvoir passer de main en main, comme les autres biens : on devrait pouvoir changer facilement le sujet actif et le sujet passif de ce rapport de droit qu'est l'obligation.

Or c'est une idée que les Romains, fidèles à leurs traditions, n'ont jamais voulu admettre. A l'époque classique, quand sous la pression impérieuse des besoins de la pratique, il fallut bien admettre la cession de créances, les jurisconsultes ne consentirent à l'introduire que sous le déguisement de la *procuratio in rem suam*, tant il leur répugnait de substituer dans le lien obligatoire une personne à une autre. Et lorsque le Droit Romain parvint au dernier stade de son évolution, Justinien a trouvé bon de proclamer dans ses Institutes, que l'obligation était un *vinculum juris* : un lien personnel.

Les législations modernes bâties sur le modèle romain n'ont pas encore réussi à s'affranchir complètement de cette conception : nous admettons sans difficulté la cession de créances, parce que nous l'avons trouvée déjà établie, par d'habiles détours, chez les Romains. Par contre, le Droit Français ignore encore le transfert de dette, et n'admet qu'assez timidement la validité de la stipulation pour autrui.

C'est pourquoi certains civilistes reprocheraient volontiers au Droit Romain de nous avoir légué, avec sa définition de l'obligation, des scrupules qui ne peuvent qu'entraver le progrès du Droit moderne. A notre sens, si les législations modernes s'avisèrent de donner à l'obligation un caractère plus nettement patrimonial, elles ne renieraient pas en cela l'héritage romain, mais paraîtraient bien plutôt faire fructifier la semence lancée par les prêteurs qui, à peu près un siècle avant notre ère, ont imaginé la *venditio bonorum*.

-----



## PREMIERE PARTIE

### LES SOURCES DES OBLIGATIONS

#### LA CLASSIFICATION DES OBLIGATIONS D'APRES LEURS SOURCES

On entend par sources des obligations les actes juridiques ou les faits qui leur donnent naissance. La doctrine romaine a reconnu d'abord deux, puis trois, enfin quatre catégories de sources d'obligations.

#### § 1 - LA CLASSIFICATION BIPARTITE (Institutes de Gaius)

##### CONTRATS ET DELITS

Gaius, dans ses Institutes (III.88) place en tête de son étude des obligations cette classification : "La classification la plus complète (*summa divisio*) des obligations les répartit en deux catégories, car toute obligation naît soit d'un contrat soit d'un délit". Cette classification des obligations d'après leurs sources fournit à Gaius le plan de son ouvrage : il s'occupe d'abord des contrats (III. 89-181), puis des délits (III. 182-225). Dans ses Institutes, Gaius ne paraît connaître que ces deux sortes de sources :

##### 1/ Les contrats :

En Droit Romain, ce mot a fini par avoir un sens très précis, assez étroit : un contrat n'est pas un acte juridique quelconque : c'est une convention, faite dans les conditions ou les formes requises par le Droit Civil, en vue de donner naissance à des obligations.

##### 2/ Les délits :

Ce ne sont pas tous les faits illicites, mais seulement les délits privés, qui peuvent être considérés comme sources d'obligations. Ce sont des infractions dont la loi romaine abandonnait la répression à l'initiative de la victime. Celle-ci pouvait exiger du coupable une *poena* en argent, fixée par la loi : ce droit au paiement d'une *poena* était sanctionné par des actions dites "pénales", qui s'intentaient devant les mêmes auto-

rités et par les mêmes moyens que les actions ordinaires entre particuliers, en se servant de la procédure civile. Les délits privés furent rangés parmi les sources d'obligations : on pouvait en effet considérer que le délit rendait son auteur débiteur d'une certaine *poena* en argent, envers la victime, tandis que celle-ci était titulaire d'un droit de créance, sanctionné par la procédure *inter privatos*, comme toutes les créances.

#### APPARITION DE CETTE CLASSIFICATION

Cette classification, qui oppose les contrats aux délits, n'a pas été inventée par Gaius, mais en la reproduisant, il tint compte d'une doctrine nouvelle.

Les notions de *delictum* et de *contractus* ne semblent pas avoir été précisées avant le 1<sup>er</sup> siècle de notre ère.

Le mot *delictum* n'a pu prendre le sens générique que lui donne Gaius qu'à partir de l'époque où les divers délits privés ont commencé à être rassemblés par les jurisconsultes, pour constituer une catégorie juridique : or l'idée de grouper les différents actes illicites, sanctionnés par une peine privée, apparaît pour la première fois dans l'oeuvre de Sabinus (1).

La notion de contrat paraît encore plus récente. Le verbe *contrahere* semble avoir toujours conservé un sens très large, et se dit de tout acte ou fait volontaire, même en matière de droits réels ou de délits. On trouvera chez les jurisconsultes les expressions : *contrahere negotium, delictum, servitutem*. Les substantifs *contractum* et *contractus*, tout au contraire, ont d'abord été pris dans un sens étroit, pour désigner des conventions synallagmatiques. Ainsi Labéon (cité par Ulpien D. 50.16-19) opposait à l'*actum* qui se fait *re* ou *verbis* (stipulation, *mutuum*) le *contractum* qui, selon lui, n'est autre chose qu'une opération synallagmatique (vente, louage).

Le mot *contractus*, qui devait finalement l'emporter sur *contractum* dans la terminologie juridique, apparaît pour la première fois vers 88 de notre ère dans un texte de Quintilien ("*Declamationes*" 278). Le jurisconsulte Ariston, au début du 1<sup>er</sup> s., connaît ce mot, mais il s'en sert (D. 2. 14.7.2) comme Labéon faisait du mot *contractum*, à propos d'opérations qui impliquent des prestations réciproques (*synallagma*). Par contre Pédus (cité par Ulpien D. 2.14.1.3), remarque que tout "contrat" comporte une convention et, prenant comme exemple la stipulation, il montre que ce contrat, qui se fait *verbis*, n'en implique pas moins un accord de volonté. La stipulation qui, pour Labéon n'était encore qu'un *actum verbis*, opposé au *contrac-*

---

(1) DE VISSCHER : "Etudes de Droit Romain" 1931, p. 257.



*tum*, fait partie, au temps de Pédius, de la catégorie des "contrats". Ce mot sert alors à désigner toutes les conventions reconnues par le Droit et conclues en vue de faire naître des obligations.

Cette notion classique de contrat a fait son apparition dans la première moitié du II<sup>e</sup> s. Avant cette époque, les juristes distinguaient quatre catégories d'obligations issues d'actes licites : obligations *re, verbis, litteris, consensu*. Gaïus donne à toutes ces obligations-là la dénomination d'obligations contractuelles : il respecte le plan traditionnel, en y ajoutant toutefois la notion de contrat; il étudie successivement les contrats *re, verbis, litteris, consensu*.

La distinction des obligations contractuelles et des obligations délictuelles, repose sur un critérium parfaitement exact :

1°) Du point de vue de leur mode de formation :

Les deux catégories d'obligations s'opposent nettement : les unes découlent d'une convention, les autres ne supposent aucun accord de volonté.

2°) Et si nous nous plaçons au point de vue des effets des obligations, rien de plus justifié que cette classification : les obligations délictuelles, sanctionnées par des actions dites pénales ont un aspect très particulier.

Mais cette classification est incomplète.

INSUFFISANCE  
DE LA CLASSIFICATION BIPARTITE

Nombreuses étaient, au temps même de Gaïus, les obligations qui ne trouvaient pas à se placer dans cette classification bipartite : l'obligation de restituer l'indû, l'obligation de restituer la dot, les obligations du tuteur ou du *negotiorum gestor* ne découlent ni d'un contrat ni d'un délit.

N'est-il pas alors singulier que Gaïus, dans ses Institutes (III. 88), affirme que "toutes les obligations naissent d'un contrat ou d'un délit", et nous présente cette classification comme complète (*summa divisio*) ?

Si l'on ne veut pas accuser Gaïus d'une erreur assez grave, il faut accepter l'explication proposée par M. Van Oven (1) :

---

(1) VAN OVEN : Iura I.1950 p. 21.

Le savant romaniste de Leyde soutient que Gaius donnait au mot *contractus* un sens très large, susceptible d'englober ce que nous appelons les quasi-contrats. On peut faire remarquer que la notion de *contractus* n'était pas très ancienne et n'était peut-être pas encore fixée au temps de Gaius; on peut ajouter qu'au surplus Gaius parle des *contractus* sans définir nulle part cette notion.

Il y a cependant un passage où Gaius semble indiquer ce qu'il entend par contrat ... et ce n'est pas du tout ce que propose M. Van Oven. En effet, au III.91, Gaius, s'occupant des contrats *re* - après avoir parlé du *mutuum* (qui est bien un contrat au sens précis du mot), signale l'obligation de restituer l'indû. Cette étude de la restitution de l'indû, dans un développement consacré aux contrats n'est évidemment pas à sa place. Gaius s'en aperçoit et dit ceci : "Mais ce genre d'obligation ne paraît guère découler d'un contrat, car l'intention de celui qui fait un paiement n'est pas de contracter une affaire, mais bien plutôt d'en terminer une".

En déclarant ainsi que l'obligation de restituer l'indû n'est pas contractuelle, Gaius reconnaît d'une part que sa classification bipartite est insuffisante et d'autre part que son développement sur l'indû n'est pas à sa place. M. Van Oven n'accepte pas cet aveu : il prétend que cette phrase n'a pas été écrite par Gaius, mais ajoutée à son texte, à une époque où la notion de contrat s'était précisée. Mais l'hypothèse d'une interpolation me paraît ici tout à fait inadmissible, car nous retrouvons cette même phrase répétée dans deux éditions absolument distinctes des Institutes de Gaius : dans le palimpseste de Vérone et dans le manuscrit que Justinien a recopié pour rédiger le passage correspondant de ses Institutes (4.14.1).

Il faut bien nous résoudre à admettre ce contre quoi s'insurge M. Van Oven : Gaius a rédigé cette partie de ses Institutes avec une assez coupable étourderie !

Gaius n'est pas un auteur original : il s'est inspiré de modèles anciens : il les a recopiés, en y ajoutant une classification proposée par des auteurs plus récents. Gaius ne s'est pas tout de suite aperçu que cette classification bipartite ne cadrerait pas avec son vieux modèle, et qu'au surplus elle était déjà dépassée; il en est résulté certaines maladresses et des lacunes.

C'est une maladresse que commet Gaius à propos de l'indû, au III. 91. Le vieux modèle, utilisé par Gaius, datait d'une époque où la notion de *contractus* était encore inconnue. Le vieil auteur n'avait éprouvé aucune gêne à parler de l'indû à côté du *mutuum* : il y avait là des "obligations" découlant d'un *actum re* - des hypothèses où l'on devait restituer parce qu'on avait reçu. Gaius a reproduit ces développements, s'excusant d'ailleurs de faire figurer la restitution de l'indû parmi les contrats. Gaius n'a pas eu le courage d'apporter à son modèle les modifications de plan que la notion nouvelle de contrat rendait nécessaires.

Par ailleurs les Institutes de Gaius présentent de graves lacunes qui proviennent de l'insuffisance de la classification bipartite; dans son étude des obligations, Gaius ne dit pas un mot des obligations que sanctionnent les actions *tutelae*, *rei uxoriae*, *negotiorum gestorum* (actions qu'il connaît bien pourtant, puisqu'il les cite au IV.62, quand il vient à parler de la procédure). Mais avec la *summa divisio*, imprudemment adoptée au III.88, Gaius ne savait vraiment pas où caser l'étude de ces sortes d'obligations.

## § 2 - LA CLASSIFICATION TRIPARTITE (*Res Cottidianae*)

### LES VARIAE CAUSARUM FIGURAE

Si l'on en croit un long fragment du Digeste, le même Gaius aurait proposé une classification plus satisfaisante dans un autre de ses ouvrages, les "*Res cottidianae*", sorte de manuel élémentaire un peu plus long que ses Institutes.

L'auteur constate d'abord que les obligations ne naissent pas toutes de contrats ou de délits, mais encore d'autres sources, qu'il range en bloc sous la dénomination vague de *variae causarum figurae* (D. 44.7-1) "sources diverses" (1).

Puis (D.44.7-5) il répartit les obligations qui découlent de ces "sources variées" en deux groupes, d'après leurs effets.

Il fait remarquer que les unes sont sanctionnées par des actions de bonne foi, les autres par des actions de droit strict, comparables à celles qui concernent les obligations contractuelles : ce sont des hypothèses dans lesquelles "on est tenu comme en vertu d'un contrat" ("*quasi ex contractu tenetur*").

Dans d'autres cas, sans qu'il y ait délit à proprement parler, se rencontrent des actions comparables aux actions pénales : ce sont des hypothèses dans lesquelles on est tenu comme en vertu d'un délit : "*quasi ex delicto tenetur*".

---

(1) Le sens du mot *causa* dans ce texte a été discuté. ARANGIO RUIZ (Mél. Cornil, I p. 83) lui donne le sens de "procès" (comme on dit : plaider une cause) et y voit une classification des actions. Le sens de cause efficiente (source de l'obligation) paraît beaucoup plus vraisemblable (cf. BETTI : Arch. Giur. 1925 p. 267).

La question qui se pose est de savoir si cette doctrine a été professée par Gaius ou si au contraire elle n'est pas l'oeuvre de quelque juriste anonyme de la basse époque. Certains critiques modernes (Di Marzo, B.I.D.R. 1948) (1) prétendent que les "*Res Cottidianae*" - qui portent d'ailleurs aussi au Digeste le nom (certainement de basse époque) d'"*Aurea*" ne seraient qu'une édition tardive, revue et augmentée, des Institutes de Gaius. Sans aller jusque là, on est bien obligé de convenir que les fragments des "*Res Cottidianae*" qui figurent au Digeste brillent par l'abondance des interpolations qu'on y peut découvrir (SCHULZ : "*Hist*" pp. 167 sq.).

Le long fragment relatif à la classification des *variae causarum figurae* porte la marque de nombreuses retouches. Néanmoins l'idée maîtresse nous paraît bien être de Gaius car on la trouve déjà indiquée - sommairement il est vrai - dans ses Institutes. Au III.91 il avait déjà fait cette remarque : "la somme payée indûment peut être réclamée par *condictio* à celui qui l'a reçue, de la même façon que s'il avait reçu un prêt" (*proinde ... ac si mutuum accepisset*). Dans ce cas particulier, Gaius avait donc déjà songé à comparer les effets d'une obligation qui n'est ni contractuelle ni délictuelle, à ceux d'un contrat; dans les "*Res Cottidianae*" il a systématisé cette idée. Mais le passage relatif aux quasi-délits peut difficilement être mis au compte de Gaius, comme nous le verrons en étudiant cette catégorie, mal venue, d'obligations.

### § 3 - LA CLASSIFICATION QUADRIPARTITE DES INSTITUTES DE JUSTINIEN

#### JUSTINIEN RECONNAÎT 4 SOURCES D'OBLIGATIONS

Les rédacteurs des Institutes de Justinien ont utilisé la classification proposée par les "*Res Cottidianae*", mais en la déformant de la façon la plus malencontreuse. Il est fort probable d'ailleurs qu'ils ont recopié une paraphrase composée au V<sup>e</sup> s. sur les "*Res Cottidianae*".

Dans ses Institutes (rédigés en 529 alors que le Digeste était déjà presque terminé), Justinien distingue quatre sortes d'obligations (Inst. Just. 3.13.2) : "*Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*" : les obligations sont contractuelles, ou quasi contractuelles, ou délictuelles ou quasi délictuelles.

---

(1) ARANGIO-RUIZ (Studi Bonfante I p. 493 et Inst. p. 294) pense que deux paraphrases distinctes des Institutes de Gaius ont été composées à la basse époque : les "*Res cottidianae*" et les "*Aurea*"; l'une proposait la classification tripartite (conservée au D. 44.7.1) l'autre la classification quadripartite (adoptée par les Inst. de Justinien).

Il s'agit bien ici d'une classification des obligations d'après leurs sources. Pour Justinien, les quasi-contrats et les quasi-délits sont des sources d'obligations : les termes qu'il emploie un peu plus loin (Inst. 3.27 pr) au sujet des quasi-contrats ne laissent aucun doute à cet égard : "Nous allons, dit-il, étudier maintenant les obligations qui naissent comme d'un contrat" (*quae quasi ex contractu nasci videntur*).

#### CRITIQUE DE CETTE CLASSIFICATION

La classification ainsi présentée est, en bonne logique, tout à fait inacceptable. L'auteur des "*Res Cottidianae*" s'était exprimé d'une façon raisonnable, en disant que le tuteur est "tenu" comme en vertu d'un contrat; par contre il est tout à fait inexact de dire que l'obligation du tuteur "naît comme d'un contrat". La comparaison, parfaitement légitime quand elle concerne les effets, devient fautive quand on veut la faire porter sur les sources, sur le mode de formation de l'obligation. Il est bien clair que les obligations quasi-contractuelles naissent de situations dans lesquelles ne se rencontre pas l'ombre d'une convention : rien ici qui puisse ressembler de loin ou de près à un contrat. On ne peut donner un sens à la notion de quasi-contrat qu'en prétendant que tout quasi-contrat repose sur une convention tacite des parties. Justinien ne semble pas avoir songé à cette explication : elle serait d'ailleurs pleine d'inconvénients car elle introduirait en cette matière une fiction absolument contraire à la réalité et conduirait, notamment en ce qui concerne la capacité de s'obliger par quasi-contrat, à des solutions inexactes (1).

#### SON INFLUENCE SUR LE DROIT MODERNE

La fâcheuse classification des obligations, inventée par Justinien, a eu le plus grand succès : par l'intermédiaire de Pothier (qui a d'ailleurs ajouté une cinquième source, la loi) elle est passée dans notre Code Civil (1370). Elle a fait l'objet des critiques les plus sévères (2) : Planiol

---

(1) En Droit Romain, les personnes incapables de s'obliger par contrat étaient-elles incapables de s'obliger par quasi-contrat ? Le pupille n'est obligé que dans la mesure de son enrichissement en cas de gestion d'affaire (D. 3.5 - 3.4 et 37); en cas de réception de l'indû, la question était discutée (G. III.91). Mais les textes ne font pas la moindre allusion à une convention que le pupille aurait été incapable de faire, même tacitement.

(2) VIZIOZ : "La notion de quasi-contrat", th. Bordeaux 1912; Yvonne CHASTAIGNET : "La notion de quasi-délit", th. Bordeaux 1927 - Essai de réhabilitation, d'ailleurs prudent, chez E. GAUDEMET : "Théorie générale des obligations" 1937, p. 294.

et Ripert (Traité Elem. II N° 806 et sv.) n'admettent que deux sources d'obligations : le contrat et la loi (les quasi-contrats, d'après ces auteurs, se ramènent à l'enrichissement injuste, lequel n'est qu'un cas de quasi-délit; or les délits et les quasi-délits font naître des obligations légales). Demogue (Mél. Chironi I p. 105) a proposé une élégante classification basée sur le rôle de la volonté : Il distingue les obligations qui naissent d'un concours de volonté, celles qui proviennent d'un acte du débiteur (délit), ou d'un acte du créancier (gérant d'affaire); enfin celles qui naissent indépendamment de la volonté du créancier ou du débiteur (enrichissement involontaire, obligations alimentaires).

Beaucoup de législations modernes ont réussi à se débarrasser des notions de quasi-contrat et de quasi-délit (Code allemand, code autrichien, code portugais, code égyptien).

Pour notre étude des obligations d'après leurs sources, nous adopterons la classification que nous avons trouvée dans les "*Res Cottidianae*" : contrats, délits, sources variées. Deux titres seront consacrés à l'étude des contrats : les divers contrats, puis théorie générale des contrats.

## TITRE PREMIER

### LES DIFFERENTES SORTES DE CONTRATS

Nous avons vu que la notion de contrat est apparue assez tard (fin 1er ou début II<sup>e</sup> s. de notre ère). Pendant des siècles, les Romains ont accompli des actes juridiques qui faisaient naître des obligations sans savoir que ces actes seraient un jour tous réunis sous la dénomination commune de contrat. Pour la commodité du langage, on parle souvent des contrats à l'époque ancienne ou sous la République : c'est un anachronisme. Les actes juridiques dont on veut ainsi parler sont bien des conventions génératrices d'obligations et correspondent bien à ce qu'on entend par contrats en Droit Romain classique, mais ils n'étaient pas encore reconnus comme tels.

### CLASSIFICATION DES CONTRATS

Les contrats peuvent être classés de bien des façons.

- 1) Les textes distinguent souvent les contrats "propres aux citoyens romains" et ceux du *jus gentium*, dont les pérégrins peuvent valablement se servir (Gaius III.93).

- 2) Si nous considérons l'objet du contrat, nous pouvons opposer les contrats dont l'objet est "certain" (*certum*), et ceux dont l'objet est incertain (*incertum*). Si l'objet est certain, si le débiteur doit *dare rem certam*, le juge, en cas de procès, jouit de pouvoirs d'appréciation très limités en ce qui concerne "ce qui est dû". Il en est autrement si l'objet n'est pas déterminé avec une parfaite précision dans le contrat.
- 3) Si nous classons les contrats en considérant leurs effets, nous voyons qu'il y a des contrats unilatéraux, des contrats synallagmatiques parfaits, des contrats synallagmatiques imparfaits : cette terminologie n'est d'ailleurs pas romaine.

a. Les contrats unilatéraux :

Ils ne font naître d'obligations qu'à la charge d'une seule des parties. Par exemple, dans la stipulation, celui qui stipule devient créancier, celui qui promet devient débiteur : chacune des parties joue un rôle distinct. Et si une contreprestation est envisagée par les parties, elle n'entre pas en ligne de compte et n'est pas indiquée dans le contrat. On exprime cette idée en disant que les contrats unilatéraux sont "abstrait".

b. Les contrats synallagmatiques parfaits :

Au contraire, ils font naître des obligations réciproques entre les parties. Ainsi du même contrat, la vente, naît une obligation à la charge du vendeur (livrer la chose) et une obligation à la charge de l'acheteur (payer le prix). Chacune des parties est, en vertu du même contrat, créancière et débitrice : la contreprestation, envisagée pour chaque obligation, fait partie du contrat.

c. Les contrats synallagmatiques imparfaits :

Ils ne font naître en principe qu'une obligation à la charge d'une des parties, mais peuvent à l'occasion en imposer une à l'autre partie. Ainsi le dépôt rend toujours le dépositaire débiteur de la chose reçue en dépôt - mais ce contrat peut à l'occasion mettre aussi une obligation à la charge du déposant; si par exemple le dépositaire a dû exposer des frais ou a subi un dommage du fait du dépôt, le déposant lui doit une indemnité. Dans le Droit de Justinien, les contrats synallagmatiques imparfaits sont sanctionnés par deux actions : l'une dite *directa*, l'autre *contraria*.

- 4) On peut aussi classer les contrats d'après le genre d'actions qui les sanctionnent : contrats de droit strict (sanctionnés par des actions de droit strict) et contrats de bonne foi (sanctionnés par des actions de bonne foi).
- 5) La classification la plus importante des contrats est celle qui tient compte de leur mode de formation. Cette classification, qui occupe une si grande place dans les ouvrages des jurisconsultes et qui fournit à Gaius le plan de l'étude des contrats, repose sur un principe fondamental du Droit Romain : il ne suffit pas pour faire un contrat que deux personnes se mettent d'accord.

### INEFFICACITE DU PACTE NU

En Droit moderne, "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" (113 CC) : les particuliers peuvent imaginer les combinaisons les plus variées.

En Droit Romain, il ne suffit pas d'être d'accord pour obtenir des effets sanctionnés par le Droit. La simple convention porte un nom : cela s'appelle un pacte : *pactum*. Le simple pacte ne suffit pas pour transférer la propriété : il ne suffit pas non plus pour faire naître une obligation.

C'est un principe que les jurisconsultes répètent à satiété et que Justinien a conservé dans son Digeste : "*ex pacto actionem non curiri*", "*huda pactio actionem non parit*" (D. 2.14 - 7.5; 19.5 - 15) : d'un pacte ne naît aucune action, le pacte n'engendre pas d'action. Les pactes ne bénéficient pas d'une sanction juridique sous forme d'action en justice.

Pour qu'une convention fasse naître des obligations, pour qu'elle ne soit pas un "pacte nu", et soit érigée à la dignité de "contrat" muni d'actions, il faut que l'accord de volonté s'accompagne d'un élément supplémentaire. Ce peut être une formalité orale ou écrite prévue par le Droit et l'on distingue ainsi les contrats *verbis* et les contrats *litteris*, qui sont des contrats solennels. Dans certaines hypothèses, le contrat se forme du fait qu'une chose a été remise entre les mains du débiteur, qui s'engage à la restituer : le contrat est alors ce qu'on appelle un contrat *re*.

Enfin, à titre tout à fait exceptionnel, pour quatre opérations bien déterminées (vente, louage, société, mandat) il fut admis que l'accord dénué de forme suffirait. Ce sont des contrats *consensu*, qui se forment par la seule vertu du consentement des parties.



Il résulte de ceci que les contrats sont en Droit Romain en nombre limité et se classent en quatre catégories : contrats *verbis*, contrats *litteris*, contrats *re*, contrats *consensu*. C'est d'après ce plan que Gaius et Justinien les étudient.

Il y a lieu de réunir les contrats *verbis* et les contrats *litteris*, car ils présentent ce caractère commun d'être des contrats formels ou solennels.

Par ailleurs certains pactes ont fini par être sanctionnés et à la théorie des pactes se rattachent les contrats innommés.

Nous étudierons donc successivement en cinq chapitres : les contrats solennels, les contrats *re*, les contrats *consensu*, les pactes, les contrats innommés.

## CHAPITRE PREMIER : LES CONTRATS SOLENNELS

Dans ces sortes de contrats, l'accord des parties ne produit d'effets que si certaines formalités sont accomplies : ce peuvent être des formalités orales, la prononciation de certaines paroles dans un certain ordre; ce peuvent être aussi des formalités écrites : dans le premier cas, il s'agit de contrats par paroles, *verbis*, dans le second, de contrats par écritures, *litteris*.

### PRINCIPES GENERAUX

#### 1/ Ce sont des actes abstraits :

Ils ne correspondent pas à une opération concrète déterminée, mais peuvent être utilisés pour faire naître une obligation dans les circonstances les plus variées : pour réaliser un prêt, tout aussi bien qu'une donation ou même pour opérer novation. Ce sont des procédés abstraits, des formes contractuelles; ce sont des "moules à contrats", des formalités qui permettent de valider les conventions les plus variées.

2/ Ces contrats sont unilatéraux :

Ils sont combinés de telle sorte que chacune des parties y joue un rôle bien déterminé : l'un y figure comme créancier, l'autre comme débiteur. Ce sont des "corps simples" : il n'en découle pas d'obligations réciproques. Si le débiteur compte obtenir une contreprestation en échange du sacrifice qu'il consent, elle ne figure pas dans le contrat et n'a, en principe, aucune influence sur sa validité.

3/ Ces contrats sont de droit strict :

Ils sont tous sanctionnés par des actions de droit strict : *condictio certae pecuniae*, *condictio certae rei*, action *ex stipulatu* (pour la stipulation d'un *incertum*). Dans ces sortes de contrats, l'obligation résulte des formalités employées : le sens et les conséquences de ces formalités sont définis à l'avance par le Droit Civil. En cas de contestation, le juge n'exerce que des pouvoirs limités : son rôle se borne à constater que les formalités ont été régulièrement remplies et à en tirer les conséquences que la loi y attache.

RAISON D'ETRE DU FORMALISME

Nous sommes habitués de nos jours à reconnaître la plus complète efficacité aux simples conventions des particuliers : aussi sommes-nous tentés de trouver bien singulier le principe du vieux Droit Romain selon lequel les parties ne parviennent à faire un contrat valable qu'en accomplissant certaines formalités. Tout d'abord ce devait être très incommode. C'était de plus la porte ouverte à toutes sortes d'injustices : si les rites n'étaient pas scrupuleusement respectés, le contrat était nul pour vice de forme et le débiteur ne devait rien. Par contre, si le contrat avait été fait en bonne et due forme, mais dans des conditions iniques, si par exemple le débiteur avait été victime de manoeuvres dolosives, ou s'il avait espéré obtenir une contreprestation qui ne se réalisait pas, le contrat n'en était pas moins valable et le débiteur demeurait tenu strictement de remplir ses engagements.

Le formalisme s'est d'abord imposé aux Romains comme une nécessité ; lorsque le Droit a commencé à se dégager de la religion, il ne parvint pas tout de suite à se libérer de cette idée qu'il fallait accomplir des rites pour obtenir des effets juridiques. Puis lorsque les Romains parvinrent à un degré de civilisation où il leur devenait parfaitement possible de se débarrasser du formalisme - à une époque où d'ailleurs nous les voyons créer des contrats dénués de solennités et même purement consensuels - nous constatons qu'ils ont non seulement conservé les contrats *verbis* déjà connus mais imaginé de nouvelles formalités : les contrats *litteris*.

C'est que le formalisme présente de grands avantages : les solennités rendent l'acte facile à prouver, précisent le moment où il a été conclu, ne laissent aucun doute sur les effets qu'on en attend. Un débiteur tenu en vertu d'un contrat solennel peut difficilement trouver une échappatoire. Or dans la pratique des affaires, il est extrêmement précieux de savoir que les engagements pris seront indiscutables.

Ces raisons - qui de nos jours sont encore valables - étaient à Rome encore plus pertinentes. Nous pouvons actuellement nous passer de formalités parce que nous possédons un ensemble de lois très complet. Par ailleurs, la justice est rendue par des magistrats de carrière, habitués à interpréter les multiples contrats que peuvent imaginer les particuliers. A Rome, il fallut attendre le développement de la jurisprudence pour avoir un ensemble assez complet de règles juridiques : de plus la justice pendant longtemps fut rendue avec le concours de magistrats élus, plus hommes politiques que juristes - et par des *judices* qui étaient de simples citoyens. Dans de telles conditions il était prudent de n'attacher de sanction juridique qu'aux conventions conclues dans des formes connues, sur le sens desquelles aucun doute n'était possible. Les particuliers se trouvaient ainsi mieux défendus contre l'arbitraire ou l'ignorance des magistrats et des juges.

## SECTION I : LES CONTRATS *VERBIS*

### § 1 - LES DIFFERENTS TYPES DE STIPULATIONS ET LEUR ORIGINE

Ce qui caractérise la stipulation, c'est qu'elle est essentiellement un dialogue. Celui qui désire devenir créancier stipule : il pose une question en employant certains mots, par exemple "*promittes ne centum*" = "me promets-tu cent". On l'appelle *reus stipulandi* = le stipulant. Celui qui consent à s'engager promet : il répond à la question, en termes affirmatifs, en répétant les mots que le stipulant a déjà prononcés : à la question "*promittesne centum*", il répond : "*promitto centum*" = "je te promets cent". On l'appelle *reus promittendi*, le promettant.

Mais selon le verbe dont il est fait usage, la stipulation prend des noms particuliers : on distingue ainsi la *sponsio*, la stipulation proprement dite, la *fidepromissio*, la *fidejussio*. Toutes ces variétés ne sont pas apparues ensemble; nous allons, en les étudiant, faire l'histoire de la stipulation.

## A/ LA SPONSIO

La *sponsio* se caractérise par l'emploi du verbe *spondere*; c'est la plus ancienne de toutes les formes de stipulations : la Loi des XII Tables en avait expressément reconnu la validité, en la sanctionnant au moyen de la *judicis postulatio* (Gaius IV.17 a).

### SES ORIGINES

Sur l'origine de la *sponsio*, on ne peut guère proposer que des hypothèses plus ou moins vraisemblables.

- a) On a soutenu que primitivement la *sponsio* servait à créer un engagement (*Haftung*) à la charge d'une sorte de garant, appelé *sponsor*, qui répondait de la dette (*Schuld*) d'autrui (1). Cette doctrine est basée principalement sur le fait qu'à l'époque classique, le mot *sponsor* est employé, non pas pour désigner tout individu qui s'oblige par *sponsio*, mais uniquement la caution, qui par une *sponsio*, garantit la dette d'autrui. On prétend qu'à l'origine quiconque s'engageait par *sponsio* était *sponsor*, c'est-à-dire garant. Puis on aurait permis au débiteur de s'obliger lui-même par *sponsio*, mais on n'osa pas l'appeler *sponsor*, parce que ce mot avait conservé son sens de "garant".

Cet argument terminologique est sans valeur : il ne pourrait faire l'impression que si l'on avait la certitude que le mot *sponsor* est très ancien dans la langue latine. Or il semble bien que dans le vieux latin, celui qui faisait une *sponsio* ne s'appelait pas *sponsor*, mais *sponsus* (Varron L.L. 6.69).

- b) Il convient également d'écarter l'hypothèse de Savigny qui ne trouve plus guère de partisans : d'après Savigny, la *sponsio* proviendrait d'une dégradation des formes du *nexum*; elle serait un *nexum* dépouillé de ses formalités *per aes et libram* et réduit à la *nuncupatio*.

Cette hypothèse est insoutenable, car on ne voit pas comment du monologue qu'est la *nuncupatio* aurait pu sortir le dialogue qu'est la *sponsio*. Cette hypothèse a surtout le tort de faire apparaître la *sponsio* beaucoup trop tard, à l'époque où le *nexum* tombe en décadence, donc après

---

(1) Doctrine de MITTEIS, développée par CORNIL (Ancien Droit Romain p. 93) : d'après ces auteurs, en Droit ancien, le débiteur, en offrant à son créancier un garant appelé *sponsor*, se libérait complètement, et le *sponsor* seul restait obligé.

la loi *Poetelia Papiria* : or depuis la découverte des nouveaux fragments de Gaius on sait que la *sponsio* existait déjà au temps de la loi des XII Tables.

- c) Le rapprochement qu'on peut faire entre le mot latin *sponsio* et le mot grec *spondé* avait déjà incité Girard à attribuer une origine religieuse à la *sponsio* : (en Grec, *spondé* signifie "libations" : le pluriel *spondai* était employé pour désigner particulièrement les libations faites à l'occasion d'un traité international, et de là, les traités eux-mêmes). Cette hypothèse a été soutenue avec beaucoup de force par M. Magdelain (thèse Paris 1943). Avant de devenir un contrat *verbis* du *jus civile*, la *sponsio* a d'abord été une cérémonie religieuse composée d'un sacrifice aux dieux et d'un serment. Celui qui s'engageait par *sponsio* accomplissait des rites qui attiraient sur lui la colère des dieux s'il ne tenait pas parole. M. Magdelain pense même que celui qui violait la *sponsio* devenait *homo sacer*, un maudit, que l'on pouvait tuer impunément et qui risquait d'être lynché.

Selon M. Magdelain, c'est la loi des XII Tables qui, tout en faisant disparaître le système de la sacralité, aurait laïcisé la *sponsio* pour en faire un acte du *jus civile*, sanctionné par une *legis actio*.

L'hypothèse d'une origine religieuse de la *sponsio* trouve un appui solide dans le fait qu'après les XII Tables, l'échange solennel des paroles s'accompagnait encore dans certains cas, de cérémonies religieuses. Ainsi en était-il de la *sponsio* du droit international. Les traités internationaux (de paix, d'alliance) pouvaient prendre soit la forme d'un *foedus* (avec intervention de prêtres spéciaux, les *féciaux*) - soit d'une *sponsio*. Après la défaite des Fourches Caudines (433 U.C.) c'est une *sponsio* que les consuls passèrent avec les chefs Samnites : cette *sponsio* fut accompagnée de sacrifices et de serments.

La *sponsio* du droit privé avait été complètement laïcisée; cependant celle qui servait à faire les fiançailles (*sponsalia*) était encore entourée de cérémonies religieuses ("*interpositis rebus divinis*" selon Festus).

#### SES DESTINEES

Si nous laissons de côté ces applications assez spéciales de la *sponsio*, elle n'est à l'époque historique, pas autre chose qu'un contrat *verbis*, qui se fait en employant le verbe *spondere* : "*Spondesne - spondeo*" = "T'engages-tu ? - Je m'engage". Au temps de Gaius, la *sponsio* était encore très usitée. Mais Gaius nous fait savoir que la *sponsio* n'était possible qu'entre Romains (III.93) : si un pérégrin se servait du mot *spondere* pour stipuler ou pour promettre, l'acte était radicalement nul. La *sponsio* est un acte du droit quiritaire; cependant la *sponsio* du droit international se

fait avec les étrangers, puisqu'il s'agit là d'un traité entre Rome et une puissance étrangère; mais comme le remarque finement Gaius, ce n'est pas une exception à la règle, car la *sponsio* du droit international et la *sponsio* ordinaire appartiennent à deux catégories juridiques différentes, comme cela ressort de leurs sanctions : celle-ci est sanctionnée par une action en justice, tandis que celle-là n'a d'autre sanction que la guerre (*jure belli res vindicatur* : G. III.94).

La *sponsio* occupait une place importante dans le droit privé des Romains. Toutes sortes de conventions en vue de faire naître des obligations entre citoyens pouvaient recevoir une complète validité grâce à ce procédé. La *sponsio* jouait par ailleurs un rôle dans la procédure civile (procédure *per sponsionem*, déjà en usage au temps des actions de la loi, se rencontre encore à l'époque classique en matière d'interdits). Les nombreuses stipulations prétoriennes, prévues dans l'édit, se faisaient entre citoyens par *sponsio*.

Enfin, en matière de cautionnement, la *sponsio* a joué un rôle important. Ne pouvaient être garantis par des *sponsores* que les dettes résultant d'un contrat *verbis*, et encore fallait-il que le créancier, le débiteur principal et les cautions fussent tous citoyens romains.

Cette forme de cautionnement présente cette particularité que l'obligation du *sponsor* est strictement personnelle, intransmissible passivement : les héritiers du *sponsor* ne sont pas tenus. Il est difficile de savoir si cette intransmissibilité est une règle particulière à la matière du cautionnement par *sponsio*, ou si au contraire elle ne concernait pas primitivement toutes les obligations provenant d'une *sponsio*.

Lorsque le droit de cité fut accordé à tous les habitants de l'empire, il ne semble pas que les nouveaux citoyens aient profité de cette mesure pour employer la *sponsio*, qui leur était autrefois interdite. Par contre, les descendants des citoyens de vieille souche cessèrent d'utiliser cette forme de contrat lorsque son emploi cessa d'être pour eux un privilège; la *sponsio* tomba en désuétude à la basse-époque. Il n'en est plus question dans la compilation de Justinien, du moins de façon visible; nombreux sont au Digeste les textes qui concernent en réalité la *sponsio* mais qui par interpolation, ont été mis au compte de la *fidejussio*, autre mode de cautionnement dont nous parlerons plus loin.

## B/ LA STIPULATION PROPREMENT DITE

Lorsque les relations avec les étrangers devinrent fréquentes, il devint nécessaire d'établir un contrat *verbis* dans lequel il leur fut permis de figurer : on se servit du procédé dont la *sponsio* fournissait le modèle, mais en prenant soin de ne pas employer le verbe *spondere*.

Un nouveau contrat fut créé : on le plaça sous le patronage de la *Fides*, la déesse des relations Internationales : c'est la *fidepromissio* qui se fait dans les termes "*fide tua promittesne*" = "promets-tu sous ta foi". On se dispensa ensuite d'ajouter cette invocation à la *fides* et l'on vit apparaître la stipulation proprement dite qui s'est d'abord faite dans la forme

Le mot "stipulation" est souvent employé dans un sens large pour désigner les différentes sortes de contrats *verbis* qui se font par dialogue; ainsi Gaius (IV.17 bis) dans un passage où il est question d'une *sponsio* n'hésite pas à dire "*quod ex stipulatione petitur*". Mais au sens étroit, la stipulation c'est le contrat *verbis* du *jus gentium*, accessible aux pérégrins et qui se fait dans la forme "*promittesne - promitto*".

L'existence de ce genre de stipulation est attesté par un document de 186 av. J.C. : S.C. des Bacchanales, qui distingue le fait de *conspondisse* et de *compromississe*. Elle était à cette date peut-être en usage depuis déjà longtemps.

Les mots *stipulari*, *promittere* éveillent l'idée de cérémonies qui ont pu faire primitivement de la stipulation un acte plus compliqué. On peut songer, avec l'étymologie *stips* (= monnaie), à des arrhes que le débiteur *pro-mittebat*, mettait devant lui. A moins que *promittere* ne doive s'entendre dans le sens de *promittere dextram* = avancer la main droite; ce qui ferait alors penser à une formalité du genre de la paumée et qui, à Rome, pourrait avoir un rapport étroit avec la *fides*. Mais aucun témoignage ne permet de vérifier ces hypothèses basées uniquement sur l'étymologie.

#### C/ FORMES UTILISEES EN MATIERE DE CAUTIONNEMENT

Nous avons vu que la *sponsio* pouvait servir à engager des cautions appelées *sponsores* mais cette forme de cautionnement n'était possible qu'entre citoyens romains. D'autres procédés - du *jus gentium* ceux-là - furent admis : d'abord la *fidepromissio* puis la *fidejussio*. Dans le droit de Justinien, de toutes ces variétés de cautionnement *verbis* la *fidejussio* seule avait survécu.

#### D/ CLAUSES QUI MODIFIENT LA STIPULATION

La phrase qui constitue le contrat *verbis* peut être réduite à sa plus simple expression : elle peut se composer simplement d'un verbe (*spondeo*, *promitto*, *fidepromitto*, etc.) qui exprime le consentement, et d'un complément (*dare pecuniam*, *dari servum*) qui indique l'objet de l'obligation et détermine ce qui sera dû par le promettant.

Mais des modalités peuvent être insérées dans la stipulation. Ce contrat solennel était beaucoup plus souple que les autres actes formalistes : le *cens* et la *vindicta* en matière d'affranchissement, la mancipation et l'*in jure cessio* en matière de transfert de droits réels ou de puissance, ne pouvaient produire que des effets immédiats. Il était au contraire permis de retarder l'exécution de la dette, ou même de subordonner son existence à l'arrivée d'un événement, en insérant dans les paroles de la stipulation un terme ou une condition (1).

On ne devait en principe stipuler qu'une seule chose à la fois. Mais on pouvait ajouter dans toute stipulation une *clausula doli*, aux termes de laquelle le débiteur promettait de s'abstenir de tout dol dans l'exécution de ses engagements. Cette clause accessoire présentait un grand intérêt pratique. La stipulation est en effet un contrat de droit strict; si la promesse faite est exécutée au pied de la lettre, le créancier n'a pas à se plaindre, même si le débiteur a réussi par des procédés dolosifs à lui causer un grave préjudice. Il en est tout autrement si le contrat contient la clause de dol : le promettant est alors tenu de s'abstenir de tout dol et il est strictement responsable de tout préjudice causé au créancier par ses agissements malhonnêtes ou malintentionnés : par la clause de dol, il s'est en effet strictement engagé à ne commettre aucun dol.

Le *jus civile* assurait le respect de ces modalités et de ces clauses; si le créancier agissait en justice avant le terme convenu, il commettait une *plus petitio*. Si le contrat contenait la clause de dol, l'action même du contrat (*actio ex stipulatu*) sanctionnait la promesse de s'abstenir de tout dol.

## § 2 - LE FORMALISME DE LA STIPULATION ET SA DEGRADATION

Les différentes variétés de stipulations sont toutes soumises à des règles de formes qui leur sont communes. Les exigences de ce formalisme, très rigoureuses à l'origine, se sont atténuées au cours des siècles : dans le droit de Justinien, elles se réduisent, somme toute, à assez peu de chose.

### A/ LES PRINCIPES ANCIENS

Si nous examinons le formalisme de la stipulation au point de départ de son évolution, il se caractérise de la façon suivante :

---

(1) La stipulation conditionnelle a été employée d'assez bonne heure : la promesse de restituer la dot en cas de dissolution du mariage (*cautio rei usoriae*) est conditionnelle : elle était en usage au II<sup>o</sup> s. av. J.C. (AULU GELLE 4.3).



a) La stipulation est un acte oral :

C'est pourquoi les sourds et les muets ne peuvent devenir ni créanciers ni débiteurs par stipulation.

b) C'est un acte solennel :

Pour exprimer leur accord, les parties doivent se servir de certains mots, de certains verbes - ceux auxquels le droit civil reconnaît la vertu de créer des obligations (les verbes *spondere*, *fidepromittere*, *promittere*).

c) C'est un dialogue :

Un contrat par demande et réponse. La partie qui désire devenir créancière parle la première : elle prend l'initiative du contrat, en choisit les termes. Aussi, en cas de doute sur le sens des termes employés, on doit préférer l'interprétation la plus favorable au débiteur; il appartenait au créancier de s'exprimer plus clairement.

d) Principe de la concordance (*congruentia*) :

Celui qui consent à devenir débiteur répond : primitivement les Romains, avec une logique un peu lourde, exigeaient que la réponse correspondît point par point à la question posée. Il fallait non seulement une concordance de fond (promettre l'objet même qu'avait stipulé le créancier), mais encore une concordance de forme (promettre en répétant exactement les mots dont s'était servi le stipulant). Cette concordance verbale paraissait être le plus sûr moyen de manifester l'accord des parties.

e) Le *continuous actus* :

La réponse devait suivre immédiatement la question; la stipulation est un acte solennel dont toutes les formalités doivent être accomplies sans interruption, "*uno contactu*" (d'un seul trait); c'est un *continuous actus*. Ce principe a pour conséquence de rendre la stipulation impossible entre absents : elle exige la présence des deux parties. Elle ne peut se faire en envoyant au loin la question ou la réponse par l'intermédiaire d'un messenger, ou dans une lettre.

f) La stipulation ne peut pas se faire par l'intermédiaire d'un mandataire :

Aucune représentation ne peut être admise. En effet les *verba* rendent créanciers ou débiteurs ceux qui les ont prononcées, et l'on ne peut ni stipuler ni promettre pour autrui.

## B/ JURISPRUDENCE CLASSIQUE

L'emploi très fréquent de ce contrat devait fatalement provoquer une simplification de ses formes. On peut noter cependant que la jurisprudence classique en respectait encore les principes essentiels. Sans doute une certaine représentation était admise : le chef de famille profitait des stipulations dans lesquelles ses fils ou ses esclaves avaient joué le rôle de créanciers; mais ce n'était là que l'application d'une règle générale introduite assez tôt en Droit Romain : les fils et les esclaves peuvent rendre meilleure la condition de leur *pater* en empruntant sa personnalité.

La jurisprudence classique ne fit guère fléchir le formalisme de la stipulation que sur un point : l'emploi des termes consacrés par le *jus civile* cessa d'être exigé. Gaïus est déjà d'avis qu'il n'est pas indispensable de prononcer les mots *spondesne* ou *promittesne* pour faire une stipulation valable : elle peut se faire dans la forme "*dabis-dabo*" ou "*facies-faciam*". Il admet même que les parties s'expriment en langue grecque (Gaïus III.93).

Ulpien va plus loin (D. 45.1.186) : de son temps on mettait encore en doute la validité d'une stipulation faite dans une autre langue que le Latin ou le Grec, mais il est d'avis qu'il n'est pas indispensable que les parties s'expriment toutes deux dans la même langue; l'une peut stipuler en Latin, l'autre répondre en Grec et vice-versa : il suffit qu'elles se comprennent ou se fassent comprendre par l'intermédiaire d'un interprète.

Cette solution indique que la concordance verbale n'est plus exigée et c'est bien ce qu'affirme Ulpien (h.t. 136) : "Si l'objet du contrat peut être désigné par des mots différents, la stipulation n'est pas nulle du fait que les parties se sont servies de termes différents". Par contre la jurisprudence classique maintient fermement le principe de la concordance de fond : si l'un stipule une chose et l'autre en promet une autre, il est manifeste que les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord : il n'y a pas de contrat : Gaïus III.102 : "Si je stipule de toi 10 et si tu me promets 5, la stipulation est nulle".

On était par conséquent parvenu dès l'époque classique à débarrasser la stipulation de ce qu'il y avait de plus étroit dans son formalisme; il n'était plus indispensable d'employer des termes solennels, ni de respecter une parfaite concordance verbale entre la demande et la réponse. Cette solution reçut sa consécration officielle beaucoup plus tard, dans une constitution de Léon le Philosophe en 472 (C. 8.37 (38) - 10) : "Les stipulations, quoique non conçues en termes solennels et directs, sont néanmoins valables, pourvu qu'elles expriment le consentement des parties". Cette constitution concerne, comme nous le verrons, des stipulations qui ne sont plus orales, mais écrites.

La compilation de Justinien attribue aux jurisconsultes classiques quelques solutions plus hardies : mais il est douteux qu'ils en soient les auteurs.

- Un texte du Digeste (45.1-11) permet aux parties de laisser s'écouler un certain laps de temps entre la demande et la réponse; mais cette entorse au principe du *continuus actus* est-elle bien d'Ulpien ? Ce fragment (h. § 2) fait dire au même Ulpien qu'il y a une stipulation valable si, à la question du créancier "*dabis ?*", le débiteur répond "*quidni ?*" (pourquoi pas). En s'exprimant ainsi, le débiteur non seulement ne respecte pas la concordance verbale, mais fait une réponse qui n'est pas nettement affirmative : Il est peu vraisemblable qu'un jurisconsulte classique ait pu la considérer comme une vraie promesse.

- Envisageant (au § 4) le cas où le créancier ayant stipulé 20, le débiteur répond en promettant 10, Ulpien déclare (d'après le Digeste) que la stipulation vaut pour 10. Il est évident qu'Ulpien n'a pas dit cela : Il ne pouvait que constater la nullité d'une telle stipulation, comme le fait Gaius dans ses Institutes (III.102).

Ces solutions ont été glissées dans les textes classiques, soit par des commentateurs de basse-époque, soit par les compilateurs.

A l'époque de Justinien, des modifications beaucoup plus graves ont été apportées au formalisme de la stipulation : elles sont l'aboutissement de toute une évolution provoquée par la pratique de la stipulation écrite.

## C/ LA STIPULATION ECRITE

Il faut toujours distinguer avec soin la forme du contrat et la preuve du contrat : en Droit Romain, les formalités qui servent à faire naître l'obligation n'ont généralement rien de commun avec celles que le créancier, s'il est prudent, ne manquera pas de remplir, pour se ménager la preuve du contrat.

### La cautio :

Ainsi, en matière de stipulation, on peut remarquer que la présence de témoins n'est nullement exigée pour que ce contrat soit valable : deux individus échangent entre eux, dans le plus grand secret, les paroles de la stipulation : cela suffit, le contrat se forme. Mais d'un tel contrat, il est à craindre que le créancier ne puisse tirer aucun avantage : quand il voudra le faire exécuter, le débiteur pourra facilement lui répondre : "Vous prétendez que je me suis engagé envers vous par stipulation; eh bien, prouvez-le !".

Ordinairement le créancier ne manquait pas de prendre ses précautions pour s'assurer une preuve du contrat. Les Romains ont connu deux sortes de preuves : la preuve par témoins, et la preuve par écrit. Pour prouver l'existence de la stipulation, le procédé le plus commode consistait à remplir les formalités orales du contrat en présence de témoins, puis à rédiger un écrit qui constatait que la stipulation avait été faite. Les témoins apposaient leurs cachets sur ce document pour en garantir la sincérité. Cet écrit, appelé *cautio* était remis au créancier; c'était le titre qui lui permettait de prouver, le cas échéant, l'existence du contrat.

Ce mode de preuve devint vite usuel : Cicéron range la stipulation parmi les actes qui, à son époque, "donnent lieu à un écrit".

Des documents de la pratique des I<sup>o</sup> et II<sup>o</sup> s. de notre ère permettent de se faire une idée assez précise de ce qu'était une stipulation écrite : ainsi un acte de 162 (FIRA N<sup>o</sup> 123) déclare : "Anduenna a stipulé qu'il serait versé 140 deniers et les intérêts ... etc., ce que Julius Alexander a promis". Dans les actes de vente, on trouve une stipulation particulière concernant les vices et l'éviction : l'acheteur stipule, le vendeur promet que la chose vendue est exempte de vices et qu'une indemnité sera payée à l'acheteur si une éviction se produit. Ces écritures font apparaître le dialogue : l'une des parties a stipulé, l'autre a promis et l'objet de la stipulation est parfaitement précisé. Les parties ont-elles réellement prononcé les paroles de la stipulation ? C'est douteux.

Vers la fin de l'époque classique, les scribes ont souvent trouvé inutile de mentionner dans leurs écritures la question posée (ou censée posée) par le créancier et se contentaient d'indiquer que le débiteur avait promis. Paul va même jusqu'à admettre que l'existence d'une stipulation peut résulter d'une simple lettre missive par laquelle le débiteur reconnaît qu'il a promis, à condition que les parties aient été présentes au moment où le dialogue est censé avoir lieu (1). Le même Paul dans ses Sentences (5.7.2.) est d'avis que si l'écrit indique que le débiteur "a promis", on doit présumer qu'il a répondu à une question posée par le créancier. L'écrit, mentionnant la promesse du débiteur, jouit d'une présomption de vérité et suffit pour établir la preuve qu'une stipulation a été faite.

La stipulation, formalité orale à l'origine, est devenue une formalité écrite, qui consiste à indiquer dans l'acte écrit que le débiteur "promisit". Encore cette formalité fut-elle assouplie par la constitution de Léon de 472 (C.J. 8.37.10) qui autorise l'emploi, dans les actes écrits, de n'importe quel terme pour indiquer l'existence d'une stipulation : les termes sacramentels ne sont plus nécessaires.

Dans cette évolution, il y a un élément formaliste, qui existait déjà certes dès l'origine, mais qui va prendre une grande importance : c'est l'exigence de la présence des parties. La présomption de vérité

---

(1) FEENSTRA : "L'*epistula* comme preuve d'une stipulation". Studi Betti II p. 407.

qui s'attache à la stipulation écrite ne peut tenir que si les parties sont présentes; si, au moment où la stipulation est censée avoir été faite, les parties n'étaient pas réunies, il est évident que cette prétendue stipulation n'a pas pu avoir lieu.

Dans la pratique courante de la basse-époque, "en droit vulgaire" la tentation a été grande de rédiger des stipulations écrites, sans réunir les parties. C'était évidemment contraire aux exigences élémentaires de la stipulation romaine; mais des modifications apportées aux textes classiques laissent entrevoir ces tendances hérétiques: ainsi le texte de Paul (Sent. 5.7.2.) commence par poser le principe romain: "l'obligation par paroles se contracte entre personnes présentes, mais pas entre absents". Puis vient un développement sur la stipulation écrite, introduit par un "*quod si*" très suspect: "Par contre si on a rédigé un écrit ...". Ce "par contre" a tout l'air de dire que si on rédige un écrit la présence des parties cesse d'être indispensable. Et c'est bien ainsi que l'*interpretatio* wisigothique a l'air de comprendre le texte des Sentences. En présence de ces tendances contraires aux principes romains, Justinien a réagi, pour aboutir finalement à une solution de compromis.

Il restaure la sainte doctrine romaine selon laquelle la stipulation est un contrat *verbis*, un contrat en principe oral, et dans ses Institutes, il rappelle qu'en conséquence, ce genre de contrat est interdit aux sourds et aux muets (Inst. 3.19.7). Mais dans la constitution de 531 (C.J. 8.37.14) Justinien règle la question de la présence des parties en cas de stipulation écrite, en attachant une force probante exceptionnelle à l'écrit qui constate une stipulation. Le débiteur ne peut pas facilement arguer de l'absence des parties pour écarter la présomption de vérité dont l'acte écrit bénéficie. Si le débiteur invoque l'absence des parties, il devra la prouver "au moyen d'écrits ou de témoins irréprochables" et il lui faudra prouver que les parties ne se trouvaient pas dans la même ville le jour où la stipulation est censée avoir été faite. Si les parties se trouvaient dans la même ville le jour du contrat, l'écrit qui constate la stipulation est inattaquable, alors même qu'en fait, elles ne se seraient pas rencontrées.

Cela revient à dire qu'en vertu de la constitution de 531 la stipulation écrite peut valablement se faire entre absents, si les parties se trouvent dans la même ville le jour où le contrat est rédigé. Solution assez logique: la stipulation ayant en fait cessé d'être un contrat oral, il n'y avait plus de raison d'exiger la présence des parties. Justinien exige tout de même qu'elles soient dans la même ville.

#### D/ LA CLAUSE STIPULATOIRE

C'est une petite phrase ajoutée à la fin d'un acte écrit dans l'espoir de procurer une plus grande validité à toutes les dispositions qu'il contient.

Il ne faut pas confondre cette clause avec la stipulation écrite; elle s'en distingue à bien des égards :

- 1) Elle ne fait ordinairement aucune allusion à un dialogue entre les parties (sauf dans le cas de la clause grecque "interrogé, j'ai répondu").
- 2) Elle ne contient rien qui permette de savoir s'il s'agit d'une *sponsio*, d'une *fidepromissio*, d'une *promissio*.
- 3) Elle n'a pas un objet précis et déterminé : elle a la prétention de valider en bloc toutes les conventions inscrites dans l'acte.
- 4) A tel point que si l'acte contient des engagements réciproques, elle prétend les valider tous, faisant jouer par conséquent par chaque partie le rôle tout à la fois de stipulant et de promettant.

Il ne semble pas que ce genre de clause ait été connu en Occident à l'époque classique. La tablette Herculaneum 4 (1<sup>o</sup> s.) se termine par une stipulation qui intéresse l'ensemble de l'acte, mais c'est une véritable stipulation écrite, mentionnant le dialogue et indiquant même qu'il s'agit d'une *sponsio* (*stipulatus ... sponendi*). A la fin du V<sup>o</sup> s., les tablettes Albertini ne nous offrent aucun exemple de clause stipulatoire et contiennent par contre des stipulations écrites (stipulations de garantie dans les ventes), avec indication du dialogue et du type de stipulation employé.

La clause stipulatoire se manifeste en Occident très tardivement : vente faite à Ravenne en 591 (FIRA n<sup>o</sup> 140) : l'acte très long se termine par cette clause : "*sub stipulatione et sponsione interposita*" = "sous le couvert d'une stipulation et d'une *sponsio* qui sont intervenues". La clause "*stipulatione subnixta*" se rencontre dans des chartes bavaoises des VII<sup>o</sup> et VIII<sup>o</sup> s. et plus encore dans des actes de l'époque franque.

En Orient et surtout en Egypte, on trouve, rarement au II<sup>o</sup> s., très souvent à partir du III<sup>o</sup> s., cette clause grecque, placée à la fin des actes : "*kai éperôtêtheis hōmologēsa*" = "et ayant été interrogé, j'ai reconnu".

Est-ce une allusion à la stipulation, une clause stipulatoire ? la question a été très discutée.

Les Orientaux, bien moins formalistes que les Romains, avaient admis dès la plus haute Antiquité, qu'un débiteur était valablement obligé s'il manifestait son consentement, en rédigeant de sa propre main une sorte d'aveu : un chirographe.

La domination romaine en Egypte n'a d'abord rien changé à cette façon de faire. Mais l'édit de Caracalla de 212, ayant donné aux habitants de l'Egypte la qualité de citoyens romains, ceux-ci furent amenés à tenir davantage compte des exigences du Droit Romain. Pour donner aux actes écrits une validité incontestable, du point de vue du Droit Romain, les scribes crurent adroit d'ajouter à leurs écritures une allusion à une stipulation, censée faite entre les parties.

Cette explication proposée par Mittels a été confirmée et précisée par Arangio-Ruiz (Bull. Inst. Egypte 1948) qui, examinant un nombre considérable de documents papyrologiques, est arrivé à cette constatation que c'est un peu après l'édit de Caracalla, exactement à partir de 220, que cette clause devient fréquente dans la pratique égyptienne. Les scribes, qui ne savaient pas très bien ce qu'était la stipulation romaine et ce que signifiait cette clause magique, en font un usage intempestif, jusque dans les testaments.

Et c'est ce qui a provoqué une réaction de la part de De Visscher (Symb. Taubenschlag, 1957 et BIDR 1960) Le savant romaniste belge n'admet pas que les scribes égyptiens aient pu être stupides à ce point et en arrive à penser que la fameuse clause grecque n'aurait rien à voir avec la stipulation romaine; ce serait une formule employée pour valider les écritures. Lorsque l'acte est terminé, le scribe demande à la partie Intéressée (débiteur ou testateur), si ce qui est écrit correspond bien à ce qu'il veut faire, et la partie reconnaît que l'acte est correct : "et Interrogé sur ce que contient ce document écrit, j'ai répondu que j'étais d'accord". Ce serait l'équivalent de notre actuel "lu et approuvé".

Mais cette ingénieuse explication se heurte à de très graves objections : dans des actes ou des textes juridiques où il s'agit très certainement de stipulations romaines, nous constatons que les verbes *homologeô* et *eperôtaô*, qui figurent dans notre clause, sont ceux qu'on employait pour traduire en Grec les termes latins *promitto* et *stipulari* (cf. SEIDL, 1957, Dieter SIMON : Stud. zur Praxis der Stip. 1964 et c.r. SEGRE : IURA 1966, p. 13, AMELOTTI : IURA 1965, p. 236).

Cette clause, introduite dans la pratique orientale pour valider les actes en y ajoutant une stipulation, n'a pas été toujours très bien comprise des scribes : ils y ont vu une formule de validation comparable à la clause *kyria* (= que cet acte ait pleine validité) qu'ils avaient, depuis longtemps, l'habitude d'insérer dans leurs écritures.

### § 3 - ROLE PRATIQUE DE LA STIPULATION

Tout ce qui peut faire l'objet d'une obligation peut être promis par stipulation (*dare, facere, praestare*). La stipulation a été employée largement, non seulement à l'époque ancienne, mais encore au Bas-Empire : c'était une sorte d'estampille juridique dont on pouvait facilement munir les conventions les plus diverses pour les valider.. On s'en servait pour assurer la restitution d'un prêt, le paiement des Intérêts, obliger le vendeur à fournir une garantie à l'acheteur, réaliser une donation, une constitution de dot, obliger le mari à restituer la dot en cas de dissolution, etc ... La stipulation est le procédé dont on se servait pour réaliser la solidarité active et passive, le cautionnement, la novation.

Le préteur contraint les particuliers à passer entre eux une stipulation dite "prétorienne" dont l'édit fournit le modèle, soit pour assurer la marche du procès (*cautio judicatum solvi, cautio de rato, etc.*) soit pour sauvegarder des Intérêts dignes de protection (stipulations au profit du pupille, du nu-propriétaire (*cautio damni infecti, collationis, legatorum, etc ...*)). Dans l'intérêt du public, les édiles curules imposaient aux marchands d'esclaves une stipulation en vue de garantir l'acheteur contre les vices et l'éviction (stipulations édiliciennes).

L'obligation résultant d'une stipulation était reconnue par le *jus civile* : de sorte qu'en cas d'inexécution, le stipulant pouvait agir en justice contre le promettant.

La Loi des XII Tables prévoyait l'emploi de la *judicis postulatio* au cas de *sponsio* d'une somme d'argent. Puis les lois *Silia* et *Calpurnia* ont créé une nouvelle action de la loi, la *condictio*, pour toutes les créances ayant un objet "certain" : la stipulation dont l'objet était de l'argent ou une *res certa* bénéficiait de cette nouvelle procédure.

Dans la procédure formulaire, deux actions civiles, *in jus*, de droit strict, sanctionnent la stipulation, selon que son objet est "certain" ou "incertain". Pour la stipulation *certa*, la sanction continue à porter le nom de *condictio*. Lorsque la créance a pour objet une somme d'argent, la *condictio* dite *certae pecuniae* présente des particularités très intéressantes pour le créancier (serment nécessaire *in jure*, pénalité d'un tiers résultant d'une *restipulatio tertiae partis*). La formule d'action de la *condictio* est abstraite, parle de *dare oportere* sans mentionner la stipulation, source et cause de cette obligation.

Si la stipulation a un objet incertain (*facere, non facere, stipulation de dol, etc.*), la sanction (qui paraît bien dériver de l'ancienne *judicis postulatio*) est encore une action de droit strict, mais dont la formule (cf. Gaius 4.136) présente "en guise de *demonstratio*" une *praescriptio* qui fait savoir que c'est en vertu d'une stipulation que le demandeur se prétend créancier : cette action *ex stipulatu* laisse au juge le soin d'estimer en argent le montant de la condamnation, sans pouvoir dépasser



un plafond (*taxatio*) résultant de l'estimation faite par le demandeur lui-même au début du procès. Du fait que cette action soit mentionnée pour la première fois dans la loi *Rubria* (entre 49 et 42 av. J.C.) et que Labéon émette encore des doutes sur la validité de la *cautio de dolo*, certains auteurs soutiennent qu'il n'était pas possible à l'époque ancienne de stipuler un *incertum*. Nous objecterons que la *sponsio* des fiançailles est fort ancienne (Aulu Gelle 4.4); or c'est une stipulation dont l'objet est un *face-re*: le fiancé promet d'épouser.

L'action *ex stipulatu incerti* n'a rien à voir avec la *condictio*: Il ne peut être question de *condictio* que pour des obligations *certainae*; c'est par un abus de langage que les juristes de très basse époque ont donné le nom de *condictio incerti* à l'action *civilis incerti*, admise par la jurisprudence du 1<sup>o</sup> s. de notre ère, en cas d'enrichissement injuste ayant un objet *incertum*. Ce développement donné à la théorie de l'enrichissement injuste est, bien entendu, absolument étranger à la stipulation *incerti* et à l'action *ex stipulatu*.

#### § 4 - LES CONTRATS VERBIS AUTRES QUE LA STIPULATION

La stipulation est de beaucoup le plus important des contrats *verbis*, mais ce n'est pas le seul. Les Romains ont connu d'autres contrats qui se forment par la prononciation de paroles solennelles: le *jusjurandum liberti* et la *dictio dotis*. Ces contrats *verbis*, à la différence de la stipulation, répondent à des situations concrètes bien déterminées.

##### A/ LE JUSJURANDUM LIBERTI :

Le serment (*jusjurandum*) est un acte religieux: il consiste à prendre les dieux à témoin de la véracité de ce qu'on affirme, ou des engagements que l'on assume... Bien qu'à Rome, le Droit ait été de bonne heure séparé de la religion, on y a toujours réservé une place importante au serment.

Nous rencontrons souvent l'emploi du serment dans la procédure. Il sert à donner plus de poids à certaines affirmations; ainsi les témoins prêtent serment; les plaideurs jurent de ne pas agir par esprit de chicane; dans quelques actions (comme la revendication, l'*a. stipulatu*) le demandeur, dès le début du procès, fixe lui-même sous serment la valeur de l'objet du litige.

Le serment sert surtout comme moyen de preuve; il s'agit alors d'un serment probatoire, prêté par l'un des plaideurs. Dans certaines actions (comme la *condictio certae pecuniae*, le serment nécessaire permet de terminer le procès *in jure*; de toutes façons, le juge peut avoir recours à ce mode de preuve: il peut déférer le serment à l'un des plaideurs.

D'autre part les particuliers ont la faculté de terminer à l'amiable le différend qui les oppose, en décidant d'un commun accord de s'en remettre au serment que prêtera l'un d'eux (nous retrouverons ce serment volontaire quand nous arriverons à l'étude du pacte de serment).

Enfin le serment peut appuyer une promesse : c'est un serment promissoire - le seul genre de serment dont nous ayons à nous occuper pour le moment. Il s'agit bien là d'une source d'obligations : c'est une sorte de contrat, qui se forme *verbis* par la solennité orale du serment.

Aux premiers temps de Rome, alors que le droit et la religion se confondaient encore, le serment était probablement le procédé le plus usité pour rendre une promesse efficace : la *sponsio* primitive comprenait probablement un serment.

La Loi des XII Tables, en procédant à la laïcisation du droit privé, en fit disparaître à peu près complètement le serment comme source d'obligations. Le serment promissoire continua à jouer un rôle en droit public et en droit international. En droit privé, il subsista, pour des raisons particulières, dans le cas très spécial du *jusjurandum liberti* : le serment de l'affranchi.

Il s'agit de l'hypothèse du maître qui, tout en voulant affranchir son esclave, désire se réserver des droits sur une partie de l'activité de l'affranchi : il désire que l'affranchi lui fournisse gratuitement des *operae*, c'est-à-dire un certain nombre de journées de travail tous les ans. Or un esclave est incapable de s'obliger envers son maître et si l'on attend pour lui demander cette promesse qu'il soit devenu libre, il est à craindre qu'une fois affranchi il refuse de la faire. On tourna la difficulté en utilisant la capacité qui a toujours été reconnue à l'esclave sur le plan de la religion. Avant d'être affranchi, l'esclave promet les *operae* par serment. Ce serment, du point de vue religieux, l'engage véritablement. Puis, après l'affranchissement, un second serment intervient qui, celui-là, est un véritable contrat *verbis* muni d'effets civils. On pouvait aussi faire promettre les *operae* par l'affranchi par stipulation, qui confirmait le serment de l'esclave.

L'obligation ainsi contractée par l'affranchi est sanctionnée par une action en justice : le *judicium operarum*, dont la formule est construite sur le type de la *condictio* avec une *intentio certa*.

A première vue, cela peut paraître étrange; promettre des *operae* n'est-ce pas promettre un *facere*, donc un *incertum* ? Mais les journées de travail avaient une valeur fixe, "certaine".

Une question discutée est de savoir si cette action était civile ou prétorienne (1).

---

(1) Cf. notre "Travail des Hommes Libres", pp. 119 & 129, et J.N. LAMBERT : "Les *operae liberti*", th. Paris 1934, p. 128.

## B/ DICTIO DOTIS :

Ce contrat *verbis* servait à valider la "promesse de dot". Le constituant s'engageait envers le futur époux à fournir une dot, en prononçant des paroles solennelles : la présence du futur époux semble bien avoir été exigée, mais il n'avait pas besoin de manifester son acceptation. Le constituant seul prenait la parole (selon Gaius III.96; ce contrat se fait *uno loquente*).

La *dictio dotis* présente certaines particularités qui s'expliquent si l'on admet qu'elle a d'abord été une clause insérée dans le contrat de fiançailles. Elle ne peut être employée qu'avant le mariage. Ne peuvent s'en servir que la fiancée elle-même, le père de la fiancée et le débiteur de la femme, délégué par elle. Si d'autres personnes (par exemple la mère de la fiancée) veulent promettre une dot, ou si l'on désire la promettre seulement après la célébration du mariage, la *dictio dotis* ne peut pas être employée et il faut se servir de la stipulation ordinaire (*promissio dotis*).

L'obligation résultant de la *dictio dotis* était sans doute sanctionnée à l'origine par l'action même qui sanctionnait les fiançailles (*a. ex sponsu*). A l'époque classique, c'est la *condictio* que le mari peut exercer contre le constituant (Cod. 5.12 - 1, de l'année 201 : *ltp. pollicitatio*).

La constitution de Théodose II et Valentinien III, qui en 428 a reconnu pleine validité à la constitution de dot faite par simple pacte (pacte légitime), fit perdre beaucoup de son intérêt pratique à la *dictio dotis*.

En Orient, où elle n'avait jamais été très employée (1), elle ne tarda pas à tomber complètement en désuétude : la compilation de Justinien n'en parle pas. Par contre en Occident, elle s'est conservée assez longtemps après la constitution de 428 : il en est encore question dans l'"*Et-tome Gai*", résumé de Gaius composé au V<sup>e</sup> s. et annexé à la loi romaine des Wisigoths.

## SECTION II : LES CONTRATS *LITTERIS*

Le contrat par jeu d'écritures, connu sous le nom d'*expensilatio*, a fait son apparition à Rome dans le courant de l'époque républicaine; il semble avoir été très employé au temps de Cicéron.

---

(1) L'emploi de la *dictio dotis* est cependant attesté au II<sup>e</sup> s. de notre ère, par un papyrus latin (MICH. 4703) étudié par BERGER. *Miscellanea Papy - Milan 1950 p. 98* : dans ce document la dot composée de deniers et d'un trousseau est constituée par la femme : une partie de la dot est *aestimata* : seul exemple connu d'*aestimatio dotis* dans une *dictio dotis*.

C'est un contrat solennel de droit strict, dont l'objet ne peut être qu'une somme d'argent (*certa pecunia*) et un contrat du *jus civile* qui, en principe, ne peut se faire qu'entre Romains.

## § 1 - FORME DE L'EXPENSILATIO ET SES EFFETS

### LE CODEX

La formalité qui caractérise ce contrat consiste dans la rédaction de certaines écritures que le créancier porte sur son registre de comptabilité, appelé *codex accepti et expensi* (Cicéron, "Pro Roscio Com." 3.8).

Pour comprendre le mécanisme de l'*expensilatio*, il faut savoir que les Romains, du moins à l'époque républicaine, apportaient dans la tenue de leur comptabilité privée des soins que de nos jours nous n'exigeons que des commerçants. Cela se conçoit si l'on songe que chaque famille comprenait un grand nombre de personnes, constituait une cellule économique importante, grossie par l'activité des fils et des esclaves. La gestion des biens d'une famille nécessitait une comptabilité dont l'ampleur justifiait parfois l'organisation d'un service spécial d'esclaves-comptables.

Le chef de famille avait sa caisse : *arca*. Les mouvements de caisse donnaient lieu à des écritures comptables. On prenait d'abord note, au jour le jour, des différentes opérations, cela constituait ce qu'on appelait les *adversaria*, sorte de cahier brouillon qui n'était susceptible ni de servir de preuve devant les tribunaux ni de faire naître des obligations.

Mais tous les mois les opérations consignées sur les *adversaria* étaient reportées au net sur un registre, qui était tenu avec le plus grand soin : le *codex*. Gaius distingue deux sortes d'écritures qui étaient portées sur ce *codex* : les *arcaria nomina* et les *transcripticia nomina*.

### ARCARIA NOMINA

Les *arcaria nomina* correspondaient à des opérations de caisse qui avaient réellement eu lieu. Le *codex* mentionnait les *accepta* (entrées de caisse) et les *expensa* (sorties de caisse) : d'où le nom de *codex accepti et expensi* donné à ce registre (1). On y inscrivait les noms (*nomina*) des personnes qui avaient reçu de la caisse, ou versé à la caisse - avec indication du montant de l'opération : d'où le nom d'*arcaria nomina* donné à ces écritures.

---

(1) La technique comptable des Anciens paraît bien s'opposer à l'hypothèse, souvent admise, d'écritures portées sur deux colonnes ou deux pages, l'une pour les entrées, l'autre pour les sorties de caisse (JOUANIQUE R.H.D. 1967 pp. 10 sq.).

Leur utilité était celle de toute comptabilité : renseigner le chef de famille sur la situation de sa caisse et lui permettre de faire des vérifications.

Elles pouvaient aussi faciliter la preuve de certaines créances. Supposons en effet que le chef de famille, Marcus, ait consenti un prêt de 10.000 sesterces à Titius. A la date où le prêt est effectué, Marcus inscrit sur son *codex* : "*expensum Titio sestercium X milia mutui nomine*" ("remis à Titius 10.000 sesterces à titre de prêt"); si l'emprunteur Titius est un homme scrupuleux, il n'a pas manqué lui aussi de mentionner le prêt sur son *codex* : à la même date on doit y trouver la mention : "*acceptum a Marco sestercium X milia ex mutuo*" (reçu de Marcus 10.000 sesterces provenant d'un prêt").

En cas de contestation sur l'existence du prêt, Marcus produit son *codex* en justice : si cela ne suffit pas, il exige que Titius produise aussi le sien; si les deux registres sont concordants, la preuve du prêt est faite. Les *arcaia nomina* permettent de prouver l'obligation qui résulte d'un contrat de prêt (*mutuum*) qui est un contrat *re*; comme le dit clairement Gaius (III.131) : "les *arcaia nomina* ne font naître aucune obligation, mais fournissent la preuve d'une obligation déjà née". Par conséquent, ce n'est pas dans ces écritures-là qu'il faut chercher le contrat *litteris*.

### TRANSCRIPTICIA NOMINA

Gaius signale d'autres écritures comptables : les *transcripticia nomina*, qui constituent la formalité du contrat *litteris*. Selon Gaius, ce contrat suppose qu'il existe déjà une obligation. Son effet est de transformer une dette antérieure en une dette nouvelle, au moyen d'un jeu d'écritures.

La *transcriptio* se présente sous deux formes : elle peut être, dit Gaius, soit "*a persona in personam*" soit "*a re in personam*".

#### A/ LA TRANSCRIPTIO A PERSONA IN PERSONAM

(Inscription d'une personne pour une autre). Elle sert à changer de débiteur.

Supposons que le créancier à qui Titius doit 100, consente à avoir comme débiteur Maevius, à la place de Titius. Il parvient à ce résultat en faisant sur son *codex* un jeu d'écritures qui ne correspond à aucune opération véritable de caisse. Il écrit qu'il a reçu (*acceptum*) de Titius la somme de 100, comme si Titius l'avait payée; puis il inscrit qu'il a remis (*expensum*) cette même somme à Maevius, qui en réalité ne reçoit rien. Titius est libéré et Maevius devient débiteur à sa place : son obligation ne découle pas d'un *mutuum*, puisqu'il n'a rien reçu : Il est obligé par la vertu de l'écriture.

## B/ LA TRANSCRIPTIO A RE IN PERSONAM

(Inscription d'une personne pour une affaire antérieure). Elle modifie la cause d'une obligation déjà née, sans changer ni le créancier ni le débiteur.

Le créancier inscrit, à l'*acceptum*, qu'il a reçu le montant de la dette antérieure, comme si Titius avait payé : puis à l'*expensum* il porte cette somme comme s'il l'avait remise à ce même Titius. Titius reste ainsi débiteur de la même somme envers le même créancier : mais au lieu de la devoir en vertu d'une cause quelconque (vente, prêt, délit, etc ...) il la doit désormais en vertu d'un contrat *litteris*.

Nous verrons plus loin qu'à une époque antérieure à celle de Gaius, le contrat *litteris* ne servait pas uniquement à opérer ces sortes de novations; on pouvait s'en servir dans les hypothèses où il n'y avait pas de dette préexistante entre les parties. Qu'on l'utilise dans un but ou dans un autre, ce contrat requiert, pour être valablement conclu, certains éléments essentiels que nous allons préciser.

### ELEMENTS ESSENTIELS DE L'EXPENSILATIO

- 1) L'obligation résulte d'une mention portée par le créancier sur son *codex* : une inscription correspondante sur le *codex* du débiteur n'est pas nécessaire.
- 2) Cette mention était inscrite par le créancier comme *expensum*: d'où le nom d'*expensilatio* donné au contrat. Le créancier écrit une sortie de caisse - d'ailleurs fictive :

Le créancier devait, semble-t-il, porter une mention correspondante à l'*acceptum*; sans quoi sa comptabilité n'aurait plus été en accord avec la caisse : ayant en effet mentionné une sortie qui ne correspondait à aucune sortie véritable, il aurait trouvé de l'argent en trop dans sa caisse, s'il n'avait rétabli l'équilibre de sa comptabilité au moyen de l'inscription d'une entrée de caisse également fictive.

Mais si cette inscription d'un *acceptum* paraît correspondre à une nécessité comptable, elle n'était pas, au point de vue juridique, un élément essentiel du contrat *litteris* : celui-ci résultait uniquement de l'inscription d'un *expensum*.

- 3) Cette inscription, destinée à faire naître une obligation, se distingue-t-elle matériellement des écritures comptables relatives à de vraies sorties de caisse ? Cuq, se basant sur le nom donné au contrat, pense que les écritures qui le constituaient, étaient précédées des mots "*expensum fero*" ("je porte à la sortie de caisse"); c'est une hypothèse bien fragile, car le contrat peut tirer son nom simplement du fait qu'il consiste à porter (*ferre*) un *expensum* dans les écritures comptables.
- 4) Enfin l'*expensilatio* - qui est un contrat - nécessite, comme tout contrat, l'accord des parties : l'inscription sur le *codex* du créancier n'a de valeur que si elle a été faite avec le consentement du débiteur. Il est bien évident qu'un chef de famille ne pouvait pas devenir créancier en inscrivant, de sa propre initiative, le nom d'une personne sur son *codex* ! Un *expensum* rédigé dans de telles conditions aurait été absolument sans valeur.

En cas de contestation, le créancier devait par conséquent fournir la preuve que le débiteur avait consenti à être inscrit sur le *codex*. De quoi cette preuve résultait-elle ?

Beaucoup de romanistes ont compliqué ce problème en l'abordant avec des conceptions qui n'avaient pas cours chez les Romains. De nos jours, lorsque nous faisons un contrat par écrit, cet écrit constitue le contrat et lui sert en même temps de preuve : nous avons beaucoup de peine à imaginer qu'une écriture apte à faire naître des obligations ne soit pas, a fortiori, susceptible de servir de preuve. Aussi beaucoup d'auteurs se sont figurés que l'écriture portée sur le *codex* était à la fois la source et la preuve de l'obligation.

Ainsi présenté le contrat *litteris* devient une énigme : on n'arrive pas en effet à comprendre comment le créancier peut se constituer à lui-même un titre, en portant une écriture sur son *codex* ! Pour expliquer cette anomalie, on a parfois prétendu (1) que les Romains tenaient leurs registres de comptabilité avec une telle ponctualité et une telle probité qu'on devait tenir pour véridiques les inscriptions faites par le créancier sur son *codex*, bien qu'elles eussent un caractère unilatéral et bien qu'il eût été possible de les rédiger à l'insu du débiteur. Mais si l'on admet cette explication, on se trouve bien embarrassé en présence d'un passage du "*Pro Roscio Comoedo*" (1.1.2) où Cicéron affirme que le créancier ne fournit pas devant les tribunaux une preuve suffisante en présentant son propre *codex* : une écriture que l'on fait de sa propre autorité ne peut pas être invoquée "en guise de témoins".

---

(1) PEROZZI : Inst. II. 264

L'inscription au *codex*, source de l'obligation, ne constituait pas la preuve du contrat. En Droit Romain, il faut toujours distinguer d'une part, les solennités qui sont accomplies en vue de donner une validité juridique à l'obligation, et, d'autre part, les précautions que le créancier doit prendre pour se ménager la preuve de son droit. Nous l'avons déjà constaté à propos de la stipulation : les *verba* suffisaient à rendre le promettant débiteur, mais le créancier n'aurait aucune chance de bénéficier de la stipulation s'il ne prenait la précaution d'en assurer la preuve par témoins ou au moyen d'un document écrit.

Il en est de même en matière d'*expensilatio* : l'écriture portée sur le *codex* du créancier fait naître la créance. Mais il importe que, par un autre procédé, le créancier possède le moyen de prouver que le débiteur a donné son consentement : cette preuve peut être assurée par toutes sortes de moyens : par témoins, ou en faisant intervenir des hommes d'affaires, les *pararii*, dont il est question dans les textes de Sénèque ("*De benef.*" 2.23 et 3.15) : ceux-ci mentionnaient l'acte sur leurs livres et servaient sans doute aussi de témoins.

Enfin la preuve pouvait résulter d'un chirographe émanant du débiteur lui-même. Ce procédé semble bien avoir été le plus pratique. Son emploi est attesté par une découverte récente. Les fouilles entreprises à Herculanium ont permis de retrouver un assez grand nombre de documents sur cire, tous antérieurs à l'éruption de 79 qui a détruit la ville. Arangio-Ruiz a publié des tablettes qui éclairent le fonctionnement du contrat *litteris* (1). Ce sont deux chirographes dont on ne possède que les *indices* (des indications sommaires écrites à l'encre sur le dos des tablettes). On peut lire "*chirographum ex nomine facto*". L'expression "*ex nomine facto*" est technique : elle concerne le contrat *litteris*. On peut donc traduire : "Chirographe émanant de untel, à la suite d'une dette contractée par *expensilatio*". Muni de ce chirographe, le créancier pouvait facilement prouver que l'inscription portée sur son *codex* l'avait été du consentement du débiteur.

## EFFETS ET SANCTIONS

Le contrat *litteris* est unilatéral et de droit strict.

- Il est unilatéral : il n'en résulte qu'une seule obligation, à la charge de celui dont le nom est porté sur le *codex*.

---

(1) ARANGIO-RUIZ : *R.I.D.A.* 1.1948, pp. 9-25, et dans "*Parola del passato*" 1946, pp. 381 et 384 = T.H. III et X. Dragomir STOJCEVIC : "Les tablettes d'Herculanium et l'*expensilatio*", *IURA* 13.1962, p. 53 s.



- Il est de droit strict et comme son objet ne peut être qu'une *certa pecunia*, sa sanction est la *condictio certae pecuniae*.

## § 2 - DOMAINE D'APPLICATION DU CONTRAT *LITTERIS*

Si l'on s'en tient aux indications fournies par Gaius, le contrat *litteris* ne paraît susceptible d'être utilisé que dans des situations assez particulières; nous avons vu en effet que Gaius ne connaît l'emploi de l'*expensilatio* que dans des hypothèses où il existe déjà une dette. D'après Gaius, le contrat *litteris* est employé soit pour changer de débiteur soit pour changer la source de l'obligation. Réduite à ces deux sortes d'application, l'*expensilatio* devait être encore d'une grande utilité. La *transcriptio a persona in personam* permettait de faire, à distance, des paiements par délégation : je dois 100 à Aulus, qui habite à Rome; Negidius, qui est à Lyon, me doit 100. Nous pouvons nous mettre tous les trois d'accord pour que j'arrive à payer Aulus avec ce que me doit Negidius; Aulus me libère en inscrivant sur son Codex que je lui ai versé 100 (*acceptum centum*) - mais devient créancier de cette somme envers Negidius, en écrivant sur son *codex* avec l'accord de celui-ci, "*expensum Negidio centum*". Nous avons évité de transférer du numéraire de Lyon à Aix et d'Aix à Rome. Il a suffi de nous mettre d'accord par un échange de lettres.

Avec la *transcriptio a re in personam* on pouvait transformer une obligation de bonne foi en une obligation de droit strict dont le montant était rendu indiscutable par l'inscription sur le *codex*.

Mais tout porte à croire que le contrat *litteris* avait eu au temps de la République un domaine plus étendu que celui que Gaius lui assigne : à son époque les particuliers ne tenaient plus régulièrement leur *codex*; les hommes d'affaires, les banquiers, étaient à peu près les seuls à se servir du contrat *litteris*, pour faire des règlements par délégation. Mais ce n'est là qu'un contrat *litteris* en décadence et dont le domaine d'application a été réduit.

A l'époque où ce contrat a pu faire son apparition (II<sup>e</sup> s. av. J. C. ?) quantité d'opérations, qui devaient plus tard devenir des contrats, n'étaient encore que de simples pactes dépourvus d'efficacité juridique. Il est très vraisemblable que l'inscription sur le *codex* servait à valider toutes sortes de conventions concernant des sommes d'argent : elle fonctionnait ainsi dans des hypothèses où il n'y avait pas de dette préexistante; sa fonction n'était pas ordinairement de substituer une obligation à une autre mais de valider des opérations portant sur de l'argent.

Un texte de Valère-Maxime (1) rapportant des faits qui se situent au I<sup>er</sup> s. av. notre ère, parle d'une donation réalisée au moyen d'un contrat *litteris*. Un certain Visellius Varro, désirant faire don de 300.000 sester-

---

(1) 8.2.2.

ces à une femme qui avait eu pour lui des complaisances, dissimula cette libéralité immorale sous couleur d'un prêt qu'il aurait reçu de cette personne : il consentit à figurer comme débiteur sur le *codex* de son amie.(1) L'*expensilatio* présentait dans un cas de ce genre l'avantage d'être un contrat abstrait qui dissimulait, derrière la fiction d'un prêt, la cause véritable de l'obligation : une inscription au *codex* était aussi discrète que serait aujourd'hui la remise d'un chèque pour réaliser une donation immorale.

Si l'on admet que le contrat *litteris* a pu servir à valider toutes sortes de conventions, son rôle, au temps de Cicéron, devait être comparable à celui de la stipulation : c'était comme la stipulation une sorte d'estampille juridique qui donnait force obligatoire aux conventions les plus variées. Ses applications étaient cependant moins étendues que celles de la stipulation.

- 1) Le contrat *litteris* ne pouvait avoir pour objet qu'une *certa pecunia*, tandis qu'on peut stipuler toutes sortes de choses et même des services.
- 2) Comme le remarque Gaius, l'*expensilatio* est un contrat "particulier au *jus civile*". En principe, les pérégrins ne pouvaient pas l'utiliser.
  - a. Seuls les citoyens romains peuvent devenir créanciers par *expensilatio* et cela peut tenir au fait que l'usage du *codex* était particulier aux Romains. Il est possible que les pérégrins installés à Rome aient pris les habitudes romaines pour tenir leur comptabilité, mais leurs registres qui n'étaient pas comme ceux des Romains soumis au contrôle des censeurs, n'avaient pas une existence assez officielle pour pouvoir servir de source à des obligations civiles.
  - b. Un Romain pouvait-il rendre un pérégrin débiteur en l'inscrivant sur son *codex* ? En cas de *transcriptio a persona in personam*, le fait que le débiteur inscrit était pérégrin rendait l'*expensilatio* sans valeur. Par contre la validité de la *transcriptio a re in personam* faite avec un débiteur pérégrin était discutée : admise par les Sabiniens, elle était repoussée par les Proculiens.
- 3) Dans la stipulation, il était possible d'insérer des modalités : terme et condition. Le contrat *litteris* pouvait peut-être comporter un terme, mais ne supportait aucune condition (Papinien, Frg. Vat. 329) : en effet ce contrat se faisait sous les apparences d'une sortie de caisse : or une sortie de caisse est un fait qui ne saurait être conditionnel.

---

(1) Cf. sur ce texte : MACQUERON : "Cause illicite", thèse Paris 1924 et GALLET : R.H.D. 1942 p. 35.

Mais le contrat *litteris* présentait sur la stipulation un avantage immense; il pouvait être conclu à distance, il n'exigeait pas la présence des parties. Le débiteur pouvait, de loin, envoyer au créancier une lettre pour l'autoriser à faire l'inscription sur son *codex*. L'intérêt pratique et la raison d'être du contrat *litteris* à côté de la stipulation résident dans cette particularité.

### § 3 - DESTINEES DU CONTRAT *LITTERIS*

Malgré les avantages qu'elle présentait, l'*expensilatio* tomba en désuétude bien avant l'époque de Justinien : ce contrat disparut en même temps que l'usage du *codex* qui lui servait de support.

Au temps de Gaius, l'*expensilatio* n'était déjà guère utilisée que par les banquiers. Au début du III<sup>e</sup> s., Papinien s'occupait encore de ce contrat. Dans le courant du III<sup>e</sup> s., les procédés bancaires des Grecs finirent par l'emporter et l'on cessa de tenir des *codices* à la façon romaine; au IV<sup>e</sup> s. le Pseudo-Asconius (commentateur de Cicéron, sur 2<sup>o</sup> Verr. 1. 60) constate que l'*expensilatio* est un "vieil usage" complètement tombé dans l'oubli.

#### La *litterarum obligatio* des pérégrins

Mais on a connu dans le monde romain, dès l'époque classique, une autre sorte de contrat *litteris*, qui n'appartenait pas au Droit Romain, mais aux coutumes provinciales. Gaius (III.134) en signale l'existence en ces termes : "Il semble en outre qu'une obligation fondée sur l'écriture puisse découler des chirographes et des syngraphes, c'est-à-dire lorsqu'on écrit qu'on doit ou qu'on donnera, sans ajouter qu'une stipulation a été faite à ce sujet. Mais ce genre d'obligation est particulier aux pérégrins".

Nous verrons ce qu'étaient les *chirographes* et les *syngraphes* quand nous parlerons de la preuve des contrats : d'après les principes du Droit Romain, ces documents écrits - rédigés dans des formes empruntées aux Grecs - ne pouvaient avoir d'autre fonction que de faciliter la preuve d'un contrat : ainsi un chirographe contenant une stipulation écrite, servait à prouver un contrat *verbis*, la stipulation. Si un écrit de ce genre ne mentionne qu'une convention sans allusion à un contrat reconnu par le Droit Romain, le Droit Romain ne lui reconnaît aucune valeur.

D'après les usages helléniques, au contraire, ces écrits suffisaient par eux-mêmes à faire naître des obligations : celui qui souscrivait un chirographe dans lequel il se reconnaissait débiteur de telle somme, était obligé

par la vertu du chirographe, sans qu'il fût besoin d'y ajouter une stipulation écrite. Passés sous la domination romaine, les Orientaux ont continué à se servir des chirographes et des syngraphes comme sources d'obligations. Gaïus, on le comprend aisément, éprouve un certain scrupule à reconnaître de telles pratiques : "*obligatio videtur fieri*" = "il semble qu'une obligation puisse découler" et il conclut en disant que ce n'est pas du Droit Romain, mais du Droit pérégrin.

Une question très discutée est de savoir si l'édit de Caracalla qui avait fait de tous ces Orientaux des citoyens romains, ne les avait pas mis dans la nécessité de mettre leurs usages en harmonie avec le Droit Romain et notamment d'ajouter une clause stipulatoire à leurs écritures. C'est un fait certain qu'après 212, la clause stipulatoire devient très fréquente dans les actes de la pratique en Orient. Collinet semble avoir cependant démontré que la clause stipulatoire, aux yeux des Orientaux, ne changeait pas la nature de leurs actes écrits : ils ont continué à penser que le débiteur qui souscrivait un billet était obligé par la vertu de l'écriture.

La litterarum obligatio  
de Justinien :

Justinien, revenant au pur Droit Romain, ne veut voir dans les chirographes que des écrits destinés à prouver des contrats. Cependant, dans ses Institutes, il signale une hypothèse très particulière où le billet, souscrit par un débiteur, l'oblige par la vertu de l'écriture.

Arrivé, dans ses Institutes (3.21) à l'endroit qui correspond, dans celles de Gaïus, aux paragraphes consacrés à l'*expensilatio*, Justinien ne peut faire autrement que de constater que ce contrat est tombé en désuétude; mais il envisage l'hypothèse de l'individu qui a souscrit un billet aux termes duquel il reconnaît avoir emprunté telle somme, alors qu'en réalité il n'a rien reçu.

Nous verrons (à propos de la preuve des contrats) que la législation du Bas-Empire permettait au souscripteur d'un tel billet d'en contester très facilement la valeur en opposant la *querela non numeratae pecuniae* (plainte pour argent non reçu); mais les constitutions impartissaient un court délai pour recourir à cette mesure exceptionnelle : Justinien avait fixé ce délai à 2 ans.

Passé ce délai, le souscripteur du billet ne peut plus en contester la sincérité; il faut qu'il paie. Quelle est alors la source de son obligation ? Il n'est pas tenu *rer*, en vertu d'un *mutuum*, remarque Justinien; en effet, cet individu n'a rien emprunté; il est par conséquent tenu de payer par la seule vertu de l'écriture.

Certains romanistes (Gide), prétendent que Justinien, désireux de conserver dans ses Institutes un titre "*De litterarum obligatione*", alors qu'il n'y avait plus de contrats *litteris* à son époque, aurait été amené à en imaginer un, en commettant une grossière erreur de raisonnement : ces auteurs font remarquer qu'après le délai de la *querela* le souscripteur du billet n'est pas obligé en vertu de l'écriture, mais en vertu d'un *mutuum* qu'il est censé avoir contracté et dont le billet fournit la preuve irréfutable une fois passé le délai de la *querela*.

Selon Collinet au contraire ("*Etudes du Droit de Justinien*", tome I) Justinien n'a pas commis cette faute. En cette question comme en beaucoup d'autres, il a réalisé un compromis entre le pur Droit Romain et les usages orientaux : ayant en principe repoussé la conception hellénique qui faisait de l'écrit une source d'obligation, il l'a conservée dans ce cas unique du billet contre lequel la *querela* n'a pas été invoquée dans les délais légaux.

## CHAPITRE SECOND : LES CONTRATS RE

Dans les contrats *re* les parties n'ont pas besoin d'accomplir de formalités; mais il ne suffit pas qu'elles soient d'accord : leur convention, pour produire des effets, doit s'accompagner d'un élément matériel.

Cet élément consiste dans le fait que le débiteur a reçu la chose (*res*) qu'il s'engage à restituer; il se trouve obligé *re*, c'est-à-dire en vertu de la *res* qu'il a reçue.

### LA CONCEPTION REALISTE

C'est un système plus évolué que celui du formalisme, mais encore très éloigné de notre consensualisme moderne. Les contrats *re* se rattachent à une conception "réaliste" du Droit, dont le Droit Romain fournit de nombreux exemples.

Ainsi la tradition est un mode réaliste de transfert : elle nécessite, en plus de l'accord des parties, un élément matériel, la remise effective de la chose à l'acquéreur. Pour nous en tenir au domaine des obligations, les contrats *re* n'y constituent pas la seule application de la conception réaliste : on la retrouve, sous une forme semblable, dans la théorie quasi-contractuelle de l'enrichissement injuste : celui qui s'est enrichi sans cause doit restituer, parce qu'il a reçu; il est tenu *re*.

On la retrouve aussi, mais sous une forme un peu différente, dans les contrats innommés : dans ces contrats, on se trouve tenu parce qu'on a reçu une chose, ou parce qu'on a bénéficié d'un service; mais on est obligé non pas de restituer ce qu'on a reçu, mais de fournir une contre-prestation prévue dans une convention préalable.

## CLASSIFICATION DES CONTRATS RE

Il convient de distinguer deux sortes de contrats *re* : d'une part le *mutuum*, contrat de droit strict, unilatéral; c'est le plus ancien - d'autre part : la fiducie, le dépôt, le commodat et le gage; contrats de bonne foi, synallagmatiques imparfaits (dans le droit de Justinien).

### SECTION I : LE MUTUUM

Contrat *re*, unilatéral, de droit strict, du *jus gentium*, le *mutuum* est un prêt de consommation, en principe gratuit (non productif d'intérêts). L'emprunteur reçoit une somme d'argent ou des denrées : il est tenu de restituer parce qu'il a reçu : il doit restituer, non la chose même (qu'il consomme), mais son équivalent.

#### § 1 - ORIGINE DU MUTUUM

Savigny a soutenu qu'après la loi *Poetelia Papiria* qui provoqua sa décadence, le *nexum* dépouillé de ses formalités serait devenu *mutuum*. Cette hypothèse ne trouve plus guère de partisans : le *mutuum* a d'abord été un prêt gratuit, un service entre amis et n'a rien de commun avec le *nexum*, prêt à intérêt très sévère pour l'emprunteur. Le *mutuum* a pu exister dès une époque ancienne, à côté du *nexum*; les deux opérations répondaient à des besoins différents.

Il y a par contre un rapprochement à faire entre le *mutuum* et la théorie quasi-contractuelle de l'enrichissement injuste. A une époque où la notion de *contractus* n'était pas encore bien dégagée, Labéon classait le *mutuum* parmi les affaires qui se font *re* (*actum re* : D.50 16-19). Au II<sup>e</sup> s. de notre ère, Gaius continuait à étudier la restitution de l'indû à côté du *mutuum* parce que ses devanciers voyaient dans ces deux cas des "obligations qui se formaient *re*". La même action, de droit strict, la *condictio*, sanctionne le *mutuum* et l'obligation quasi-contractuelle de restituer l'enrichissement injuste.

Selon Pernice et Girard, les Romains seraient parvenus à sanctionner cette opération non formaliste qu'est le *mutuum*, en invoquant le principe général selon lequel quiconque s'enrichit sans cause est obligé de restituer. En effet, l'emprunteur s'enrichirait injustement s'il ne restituait pas. Le *mutuum* n'avait d'abord été qu'une opération entre amis, pratiquée en marge du droit : les jurisconsultes lui assurèrent une sanction civile, en invoquant la théorie générale de l'enrichissement injuste.

A notre sens le *mutuum*, plus ancien que cette théorie, lui a servi de point de départ : vers la fin de la République, il a pu se trouver ainsi englobé dans la théorie de l'enrichissement injuste. Certaines questions, cependant, comme par exemple celle de la capacité de s'obliger, se posaient à son sujet d'une autre façon que pour les autres cas d'enrichissements injustes. Lorsqu'au début du II<sup>e</sup> s. la notion de contrat se précisa, on en vint à constater que le *mutuum* était un contrat; à sa base en effet, il n'y avait pas simplement un fait matériel, la remise d'une chose - mais aussi une convention. Le *mutuum* se sépara alors nettement de l'obligation quasi-contractuelle de restituer l'enrichissement injuste.

## § 2 - LES ELEMENTS ESSENTIELS DU MUTUUM

Le *mutuum* étant un contrat *re*, deux éléments doivent être réunis pour qu'il puisse se former :

- A/ Comme tout contrat, il suppose une convention, un accord des parties.
- B/ Mais c'est un contrat *re* : la convention ne suffit pas; à cet élément moral doit s'ajouter un élément matériel, la remise de la chose entre les mains de l'emprunteur : la *mutui datio*.

Ces deux éléments n'ont rien de spécifiquement romain; le *mutuum* est un contrat du *jus gentium*, accessible aux pérégrins.

### A/ LA CONVENTION DE PRET

Le prêteur et l'emprunteur tombent d'accord pour prêter et emprunter.

C'est par cette convention que le *mutuum* se distingue de la situation quasi-contractuelle résultant d'un enrichissement sans cause.

#### Modalités :

Cette convention comporte ordinairement un terme : si l'on emprunte, ce n'est pas pour rembourser immédiatement. Le créancier doit respecter le terme convenu; en exigeant le remboursement avant terme, il

commettrait une *plus petitio tempore*. Il peut être convenu que l'emprunteur remboursera "*qua die petierit*", le jour où le créancier le voudra (= à première réquisition); cf. Fira III.123.

En principe il n'est pas admis que l'obligation de rembourser puisse être affectée d'une condition; elle ferait du *mutuum* un contrat aléatoire. Pour les besoins du commerce maritime cela fut tout de même admis exceptionnellement dans le cas du *nauticum foenus* (cf. infra).

#### Question des Incapables :

La convention est un élément essentiel du *mutuum*. Si la convention elle-même est nulle, le *mutuum* ne peut pas se former : c'est ce qui se produit si le prêt est consenti à une personne incapable de s'obliger.

Un pupille, une femme ne peuvent s'obliger contractuellement sans l'*auctoritas* de leur tuteur : s'ils reçoivent des deniers en prêt, le *mutuum* ne se forme pas, parce que la convention de prêt est nulle (Gaius, III.91).

Mais si l'on examine la situation sur le terrain quasi-contratuel, la femme et le pupille, en recevant les deniers, se sont enrichis sans cause; de sorte que si l'on ne peut agir contre eux au moyen de la *condictio* basée sur le *mutuum*, on peut exercer contre eux la *condictio* basée sur l'idée d'enrichissement injuste.

Ce n'est pas là une simple subtilité de juristes : les résultats sont différents. Si l'on invoque l'idée d'enrichissement injuste, on ne s'occupe plus de la convention de prêt, ni du terme qu'elle pouvait contenir; enrichis sans cause, la femme et le pupille doivent immédiatement restituer ce qu'ils ont reçu. D'un autre côté, si l'on invoque l'idée d'enrichissement, l'incapable ne doit restituer que dans la mesure où il se trouve enrichi : si par conséquent le pupille a stupidement gaspillé l'argent qu'il a emprunté, on ne peut plus rien réclamer de lui, puisqu'en effet, il ne s'est pas enrichi.

#### Le S.C. Macédonien :

Il existe en matière de *mutuum* une incapacité particulière résultant des dispositions du S.C. Macédonien (1<sup>o</sup> siècle, sous Vespasien). Ce S.C. interdit de consentir un prêt par *mutuum* à des fils de famille en puissance, quel que soit leur âge.



Le *mutuum* consenti à un fils de famille n'est pas radicalement nul : mais le fils de famille peut facilement éviter de payer, en opposant à son créancier un moyen imaginé par le prêteur en vue d'assurer le respect du sénatus-consulte : c'est l'exception du S.C. Macédonien. Le créancier n'a pas même la faculté de déplacer la question sur le terrain de l'enrichissement sans cause : la théorie de l'enrichissement injuste ne peut être d'aucun secours pour réclamer la restitution de ce qu'on a prêté illégalement.

Pendant le fils de famille, devenu *sui juris*, peut s'il le veut, remplir les engagements qu'il a pris : il peut renoncer à l'exception tirée du Sénatus-consulte. En agissant ainsi il ne fait pas un cadeau à son créancier, il ne fait que payer sa dette. Justinien a rangé cette hypothèse parmi les cas d'obligations naturelles. C'est une obligation dont le créancier ne peut pas exiger l'exécution, mais qui peut tout de même faire l'objet d'un paiement valable.

La convention de prêt est viciée si l'emprunteur s'est trompé sur l'identité du créancier : l'erreur sur la personne est prise en considération (cf. infra : "L'erreur").

## B/ LA MUTUI DATIO

Ce qui caractérise le *mutuum*, ce qui fait de lui un contrat *re*, c'est l'exigence d'un élément matériel : l'emprunteur est tenu parce qu'il y a eu, en sa faveur, une *mutui datio*. Une chose lui a été effectivement remise à titre de prêt.

### 1/ Objet de la mutui datio :

Gaius (III.90) définit ainsi les choses qui peuvent être prêtées par *mutuum* : "ce contrat concerne ... les choses qui se déterminent par le poids, le nombre ou la mesure, comme une certaine somme de deniers, du vin, de l'huile, du blé, de l'airain, de l'argent, de l'or, etc ...

Le *mutuum* est un prêt de consommation : l'emprunteur ne s'engage pas à restituer la chose même qu'il reçoit (puisqu'il compte la consommer) - mais à restituer son équivalent. L'effet de ce contrat est de l'obliger à rendre une même quantité de choses de même nature et de même qualité : s'il a reçu 10 boisseaux de blé de première qualité, c'est une égale quantité de blé de même qualité qu'il devra restituer.

Par conséquent, les choses susceptibles de faire l'objet d'un *mutuum* sont les choses qui n'ont pas d'individualité propre et qui peuvent facilement se remplacer les unes par les autres; ce sont des choses de genre qui, par le fait même, sont fongibles.

2/ Elle consiste  
en un transfert de propriété :

Il s'agit d'une *datio* : pour que le *mutuum* se forme, il est nécessaire que l'emprunteur reçoive la propriété des choses qu'il emprunte; pour pouvoir les consommer, il a besoin d'en avoir la propriété.

Gaius (III.90) donne à ce propos une étymologie assez curieuse du mot *mutuum* : "*ex meo tuum*" (= la chose que je te prête, de mienne qu'elle était, devient tienne) : c'est une étymologie fantaisiste, mais le fait que les jurisconsultes y aient songé montre bien qu'à leurs yeux le transfert de propriété au profit de l'emprunteur était un élément essentiel de ce contrat.

Ce transfert  
se fait par tradition

La *mutui datio* se réalise au moyen d'une simple tradition : celui qui prête (le *tradens*) livre, par tradition, la chose à l'emprunteur (*accipiens*). Cette tradition suffit à rendre l'*accipiens* propriétaire. On sait en effet que la tradition d'une *res nec mancipi* est susceptible d'en transférer la propriété, si elle est faite en vertu d'un juste titre (*justa causa traditionis*).

- a) Or l'objet du *mutuum* est toujours une *res nec mancipi* (les choses de genre sont toutes *nec mancipi*).
- b) De plus le prêt, qui a amené les parties à procéder à la tradition, est une *justa causa*, une cause licite, qui justifie un transfert de propriété.

3/ Conditions de validité  
de la *mutui datio* :

Selon les principes généraux du droit, la tradition ne peut rendre l'*accipiens* propriétaire que si, au moment où elle est faite, le *tradens* est propriétaire et capable d'alléner la propriété. Nous retrouvons l'application de ces principes en matière de *mutui datio* :

- a) Il faut que celui qui consent le prêt  
soit propriétaire de ce qu'il prête :

Celui qui donne en prêt une chose qui appartient à autrui ne devient pas créancier en vertu d'un *mutuum* : le *mutuum* est nul, parce que la tradition n'a pas pu rendre l'*accipiens* propriétaire de ce qu'il a reçu.

C'est une solution logique et c'est aussi une solution équitable; l'emprunteur, n'étant pas devenu propriétaire, est exposé à subir l'action en revendication du vrai propriétaire; il serait inique de l'obliger par surcroît à restituer quelque chose au pseudo-prêteur. Cependant, si l'emprunteur a consommé de bonne foi la chose, la revendication n'est plus possible contre lui et dans ce cas les textes donnent au pseudo-prêteur une *condictio* qui paraît basée, non sur le *mutuum* (qui n'existe pas) mais sur l'enrichissement injuste dont profiterait l'*accipiens* s'il ne remboursait rien (D.12.1 - 13.1). De même, lorsque l'emprunteur se trouve à l'abri de la revendication (soit parce que le *tradens* est devenu entre temps propriétaire, soit parce que l'emprunteur a lui-même usucapé la chose), il ne semble pas que le *mutuum*, nul *ab initio*, soit validé après coup; mais la *condictio* est accordée au pseudo-prêteur sur la base de l'enrichissement injuste.

b) Il faut que le prêteur  
soit capable d'alléner par tradition :

La capacité requise pour prêter est distincte de la capacité requise pour s'obliger. Ainsi la femme qui, nous l'avons vu, ne peut pas sans son tuteur s'obliger par *mutuum*, peut sans son tuteur consentir valablement un prêt, parce qu'elle est capable de disposer par tradition de la propriété de ses *res nec mancipi*.

Par contre, le pupille est incapable non seulement d'emprunter, mais aussi de prêter. Le pupille ne peut rien faire sortir de son patrimoine sans son tuteur : si par conséquent il remet des deniers à un emprunteur, sans faire intervenir le tuteur, l'emprunteur ne devient pas propriétaire des deniers qu'il reçoit : il n'y a pas de *datio* et par suite pas de *mutuum*. Tant que des deniers sont encore aux mains de l'emprunteur, le pupille, qui en est resté propriétaire, peut les revendiquer. Si l'emprunteur les a consommés, la revendication n'est plus possible : s'il les a consommés de mauvaise foi, le pupille peut exercer l'action *ad exhibendum* (car l'obligation d'exhiber pèse sur tout détenteur de mauvaise foi); s'ils les a consommés de bonne foi, le pupille peut lui réclamer la restitution de l'équivalent, au moyen d'une *condictio* basée sur l'idée d'enrichissement sans cause.

4/ Différentes façons  
de réaliser cette tradition :

Tradition effective  
et sa preuve :

La tradition par laquelle se fait la *mutui datio* se présente ordinairement sous la forme d'une remise effective de la chose, des mains du prêteur à celles de l'emprunteur; il y a d'ordinaire un déplacement visible, "corporel", de la possession.

La présence de témoins n'était pas exigée pour assurer la validité du *mutuum* : mais en fait, le créancier ne manquait pas de demander leur assistance, au moment de la *mutui datio*, pour en assurer la preuve. Pour plus de précautions, on pouvait rédiger un *instrumentum*; cet écrit, scellé par les témoins, contenait la convention de prêt et l'affirmation que la chose avait bien été remise à l'emprunteur. Cet acte, le cas échéant, pouvait mentionner une stipulation d'intérêts, jointe au *mutuum*.

Très souvent, l'emprunteur promettait par stipulation écrite, non seulement de payer les intérêts convenus, mais aussi de rembourser le capital (1).

Cette pratique présentait l'avantage de permettre à des cautions (*sponsores* ou *fidepromissores*) de garantir *verbis* l'engagement pris *verbis* par l'emprunteur.

Comment s'analyse juridiquement la situation qui résulte de cette combinaison *mutuum*-stipulation ? On pourrait être tenté de croire que la stipulation produit novation, transforme en obligation *verbis* l'obligation d'abord née *re* du *mutuum*.

Or ce n'est pas ce que pensent les jurisconsultes. Pomponius (D. 46.2.7) rejette expressément l'idée de novation et en donne la raison : les deniers ne sont pas versés à l'emprunteur pour former un *mutuum*, mais "pour compléter la stipulation", autrement dit pour lui procurer une validité incontestable en lui donnant une juste raison d'être (à défaut de laquelle le promettant pourrait opposer l'exception de dol, pour défaut de cause). Comme Pomponius, Paul (D. 45.1.126.2), Ulpien (D. 46.2.6.1) soutiennent que de la combinaison *mutuum*-stipulation il ne résulte qu'un seul contrat : la stipulation. Cette doctrine correspond d'ailleurs à la réalité concrète : pour parler de novation, il faudrait que la stipulation fût postérieure au versement des deniers : or le plus souvent, les créanciers méfiants ne versaient l'argent entre les mains de l'emprunteur qu'après avoir obtenu de celui-ci une stipulation écrite qui lui donnait l'assurance d'être remboursé.

Ce qui paraît singulier, c'est que dans un autre texte du Digeste le même Ulpien (D. 12.1.9.3.) soutienne une doctrine toute différente; l'obligation, dit-il, est en pareil cas contractée tout à la fois (*conjunctim*) *re* et *verbis*. Il est possible que les jurisconsultes aient songé à analyser ainsi la situation, lorsque la stipulation était frappée de nullité (pour vice de forme ou stipulation pour autrui).

Avec cette doctrine des deux contrats "conjoints", si l'emprunteur ne pouvait être tenu en vertu d'une stipulation nulle, il restait tenu *re*, en vertu du versement des deniers. Expédient employé par les

---

(1) Cf. deux contrats de l'année 162 reproduits dans Textes Girard, pp. 845 sq., dans FIRA III n° 122/123, MACQUERON : "Document de la pratique", pp. 39-47.

Jurisconsultes dans un cas particulier, pour donner satisfaction à l'équité, cette analyse a été généralisée par les compilateurs (1).

Les écrits destinés à prouver des prêts, qu'ils fussent ou non pourvus d'une stipulation écrite, pouvaient facilement donner lieu à des abus : les usuriers obtenaient des intérêts au-dessus du taux licite, en se faisant délivrer par l'emprunteur des reconnaissances de dette d'un montant très supérieur à celui de la somme effectivement prêtée. Ainsi en 162 Alexander prête et emprunte à 12 % (FIRA n° 122/123) : à moins d'admettre que ce banquier ait été un philanthrope, il est à penser qu'il prêtait à un taux bien plus élevé, que l'acte dissimule. Au troisième siècle fut imaginée une institution qui protège les emprunteurs contre de tels abus : il suffira qu'ils contestent la sincérité des écritures pour qu'elles cessent de faire foi : c'est la *querela non numeratae pecuniae* (la plainte pour argent non versé); cf. infra "Preuve des contrats".

#### Tradition *animo solo* :

La tradition peut résulter d'un changement du titre en vertu duquel celui qui détenait une chose devient possesseur de celle-ci. Cette tradition sans déplacement effectif de la "possession corporelle" se fait *animo solo*, simplement en vertu de l'intention des parties. C'est ce que nos vieux auteurs appelaient une "tradition de brève main".

Dès l'époque classique, les jurisconsultes ont admis cette forme de tradition en matière de *mutuum*. Une personne par exemple détient des deniers qui lui ont été confiés en dépôt : puis le déposant lui prête cet argent. Cette convention opère tradition des deniers *animo solo*. La personne qui les détenait en qualité de dépositaire, en devient propriétaire, il y a *mutui datio* et par conséquent un *mutuum* valable (D. 17.1 - 34 pr et 12.1 - 9.9).

#### *Mutuum* par intermédiaire :

On sait que le Droit Romain admet assez facilement en matière de possession la représentation non seulement par les personnes en puissance (fils, esclaves) mais même pas des *extraneae personae* : on peut posséder *corpore alieno*, par l'intermédiaire de personnes qui gardent, pour notre compte, contact avec la chose : ainsi le déposant possède la chose déposée, par le *corpus* du dépositaire. Il s'ensuit que la tradition - acte qui transfère la propriété par un déplacement de la possession - peut se faire par intermédiaire. Pour faire tradition d'une chose que l'on possède *corpore alieno*, il n'est pas nécessaire de prendre soi-même contact avec la chose : on peut acquérir la possession, et par conséquent,

---

(1) DELL'ORO : "A proposito del reg. classico ... della obl. *re et verbis*" Milan 1950 et IURA 1952 p. 407.

recevoir tradition par l'intermédiaire d'un préposé. Ces principes qui concernent la tradition, reçoivent leur application en matière de *mutui datio*.

Si nous possédons *corpore alieno* des deniers ou des denrées, nous pouvons consentir un *mutuum* sans remettre nous-mêmes ces choses à l'emprunteur : nous pouvons donner ordre à celui qui les détient en notre nom (fils, esclave, dépositaire, etc ...) de les remettre à l'emprunteur; le *mutuum* se forme dès que cet ordre est exécuté.

A l'inverse, nous pouvons emprunter sans recevoir nous-mêmes ce que nous empruntons : nous pouvons demander au prêteur de remettre la chose à une personne habile à la recevoir en notre nom : lorsque la chose lui est remise, c'est nous qui devenons propriétaires en vertu de cette tradition et par conséquent, c'est bien nous qui devenons débiteurs par *mutuum*.

Mais le *mutuum* par intermédiaire a été pratiqué à Rome d'une façon encore plus large : les jurisconsultes admettent des solutions que les principes en matière de tradition ne suffisent plus à justifier.

Il était possible de prêter non seulement les deniers que l'on possédait chez autrui, mais même ceux qu'on ne possédait pas du tout. Une personne qui consent un prêt n'a pas la somme nécessaire, mais elle jouit d'un certain crédit chez son banquier, ou bien encore elle sait qu'un tiers débiteur va bientôt lui verser de l'argent pour s'acquitter de sa dette.

Pour faire le prêt, cette personne pourrait aller chez son banquier et lui demander la somme nécessaire, ou bien attendre que le débiteur ait fait le paiement attendu; mais il est plus simple et plus rapide de réaliser le prêt par intermédiaire; cette personne prend ses dispositions pour que la somme d'argent soit versée entre les mains de l'emprunteur, par le banquier ou par le tiers débiteur.

- a) Le banquier verse l'argent à l'emprunteur sur les instructions de son client (*volontate*), et porte cette somme au débit du compte de celui-ci. Cette avance peut être couverte par des dépôts déjà faits par ce client, à la banque. Dans le cas contraire, le banquier lui consent une avance et le client emprunte à son banquier pour pouvoir faire lui-même un prêt.
- b) Lorsque pour faire un prêt, on veut utiliser l'argent que doit verser un tiers débiteur, on adresse à celui-ci l'ordre (*jussum*) d'avoir à se libérer entre les mains de telle personne - celle à qui l'on désire consentir un prêt. On peut aussi, sans avoir besoin d'informer le tiers débiteur, donner mandat à l'emprunteur d'exiger paiement de celui-ci.

Que l'on ait employé l'un ou l'autre de ces procédés, le *mutuum* se trouve formé le jour où l'emprunteur reçoit effectivement les deniers du banquier ou du débiteur. Il les reçoit d'ailleurs en propriété, car la tradition lui en est faite par des personnes qui en ont la propriété. Ce qu'il y a de remarquable, c'est que l'emprunteur ne se trouve pas obligé envers la personne qui lui verse les deniers, mais envers celle qui a consenti le prêt et au nom de qui le versement des deniers a été effectué. Ce sont des hypothèses où le *mutuum* se réalise par représentation, de la façon la plus complète.

C'est une solution commode, mais on ne sait guère à quel principe du Droit Romain on peut la rattacher. On ne peut invoquer ici l'idée d'une tradition *corpore alieno*, puisque le prêteur n'est ici ni propriétaire, ni possesseur de quelque façon que ce soit, des deniers qu'il fait verser par autrui. Girard a essayé d'expliquer ces solutions par l'idée de tradition de brève main : sans doute, comme dans la tradition de brève main, on parvient au moyen d'une seule tradition (du banquier, par ex., à l'emprunteur) au résultat qui normalement aurait dû nécessiter deux traditions (du banquier à son client - puis du client à l'emprunteur). Mais dans la tradition de brève-main, le *tradens* dispose, au profit du détenteur, d'une chose qu'il possède par le *corpus* de ce dernier; tandis qu'ici, celui qui prête dispose de deniers qu'il ne possède pas du tout, pas même *corpore alieno*.

Il faut constater que c'est une solution anormale, admise à titre exceptionnel, uniquement pour les prêts d'argent et en considération des besoins de la pratique : Julien dit que cette façon de prêter de l'argent était courante de son temps (Julien chez Ulpien D. 12.1 - 9.68).

#### Mutuum par délégation :

Mais on est allé plus loin encore. Lorsqu'une personne consent un prêt, alors qu'elle n'a pas l'argent, elle peut, nous l'avons vu, utiliser une créance en donnant ordre à un tiers débiteur de s'acquitter entre les mains de l'emprunteur. Mais elle peut aussi avoir recours au procédé de la délégation (D. 12.1-32) : elle délègue son débiteur à l'emprunteur. Elle les met tous deux en rapport : le débiteur promet de payer à l'emprunteur, qui prend ainsi la place du créancier primitif - le délégant. Le *mutuum* se forme au moment-même où la délégation est faite, parce que la délégation "vaut argent comptant" (Julien D. 46.1-18-).

En fait, ce que l'emprunteur obtient du prêteur, ce n'est pas de l'argent, mais une créance - c'est-à-dire le moyen de se procurer les deniers, qui constituent en définitive l'objet du prêt.

*Mutuum*

par translation  
d'une valeur :

Il y avait là une idée susceptible de recevoir une application plus large : si par exemple je n'ai pas de deniers à offrir, ne pourrais-je pas faire malgré tout un prêt d'argent, en donnant à l'emprunteur, avec autorisation de la vendre, n'importe quelle chose, dont il pourra tirer les deniers qu'il désire ?

La jurisprudence classique n'admettait pas cette combinaison : par le *mutuum*, l'emprunteur est tenu *re*, de restituer des choses de même nature que celles qu'il a reçues; s'il a reçu des boeufs, il ne peut pas être tenu *re* de rembourser de l'argent ! (Africain, D. 17.1-34 pr).

Au début du III<sup>e</sup> s., Ulpien (D. 12.1-11 pr) admet cependant qu'il y a *mutuum* si la chose remise à l'emprunteur à la place de l'argent, objet du contrat - est une chose dont la valeur en argent monnayé est facile à connaître : l'ingot de métal précieux, plats d'argent massif, et Ulpien est d'avis que le *mutuum* ne doit se former qu'à partir du jour où le métal a été vendu, parce que c'est seulement à partir de ce moment-là que l'emprunteur est en possession des deniers qu'il emprunte.

Pendant la crise économique du III<sup>e</sup> s. la rareté du numéraire fit fléchir les principes; en 283 Dioclétien permit de faire des prêts d'argent, en remettant à l'emprunteur du bétail et l'emprunteur était tenu de rembourser la valeur d'estimation convenue entre parties (CJ. 4.2.8.). Cette obligation devait, semble-t-il, prendre naissance dès le jour du contrat, puisque son objet est la somme d'estimation et non le produit véritable de la vente.

Cette forme de *mutuum* pouvait donner lieu à bien des abus : il était facile de réaliser un prêt usuraire en estimant le bétail très au-dessus du prix que l'emprunteur pouvait en tirer.

§ 3 - LES EFFETS DU MUTUUM

Le *mutuum* est contrat unilatéral; il n'oblige qu'une des deux parties, l'emprunteur. Cette obligation est sanctionnée par une action de droit strict, la *condictio certae pecuniae* ou la *condictio certae rei*, selon que l'objet du prêt est une somme d'argent ou une autre chose de genre (denrées, blé, etc ...).

L'emprunteur doit restituer ce qu'il a reçu : l'objet de son obligation correspond exactement à la *datio* qui lui a été faite.



- 1) Il doit faire une *datio* : le paiement consiste à faire, au profit du créancier, une tradition translatrice de propriété.
- 2) Cette *datio* porte sur une chose de genre, puisque c'est une chose de genre que l'emprunteur a reçue. Il en résulte que la perte fortuite de la chose due ne libère pas l'emprunteur, car les choses de genre périssent toujours aux risques de celui qui les doit, en vertu de la règle "*genera non pereunt*".
- 3) L'emprunteur ne restitue pas la chose même qu'il a reçue, mais une chose semblable : il doit rendre une quantité égale de choses de même nature et de même qualité. Il est tenu *re*, dans la mesure de ce qu'il a reçu et pas davantage. Cette équivalence parfaite entre la chose due et la chose reçue donne au *mutuum* le caractère d'un prêt essentiellement gratuit. Le créancier ne peut pas obtenir, en vertu du *mutuum*, des intérêts en sus de ce qu'il a prêté. Le juge, statuant sur la *condictio* qui sanctionne ce contrat, ne pourrait même pas condamner le débiteur à payer les intérêts moratoires, s'il a tardé à rembourser.

Mais le *mutuum*, qui avait été à l'origine un contrat de bienfaisance, pratiqué entre amis, était couramment employé à l'époque classique pour prêter à intérêt. On joignait au *mutuum* une stipulation d'intérêt. L'emprunteur était obligé *re* en vertu du *mutuum*, de rembourser le capital reçu (*sors*) et par ailleurs il était obligé *verbis*, en vertu d'une stipulation, de payer des intérêts (*usurae*). Il fallait une stipulation; une simple clause, un pacte joint au *mutuum* n'auraient pu suffire. Le simple pacte d'intérêts joint au *mutuum* est sans valeur, sauf dans quelques cas exceptionnels; dès l'époque classique un pacte suffit à donner droit à des intérêts dans le *nauticum foenus*, et dans le cas de prêts consentis par des cités (contrat de droit public). Justinien ajouta deux autres exceptions à la règle : le prêt de dénrées et les prêts consentis par des banquiers.

L'emprunteur doit payer les intérêts qui ont été stipulés et les payer aux dates prévues. S'il n'exécute pas ses obligations et si le créancier l'actionne en justice, la *litis contestatio* fait courir les intérêts, lorsque le *mutuum* n'a pas été consenti gratuitement.

#### § 4 - LA REGLEMENTATION DU PRET A INTERET

Selon les fins économiques auxquelles il répond, le prêt à intérêt peut être bienfaisant ou néfaste. Les prêts consentis à des industriels ou des commerçants sont des facteurs de prospérité : ils empruntent en effet pour donner plus de développement à leurs affaires et ils empruntent d'ordinaire à des taux raisonnables, car ils sont en mesure d'offrir des garanties et en état de se défendre contre les prétentions des prêteurs.

Les prêts consentis à la consommation sont au contraire presque toujours néfastes. Au point de vue économique, ils sont stériles : les capitaux qu'ils drainent ne servent pas à produire des richesses, mais à payer la consommation de richesses déjà produites. Au point de vue social, ils sont dangereux : l'individu qui emprunte pour faire face à des dépenses qui dépassent ses moyens, n'a pas d'ordinaire de sérieuses garanties à offrir; pressé par le besoin, il n'est pas en mesure de discuter les conditions qui lui sont imposées; les prêts de ce genre deviennent facilement usuraires.

Or les Romains n'ont guère connu le prêt à intérêt - le *foenus*, qui se réalisait par stipulation, ou au moyen d'un *mutuum* complété d'une stipulation d'intérêts - que sous la forme la moins recommandable. En effet, lorsque les hommes d'affaires - financiers ou commerçants - avaient besoin de capitaux, ce n'était pas au *foenus* qu'ils avaient recours; ils fondaient des sociétés, intéressaient les capitalistes à leurs affaires en qualité de *socii*.

Les prêts à intérêt étaient la plupart du temps consentis à des besogneux : paysans ruinés par les ravages de la guerre ou plèbe urbaine, attirée par le mirage de la grande ville et qui y vivait misérablement.

Sous la République, la question des dettes fut, avec la question agraire, le grand problème social qui opposait une bonne partie de la population à la classe riche : nombreuses furent les lois qui concernent cette matière.

Lorsqu'après des abus trop criants, la situation paraissait trop tendue, le législateur accordait une remise de dettes (comme le fit par exemple la loi *Poetelia Papiria*). Les exigences souvent menaçantes de la plèbe amenèrent le législateur à fixer de plus en plus bas le taux des intérêts qu'il était licite de percevoir : les progrès économiques d'ailleurs devaient entraîner un abaissement du taux de l'intérêt.

L'attitude du Droit Romain en cette matière fut très différente de celle de beaucoup de législations anciennes : le droit hébreu, le droit canonique (1), le droit musulman, prohibent la perception d'intérêts quel qu'en soit le taux.

Les lois romaines au contraire (sauf la loi *Genicia* qui ne fut pas longtemps appliquée) partent de cette idée que le prêt à intérêt est licite : l'intérêt, s'il est modéré, est le juste loyer de l'argent prêté. Les lois romaines se contentèrent d'empêcher des abus, en fixant un taux maximal, au-dessus duquel la perception d'intérêts devenait illicite.

---

(1) Les canonistes fondent la prohibition du prêt à intérêt sur un passage des Evangiles (St. Luc 6.35) "*mutuum date nihil inde sperantes*" - et sur le principe formulé par ARISTOTE dans sa "Politique" (1.3-23) = "l'argent ne fait pas de petits".

Quels ont été les taux limites autorisés par la loi ? Quelles furent les sanctions appliquées aux usuriers qui dépassaient ces limites ?

La limitation légale  
du taux de l'intérêt :

Les textes nous font savoir que dès une époque très ancienne, le législateur romain s'était déjà soucié de limiter le taux de l'intérêt, en cas de prêt d'argent. Cette mesure, souvent attribuée aux XII Tables, semble en réalité avoir été prise un peu plus tard par une loi *Duilia Menenia*, plébiscite voté à l'instigation des tribuns de la plèbe entre 357 et 352 av. J.C.

Le vieux législateur considérait comme licite la pratique de l'*unciarum foenus*, qui consistait à exiger une once d'intérêt par as prêté. Comme l'as comprenait 12 onces, cela faisait un intérêt de 1/12 du capital, soit semble-t-il de 8,33 % par an. Mais Appleton a démontré que les vieux romains n'ont jamais songé à calculer les intérêts par an : ils les calculaient par mois ; le débiteur devait les payer au début de chaque mois, aux Calendes : c'est pourquoi le registre sur lequel les prêts étaient consignés s'appelait *Kalendarium* et l'action en réclamation d'intérêts s'appelait "action *Kalendaria*". L'*unciarum foenus*, autorisé par les vieilles lois de Rome était donc bel et bien un prêt sur le pied de 1/12 du capital par mois, soit 12/12 par an, c'est-à-dire 100 %.

Ce taux fut réduit de moitié en 347 (*semi unciarum foenus*). Des intérêts aussi excessifs pesaient lourdement sur la plèbe endettée. En 342 la loi *Genicia* en vint à interdire la perception de tout intérêt quel qu'en fût le taux : mais cette mesure, trop énergique, tomba vite en désuétude. Au temps de Cicéron (1<sup>o</sup> s. av. J.C.) le taux licite était de 1 % par mois : c'est ce qu'on appelait les *centesimae usurae* (soit 12 % par an) (1).

Ces mesures ne concernaient ni le prêt de denrées, ni le prêt maritime, pour lesquels il n'existait aucune limitation. Pour les prêts d'argent, il ne semble pas que les capitalistes de l'époque se soient beaucoup souciés de respecter la limite légale. La loi romaine ne protégeait que l'emprunteur romain : on pouvait prêter à usure aux étrangers : rois en difficultés ou cités ruinées par l'occupation romaine. Les amis de Cicéron, J. Brutus, Atticus, l'affairiste Rubirius ne trouvaient sans doute pas convenable de consentir de petits prêts usuraires à Rome, mais ils faisaient d'énormes avances aux rois et aux cités à des taux qui atteignaient souvent 48 % et parfois même 100 %. Dans les prêts entre Romains, on tournait la loi en se servant de prête-noms étrangers, souvent de Latins.

---

(1) Un taux plus bas : 10 %, avait été édicté peu avant Cicéron, par une loi *Pompeia*, votée à l'instigation de Sylla (FESTUS V<sup>o</sup> "*Lex Unciaria*").

Le régime impérial mit fin à cette exploitation des pays alliés ou conquis. D'ailleurs la prospérité générale devait ramener le loyer de l'argent à des taux plus bas. Des témoignages des I<sup>o</sup> et II<sup>o</sup> s. de notre ère nous montrent qu'on plaçait alors normalement son argent à des taux qui varient entre 4 et 6 % (ainsi, sous Trajan, la fondation charitable dont parle l'inscription des Ligures *Baebiani* était alimentée par les revenus d'un capital placé à 5 %). Le maximum licite reste 12 % (pratiqué dans les actes de Transylvanie au II<sup>o</sup> s. de notre ère).

A la même époque, des taux bien supérieurs étaient pratiqués en Egypte et en Mésopotamie, mais la fertilité extraordinaire de ces pays peut sans doute expliquer ce phénomène.

Avec la grande crise du III<sup>o</sup> s., la raréfaction du numéraire ne devait pas manquer de rendre les emprunts très onéreux pour ceux qui étaient obligés d'y recourir. Les empereurs chrétiens essayèrent de lutter contre l'usure : Constantin, en 325 (C. Théod. 2.33-1) rappelle qu'en matière de prêt d'argent, le taux légitime est toujours celui des *centesimae usurae* (12 %) et pour la première fois introduit une réglementation du prêt de denrées, autorisant d'ailleurs le taux très élevé de 50 % : trois boisseaux de blé à rendre pour deux reçus.

Justinien décida d'abaisser considérablement le taux de l'intérêt en soumettant toute cette matière à une réglementation détaillée. Dans cette législation, le taux normal est de 6 % par an, mais les commerçants sont autorisés à pratiquer le taux plus élevé de 8 %, tandis que les personnes illustres ne peuvent exiger plus de 4 %. Les cultivateurs qui empruntent bénéficient d'un taux particulièrement avantageux : 1/24 du capital, soit un peu plus de 4 %; mais des taux plus élevés sont permis en matière de prêt maritime (12 %) et de prêt de denrées (12,5 %). Le taux est réduit de 24 % à 12 % pour les intérêts légaux qui, en cas d'inexécution, courent de plein droit quatre mois après la date du jugement portant condamnation de payer une somme en capital.

Par ailleurs, Justinien interdisait, plus complètement que ses prédécesseurs, la pratique de l'anatocisme (*usurae usurarum*) (CJ. 4.32-28). Il décidait en outre (dans la Nov. 121) que les intérêts, bien que stipulés à un taux licite, cesseraient d'être dûs à partir du moment où le total des arrérages successivement payés viendrait à égaler le capital. A force de vouloir user de douceur et de charité envers le débiteur, Justinien prenait là une mesure injuste et maladroite puisqu'elle frappait surtout le créancier qui laissait de très longs délais à l'emprunteur pour s'acquitter.

Toute cette réglementation minutieuse et inspirée de bons sentiments avait le tort de ne tenir aucun compte des réalités économiques ni surtout des nécessités particulières à certaines régions de l'empire : elle souleva de vives protestations et ne fut guère respectée.

#### Les sanctions :

Le fait d'exiger des intérêts supérieurs à ceux que la loi autorise constitue l'usure. L'usure fut d'abord considérée comme un délit, entraînant des sanctions pénales. Les vieilles lois romaines (peut-être déjà

les XII Tables) organisaient contre les usuriers une action populaire - (c'est-à-dire ouverte à quiconque voulait se porter accusateur) - aboutissant à frapper l'usurier d'infamie et à lui faire payer une peine pécuniaire au profit de l'accusateur; cette peine était fixée au quadruple des intérêts perçus en trop.

Cette répression sévère tomba assez rapidement en désuétude : avec la loi *Marcia* (III° s. av. J.C.), c'est une simple sanction civile, énergique il est vrai, qui est instituée : l'emprunteur peut faire "*manus injectio pura*" sur la personne de l'usurier, pour obtenir restitution des intérêts illégalement perçus.

Sous l'Empire, la sanction de l'usure fut à nouveau portée sur le terrain pénal : une juridiction spéciale, une *quaestio*, fut même établie pour juger les affaires d'usure et d'accaparement, sur des poursuites publiques. Les usuriers sont notés d'infamie (CJ. 2.11-20; Dioclétien 290).

Au Bas-Empire, l'influence chrétienne devait porter les empereurs à se montrer sévères à l'égard des usuriers : une constitution de 386 (C.Th. 2.33.2) remet en honneur le vieux système de la peine du quadruple, mais cette peine au lieu d'être réclamée par n'importe quel accusateur, ne profitait qu'à la victime.

Justinien, qui avait abaissé considérablement le taux de l'intérêt, dut adoucir les sanctions : l'usurier était encore frappé d'infamie, mais échappait à toute peine pécuniaire : les intérêts usuraire déjà perçus devaient être simplement imputés sur le capital.

## § 5 - LE NAUTICUM FOENUS

Nous avons signalé à plusieurs reprises l'existence de règles particulières en matière de prêt maritime. Les Romains ont connu, sous le nom de *nauticum foenus*, un contrat aléatoire assez comparable au "prêt à la grosse aventure" dont s'occupe l'art. 331 de notre Code de Commerce.

Dans l'Antiquité, les armateurs ne se contentaient pas d'affréter des navires : ils achetaient une cargaison dans un port, la transportaient et la revendaient dans un autre port. Ce grand commerce international nécessitait d'importants capitaux : les armateurs les empruntaient. A la différence du *mutuum*, ce prêt n'est pas destiné à la consommation, mais répond aux besoins du commerce. Les Romains l'ont organisé en s'inspirant des usages pratiqués avant eux par les commerçants grecs. Ce qui fait l'originalité de cette forme de prêt, c'est que le bailleur de fonds est associé aux risques de la navigation : si le navire fait naufrage, l'armateur ne rembourse rien; si au contraire le navire arrive à bon port, l'armateur doit, en plus du capital, payer de très gros intérêts.

Le *nauticum foenus* a d'abord été utilisé pour le commerce d'importation : l'armateur chargeait sur son navire l'argent qu'il avait emprunté, en vue d'acheter une cargaison dans un port lointain. Cet argent qui traver-

sait les mers porte le nom de *trajecticia pecunia* : il n'y avait pas à le rembourser s'il sombrait avec le navire.

Puis le système fut étendu au commerce d'exportation : avec l'argent emprunté, l'armateur achetait sur place une cargaison qu'il transportait et vendait au loin. Ce n'était plus l'argent qui était chargé sur le navire, mais la marchandise achetée avec cet argent : si cette cargaison périssait en mer, l'armateur n'avait rien à rembourser.

Finalement on soumit au même régime tout prêt consenti en vue des besoins de la navigation : argent emprunté pour réparer le navire, pour payer le salaire des marins. Le *nauticum foenus* devint un prêt consenti à un armateur, et qui n'obligeait celui-ci à rembourser que si tel navire revenait au port.

Cette forme de prêt était déjà en usage à Rome dès la fin de la République : mais les jurisconsultes se demandaient dans quelle catégorie juridique connue du droit romain pouvait bien entrer ce contrat emprunté aux Grecs. Pour que la validité de cette opération ne fût pas douteuse, ils conseillaient d'y ajouter une stipulation de peine. Sous l'Empire, on fit entrer finalement cette opération dans les cadres du *mutuum*; mais c'est un *mutuum* qui présente de nombreuses singularités :

1) Il est affecté d'une condition suspensive :

L'emprunteur n'est obligé de restituer que si le navire revient à bon port.

2) Les intérêts n'ont pas besoin d'être stipulés : un pacte suffit pour qu'ils soient dûs.

3) Le taux de l'intérêt n'est pas limité (sauf dans le droit de Justinien, à 12 %).

4) Ce prêt est garanti par une hypothèque sur le navire.

5) Enfin, de nombreuses clauses annexes concernent le préposé (d'ordinaire un esclave) que le bailleur de fonds installait sur le navire pour surveiller la navigation et rendre plus difficile la fraude qui aurait consisté, de la part de l'armateur, soit à faire sombrer le navire, soit à prétendre qu'il avait sombré, pour n'avoir rien à rembourser.

## SECTION II : LES CONTRATS RE DE BONNE FOI

Les Institutes de Justinien (3.14-2) signalent trois contrats de bonne foi : le dépôt, le commodat et le gage : Il convient d'en ajouter un quatrième, la fiducie, dont Justinien ne parle pas parce qu'elle avait cessé d'être en usage.

Ces quatre contrats sont comme le *mutuum*, des contrats *re* : le débiteur est encore ici tenu de restituer parce qu'il a reçu, et de restituer ce qu'il a reçu. Mais à tous autres égards, ils sont différents du *mutuum* : ils sont sanctionnés par des actions de bonne foi; ils sont synallagmatiques imparfaits; enfin ils obligent le débiteur à restituer, non pas l'équivalent, mais l'objet même qu'il a reçu. En effet, tandis que dans le *mutuum* le débiteur reçoit une chose de genre pour la consommer - dans ces quatre contrats de bonne foi, il reçoit une chose d'espèce (ou considérée comme telle) à charge de la conserver et de la restituer dans son identité.

Les besoins pratiques auxquels correspondent le dépôt, le prêt : à usage et le gage ont d'abord reçu satisfaction au moyen de la fiducie : dans ce contrat, l'*accipiens* devenait propriétaire de la chose et prenait l'engagement de la restituer. Dans le courant de la République, on jugea plus commode de réaliser ces mêmes opérations sans transférer la propriété; ainsi sont apparus le dépôt, le commodat, le gage - d'abord de simples *negotia* sanctionnés par le prêteur, au moyen d'actions *in factum* - puis véritables contrats munis d'actions civiles in jus de bonne foi, dans le dernier état du droit romain. A côté de ces nouveaux contrats, la fiducie continua à être employée pendant l'époque classique.

### § 1 - LA FIDUCIE

La fiducie est un acte par lequel un individu appelé acquéreur fiduciaire reçoit une chose en propriété, ou une personne, en *mancipium*, par un procédé solennel et s'engage soit à restituer cette chose, soit à affranchir la personne du *mancipium*.

Cet engagement était sanctionné à l'époque classique par l'action fiduciaire, action de bonne foi mise à la disposition de l'alléiateur fiduciaire : la fiducie est par conséquent un contrat de bonne foi. C'est un contrat *re*, parce qu'elle comporte un élément réel : la remise de la chose en propriété entre les mains de l'acquéreur fiduciaire.

#### A/ La fiducie à l'époque classique :

##### 1/ Formation du contrat :

Contrat *re*, la fiducie nécessite la réunion de deux éléments :  
a) un accord de volonté : il est convenu que l'acquéreur fiduciaire ne conservera pas la propriété ou le *mancipium*; b) un élément réel : le trans-

fert de la propriété ou l'établissement du *mancipium* par un procédé solennel. Selon Gaius (II.59) la fiducie se réalise soit au moyen de la mancipation, soit au moyen de l'*in jure cessio*. La nécessité de recourir à ces modes formalistes de transfert rend la fiducie impossible avec des pérégrins. L'*in jure cessio*, très incommode parce que requérant la comparution des parties devant le magistrat, ne devait guère être employée que dans les cas où la mancipation n'était pas possible *res nec mancipi* (1), ou quote part de propriété. En fait, les actes de la pratique (tous du 8° s.) ne nous présentent que des fiducies réalisées par mancipation et ayant pour objet des esclaves ou des terres (*res mancipi*).

D'après une doctrine (Girard) qui trouve encore des partisans, le contrat de fiducie serait composé de deux éléments distincts, chacun produisant un effet particulier : d'une part la mancipation qui ne produit qu'un effet "réel", le transfert de la propriété, d'autre part le *pactum fiduciae*, convention par laquelle l'acquéreur prend l'engagement de restituer.

Cette façon de se représenter la fiducie nous paraît indéfendable. D'abord on ne voit pas bien comment un pacte peut faire naître une obligation sanctionnée par une action civile, l'*actio fiduciae* (2). D'autre part, les actes de la pratique nous mettent bien en présence d'un *pactum conventum*, reproduit après le procès-verbal de mancipation : mais ce *pactum*, loin de faire naître à la charge de l'acquéreur l'obligation de restituer, l'autorise à conserver la chose sous certaines conditions et même dans certains cas à ne pas la restituer du tout (3). Ce n'est pas par conséquent du côté du pacte qu'il faut chercher la source de l'obligation de restituer.

A notre sens, elle découle de la mancipation elle-même : le mécanisme est comparable à celui que nous avons rencontré en matière de *mutuum* : l'obligation de restituer la somme empruntée résulte du fait que les deniers ont été remis "à titre de prêt". De même dans la fiducie, l'acquéreur est obligé de restituer parce que la chose lui a été transférée en propriété "fiduciairement".

La mancipation, en matière de fiducie, n'est pas une mancipation ordinaire, elle est faite "à titre de fiducie", "*fiduciae causa*" et pour un prix fictif *nummo uno*.

## 2/ Utilisations pratiques de la fiducie :

On se sert de la fiducie quand on désire qu'une personne ne conserve pas la propriété ou le *mancipium* qu'elle acquiert, mais ne les ait

---

(1) Contra ERBE : "*Die Fiduzia*" (1940) p. 13

(2) La règle formulée dans les XII Tables : "*ut lingua nuncupassit*" valide les *leges mancipi*, jointes à une mancipation; mais la *lex mancipi* définit le statut de la chose mancipée et n'est pas un pacte conclu en vue de faire naître une obligation.

(3) GROSSO : SDHI 1941, pp. 425 sq.



que de façon temporaire. On pourrait obtenir ce résultat très simplement en introduisant dans le transfert de propriété une condition résolutoire. Mais le Droit Romain est hostile à l'idée d'une propriété résoluble. Avec la fiducie, le résultat désiré est obtenu, mais avec des effets juridiques moins efficaces et des complications.

Avec un transfert sous condition résolutoire, l'acquéreur, à l'arrivée de la condition, cesse automatiquement d'être propriétaire : sa propriété s'évanouit. Avec la fiducie, l'acquéreur fiduciaire ne perd pas automatiquement sa propriété : il y a simplement pour lui l'obligation de s'en dépouiller par un acte volontaire (retransférer la propriété, affranchir).

La fiducie a été utilisée dans bien des hypothèses qui intéressent le droit des biens et aussi le droit des personnes :

- a) Dans le droit des biens, Gaius (II.60) signale deux variétés de fiducies : l'une avec un créancier (*cum creditore*), l'autre avec un ami (*cum amico*). Il est probable qu'à l'origine il n'existait pas de différences entre ces deux catégories d'applications, mais la fiducie *cum creditore* s'est, au cours des siècles, enrichie d'un *pactum* de plus en plus favorable au "créancier", au point de donner à cette fiducie une physionomie bien différente de la fiducie *cum amico*.
  - α) La fiducie *cum creditore* est une façon d'offrir une sûreté réelle à son créancier : le débiteur lui transfère la propriété, par exemple d'un esclave. Quand la dette sera payée, le créancier devra restituer au débiteur la propriété de cet esclave. Le Droit Romain connaît une sûreté réelle qui nécessite beaucoup moins de complications : le *pignus*, qui se fait en remettant au créancier la simple possession du gage, et qui a même pu se faire sans déplacement de la possession, par convention. La fiducie a subsisté à côté du *pignus*, parce qu'en accordant au créancier la propriété de la chose donnée en garantie, elle est plus avantageuse pour lui.
  - β) La fiducie *cum amico* répond au même besoin pratique que le dépôt. Mais, comme le remarque Gaius, la fiducie présente, à l'égard du dépôt, un avantage certain : en effet, avec la fiducie, la chose devient la propriété de celui qui la prend en dépôt; la chose est ainsi plus en sécurité. L'*accipiens*, devenu propriétaire, peut défendre la chose contre les tiers; il dispose de l'action en revendication, de l'*actio furti*, de l'*actio legis Aquiliae*, actions qu'il n'aurait pas si l'on avait employé le contrat de dépôt qui ne procure pas autre chose au dépositaire que la simple détention.
- b) La fiducie trouve sa place dans un acte que l'on rencontre à l'origine du testament civil *per aes et libram*. La *mancipatio familiae* était une mancipation fiduciaire : le *familiae emptor* acquérait tout le patrimoine du testateur, et s'engageait à remettre les biens de la succession à divers bénéficiaires que le testateur lui indiquait.

La donation à cause de mort pouvait aussi se réaliser au moyen d'une fiducie : le donataire, ayant reçu la chose par mancipation fiduciaire, s'engageait à la restituer s'il ne survivait pas au donateur

- c) Enfin il ne faut pas oublier la place qu'occupait la fiducie en matière de *manus* et de puissance paternelle. L'émancipation fiduciaire, la *coemptio fiduciaria* se faisaient au moyen d'une fiducie : celui qui acquérait une puissance s'engageait soit à affranchir soit à retransférer cette puissance. Il y avait aussi la fiducie en vue de faire affranchir un esclave par l'acquéreur fiduciaire.

### 3/ Effets de la fiducie :

Puisque la fiducie est un transfert de propriété avec convention de restitution, il faut envisager ses effets à deux points de vue : a) au point de vue du droit réel établi sur la chose; b) au point de vue des obligations qui en découlent.

- a) Au point de vue  
du droit réel :

L'aliénateur fiduciaire se dépouille de la propriété, en procédant à la mancipation. Si par conséquent la chose ne lui est pas restituée comme il a été convenu, il ne peut pas exercer la revendication pour la réclamer.

Mais s'il parvient à s'emparer de la chose, il peut très rapidement en récupérer la propriété par une usucapion spéciale, l'*usureceptio fiduciaria*, qui fonctionne au bout du délai d'un an de possession, même pour les immeubles, et qui n'exige du possesseur ni juste titre ni bonne foi, contrairement aux règles ordinairement admises en matière d'usucapion.

L'aliénateur fiduciaire bénéficie de ce genre très avantageux de prescription, sans aucune restriction, dans la *fiducia cum amico*. Par contre, en cas de *fiducia cum creditore*, il y a lieu de faire certaines distinctions. Si le débiteur a payé son dû, le créancier est dans son tort en conservant la chose : le débiteur peut essayer de mettre la main sur elle, et s'il y parvient, il peut, au bout d'un an, invoquer l'*usureceptio fiduciaria*. Si le débiteur n'a pas complètement payé sa dette, l'*usureceptio* est encore en principe possible : elle lui est cependant refusée s'il se trouve en possession de la chose en vertu d'une convention consentie par le créancier (convention de louage, ou de précaire) : il serait trop inique que le débiteur puisse tirer avantage, à l'encontre de son créancier, d'une possession qu'il tient de la bienveillance de celui-ci.

b) Obligations

qui découlent de la fiducie :

- a) La fiducie oblige celui qui a reçu la chose à la restituer en propriété. Cette obligation est sanctionnée par une action *in personam*, l'action *fiduciae* : elle est civile, de bonne foi, avec une formule *in jus, incerta*. Cette action est infamante (G. IV.182). Elle est transmissible activement et passivement.
- β) La fiducie fait-elle naître par ailleurs une obligation à la charge de l'allénué fiduciaire, dans le cas où celui qui a reçu la chose a fait des frais pour en assurer la conservation ou en augmenter la valeur ? La fiducie est-elle un contrat synallagmatique imparfait ?

Dans plusieurs textes du Digeste qui parlent du *pignus*, mais que les juriconsultes avaient écrits à propos de la fiducie, il est question d'une action *contraria* (action en sens contraire de l'action normale). Lenel (Edit. II-5) ne met pas en doute l'existence d'une *actio fiduciae contraria* au profit de l'acquéreur fiduciaire. Par contre, Biondo-Biondi soupçonne les compilateurs d'avoir interpolé non seulement le mot *pignus*, mais aussi la mention de cette action *contraria* : à l'époque classique l'acquéreur fiduciaire, pour obtenir remboursement de ses frais, n'aurait eu d'autre moyen que d'exercer un droit de rétention sur la chose, quand on la lui réclamait par l'*actio fiduciae*. Mais un texte des Sentences de Paul (II.13.7) paraît peu favorable à cette façon de voir : ce texte envisageant le cas d'une *fiducia cum creditore*, alors que le créancier a fait des frais pour améliorer la chose reçue en garantie, dit ceci : "Le créancier rendra, par l'action de fiducie, son débiteur redevable des dépenses faites". Ce texte peut concerner, si l'on veut, un droit de rétention exercé au moment où s'intente l'*actio fiduciae directa*; mais il faut convenir qu'il s'entend beaucoup mieux encore d'une action *fiduciae contraria* intentée par le créancier.

B/ Histoire de la fiducie :

1/ Origines :

La fiducie est très ancienne, mais elle a longtemps fonctionné sans que l'obligation de restituer fût sanctionnée au moyen d'une action. On peut admettre que dès l'origine, la mancipation fiduciaire se caractérisait par une déclaration de l'acquéreur, une *nuncupatio* par laquelle il reconnaissait que si la chose devenait sienne, c'était "*fiduciae causa*". Cela signifiait que la chose était abandonnée à sa *fides*. M. Imbert (1), appliquant en matière de fiducie son hypothèse sur le caractè-

---

(1) IMBERT : "*Fides et nexum*" - Studi Arangio Ruiz I.1952, p. 333.

re ancien de la *fides*, définit la fiducie primitive comme un abandon total et solennel d'une *res mancipi* à un ami ou à un créancier. L'aliénateur fiduciaire s'en remettait entièrement au bon vouloir de l'acquéreur. Celui-ci ne prenait à sa charge aucune obligation : le fait que la chose était remise à sa *fides* emportant simplement pour lui le devoir moral et religieux de ne pas faire de tort à l'aliénateur fiduciaire : par exemple, dans la *fiducia cum creditore*, le créancier aurait fait tort au débiteur en conservant le gage après avoir reçu paiement. Mais il n'y avait là aucune obligation de caractère juridique - et aucune action en justice pour le contraindre à restituer.

Avec l'évolution de la notion de *fides*, la fiducie imposa à l'acquéreur fiduciaire des devoirs plus précis : il ne devait pas tromper la confiance que l'aliénateur lui avait faite. Ce devoir n'a d'abord été qu'un devoir moral sanctionné par l'opinion publique : il était déshonorant d'abuser de la confiance. Puis des sanctions juridiques furent imaginées.

Dès l'époque des XII Tables, la fiducie, sans être encore un contrat sanctionné par une action, était déjà une opération prise en considération par le *jus civile* : en effet on trouve dans la Loi des XII Tables des dispositions relatives à l'*usureceptio fiduciaria*. Cette forme d'usucapion permettait à l'aliénateur fiduciaire de récupérer facilement la chose; c'est, si l'on veut, une sanction indirecte, mais encore bien imparfaite de la fiducie.

## 2/ L'action *fiduciae* :

A une époque qu'il est difficile de préciser, la fiducie a été sanctionnée. Q. Mucius Scaevola (consul en 95 av. J.C.) faisait figurer la fiducie dans la liste des actions de bonne foi connues de son temps.

Mais Cicéron ("*De Officiis*" 3.15.61), reproduisant une partie de la formule de l'action de fiducie, cite des termes qui ne sont pas ceux qu'on rencontre ordinairement dans une formule de bonne foi. Celle-ci, à l'époque classique, se caractérise par les mots "*ex fide bona ... oportet*". Or Cicéron nous parle d'une action de fiducie dont la formule contenait les mots "*ut inter bonos agere*" = "comme il convient d'agir entre honnêtes gens".

Beaucoup d'auteurs prétendent que la formule, citée par Cicéron, n'est pas celle d'une action civile de bonne foi, mais ne peut être que celle d'une action prétorienne *in factum*. On en a déduit l'hypothèse suivante : la fiducie aurait d'abord été un *negotium* pris en considération par le préteur, avant d'être érigée en contrat de bonne foi. A l'époque de Cicéron, la formule de bonne foi était déjà en usage, puisque Q. Mucius, antérieur à Cicéron, la connaissait. Il y avait donc à la fin de la République deux formules possibles en matière de fiducie : une formule *in factum*, ancienne, et une formule civile de bonne foi, plus récente. Ce

phénomène ne doit pas nous étonner : la même dualité de formules existait au temps de Gaius en matière de dépôt. La fiducie aurait connu, à la fin de la République, le même processus historique qui s'est renouvelé un ou deux siècles plus tard pour le dépôt.

A quelle époque ces deux actions de fiducie ont-elles pu apparaître ? Girard pense qu'elles supposent déjà l'existence de la procédure formulaire : elles ne sauraient être antérieures à la loi *Aebutia* que Girard situe entre 149 et 126 av. J.C. Localisée entre la loi *Aebutia* et l'époque de Quintus Mucius, l'apparition de l'action *fiduciae* se situerait dans le milieu ou la fin du II<sup>e</sup> s. av. J.C.

Cette doctrine nous paraît discutable. Tout d'abord, il n'est pas prouvé que l'action *fiduciae* ait d'abord été connue sous la forme d'une action prétorienne *in factum*. A l'époque de Cicéron, les formules n'avaient pas encore pris leur forme définitive : la clause "*ut inter bonos agere*", a bien pu être, au temps de Cicéron, l'équivalent de "*ex fide bona*" : la formule citée par Cicéron n'est probablement pas autre chose que la formule *in jus* de bonne foi, que connaissait Q. Mucius.

D'autre part, beaucoup d'auteurs admettent maintenant, contrairement à la doctrine de Girard, que des actions de bonne foi ont pu exister avant l'introduction de la procédure formulaire, sous la forme d'une *legis actio per iudicis postulationem*. Il est donc possible de faire remonter l'action *fiduciae* à une époque antérieure à la loi *Aebutia* : cette façon de voir semble confirmée par des allusions à l'action *fiduciae* que l'on rencontre dans quelques vers de Plaute (mort en 184).

### 3/ Disparition de la fiducie :

La fiducie n'est jamais mentionnée dans la Compilation de Justinien.

La disparition de la fiducie soulève plusieurs problèmes.

- a) Pourquoi la fiducie a-t-elle cessé d'être en usage ?  
et à quelle époque ?

A l'époque classique, la fiducie était encore une institution bien vivante, surtout sous la forme de la *fiducia cum creditore*, qui ne paraît pas avoir beaucoup souffert de la concurrence que pouvait lui faire le *pignus*.

Les causes de la disparition de la fiducie ont été mises en lumière par Collinet ("Etudes du droit de Justinien" I) : la fiducie se faisait en employant surtout la mancipation. Son sort a été lié à ce-

lui de ce vieil acte essentiellement romain. Les Orientaux n'ont jamais utilisé volontiers la mancipation - et par conséquent n'ont guère connu la fiducia : il est compréhensible que Justinien l'ait fait disparaître, comme il fit disparaître toute allusion à la mancipation. Par contre, dans les pays de vieille culture latine, en Occident, la mancipation et la *fiducia cum creditore* se sont conservées très longtemps : l'édition wisigothique des Sentences de Paul mentionne la fiducia (II.13.1.2.3.5.6.7) : l'"*Interpretatio*" cependant ne conserve le mot qu'une fois (II.13.7) et dans les autres paragraphes substitue à *fiduciarius* les termes *res pro delicto posita*, *oppigneratus*, et même *pignus* (5.6).

b) Sources utilisables  
pour l'étude de la fiducia :

Le fait que la fiducia ne figure pas dans la Compilation de Justinien semble au premier abord réduire considérablement les renseignements que l'on peut réunir pour l'étude de ce contrat, puisque notre source ordinairement la plus riche, le Digeste, fait ici défaut. Il existe évidemment quelques indications en dehors du Digeste : Gaius (II.59.60; IV.62) - quelques passages de Cicéron - quelques documents de la pratique (table Bétique et tablette de Pompéi et d'Herculanum).

Mais depuis la remarquable découverte de Lenel, il est possible de retrouver dans le Digeste quantité de textes relatifs à la fiducia. Certains textes, qui au Digeste paraissent concerner le *pignus*, proviennent en réalité de développements classiques relatifs à la fiducia. Les compilateurs ont fait passer ces textes au compte du *pignus* en substituant le mot *pignus* au mot *fiducia*.

Lenel fit cette découverte en 1882, alors qu'il travaillait à la reconstitution de l'Edit Perpétuel : pour retrouver le plan de l'Edit, Lenel utilisa la méthode dite des "Inscriptions", qui consiste à classer les fragments de chaque auteur cité au Digeste d'après les indications fournies par l'inscription qui les précède. Lenel eut ainsi la surprise de constater que Gaius, Paul, Ulpien, dans leurs *libri ad edictum*, s'occupaient du *pignus* à deux endroits différents. Une répétition de ce genre ne peut être imputée ni à l'Edit, ni aux jurisconsultes qui l'ont commenté. Dans un des deux endroits, l'Edit et les commentateurs de l'Edit devaient parler d'autre chose que du *pignus*; ils y parlaient de la *fiducia cum creditore*.

On sait maintenant que l'on peut utiliser pour l'étude de la fiducia les textes du Digeste relatifs au *pignus*, quand ces textes proviennent de certaines parties des commentaires de l'Edit (*libri ad edictum*) : livre 30 pour Ulpien, 31 pour Paul, 10 pour Gaius.

## § 2 - LE DEPOT, LE COMMODAT ET LE GAGE

### Histoire :

La fiducie présentait pour l'alléiateur fiduciaire le grave inconvénient de le dépouiller de la propriété de la chose : on eut bientôt l'idée de réaliser les mêmes opérations, sans transférer la propriété.

Celui qui voulait faire un dépôt, prêter à usage, donner un gage, remettait la chose au dépositaire, au commodataire, au créancier gagiste, sans employer de solennité, en faisant une simple tradition non-translative de propriété. Si l'*accipiens* ne restituait pas comme convenu, le *tradens* resté propriétaire pouvait la réclamer au moyen de l'action en revendication. Solution encore imparfaite : il n'est pas toujours facile de prouver la propriété; de plus le *tradens* peut ne pas être propriétaire.

C'est pourquoi ces opérations ont fini par être sanctionnées au moyen d'actions *in personam* : une obligation de restituer fut mise à la charge de l'*accipiens*.

Ce fut d'abord le préteur qui introduisit dans son édit des actions *in factum* pour le dépôt, le commodat, et le gage. Vers la fin de la République, ces trois opérations n'étaient pas encore des contrats, mais des *negotia*, des affaires, auxquelles le préteur s'intéressait.

Dans le courant du 1<sup>o</sup> s. de notre ère, le dépôt et le commodat firent naître une véritable obligation *re*, sanctionnée par une action civile, *in jus*, de bonne foi. Gaïus la signale à côté de l'action *in factum*, qui n'avait pas disparu : le demandeur avait le choix entre ces deux sortes de formules. Pour le gage, cette évolution ne semble pas encore accomplie au temps de Gaïus : l'action civile en matière de *pignus* n'a sans doute été organisée qu'à la fin de l'époque classique.

Ces trois contrats *re* de bonne foi appartiennent par conséquent à une formation historique très postérieure à celle de la fiducie.

Gaïus, dans ses Institutes (III.90 et 91) ne signale ni le dépôt ni le commodat dans son étude des contrats *re* (1) bien qu'il les connaisse, puisqu'il cite leurs formules *in jus* et *in factum* quand il étudie la procédure (IV.47 et 60). Justinien, dans ses Institutes consacre des développements à nos trois contrats sous le titre "Des obligations qui se forment *re*" (Inst. III.14 - 2 à 4) s'inspirant en grande partie des "*Res cottidianae*" attribuées à Gaïus (D. 44.7-1 § 3-6).

---

(1) WUBBE : "Gaïus et les contrats réels" TR. 35 1967 p. 500, propose une explication ingénieuse mais discutable de cette omission. Il paraît plus simple de supposer que Gaïus a reproduit un auteur plus ancien qui s'occupait des obligations *re* (et non des contrats, notion alors inconnue; cf. sup. p. 23) à une époque où l'édit ne prévoyait pas encore une formule *in jus* pour le dépôt et le commodat.



Caractères communs :

A/ Modes de formation :

- Ces trois contrats se forment *re*.
- Ils ont pour objet des choses d'espèce (*species*), envisagées dans leur individualité propre : l'*accipiens* doit restituer la chose même qu'il a reçue.
- Pour que ces contrats se forment, il faut que la chose ait été remise à l'*accipiens* (dépositaire, commodataire, créancier gagiste); cette remise se fait sans forme, par simple tradition : c'est pourquoi ces contrats sont accessibles aux pérégrins : ce sont des contrats du *jus gentium*.
- Cette tradition, même si elle a pour objet des *res nec mancipi* (par exemple de l'argenterie, des bijoux) ne rend pas l'*accipiens* propriétaire; dépôt, commodat et gage ne sont pas des *justae causae traditionis*.
- En conséquence pour déposer, prêter à usage, donner un gage, il n'est pas nécessaire d'être propriétaire de la chose : ainsi un simple détenteur peut valablement faire un dépôt d'une chose dont il n'est ni propriétaire ni même possesseur au sens strict du mot.

B/ Effets :

a) Au point de vue  
du droit réel :

Dans le dépôt et le commodat, la tradition purement *corporalis* de la chose, rend l'*accipiens* simplement détenteur : il n'a pas la possession *ad interdicta*. Le créancier gagiste au contraire reçoit la possession *ad interdicta*. Mais ni les uns ni les autres ne peuvent devenir propriétaires de la chose par prescription; ils n'ont pas la *possessio ad usucapionem* - et par conséquent l'action Publicienne leur est refusée. C'est le *tradens* qui continue, pour l'usucapion, à posséder la chose par le *corpus* de l'*accipiens*, et c'est lui qui peut exercer contre les tiers l'action Publicienne en attendant d'usucaper, s'il n'est pas déjà propriétaire.

b) Obligations  
qui découlent de ces contrats :

Ces trois contrats mettent à la charge de l'*accipiens* l'obligation de restituer - sous certaines conditions qui varient dans chaque contrat; cette obligation est sanctionnée par une action *in personam*.



A l'époque de Gaius, pour le dépôt et le commodat, l'action comportait deux formules, l'une civile *in jus* et de bonne foi - l'autre *in factum*. Le *pignus* était alors sanctionné simplement par une formule *in factum*.

Dans le droit de Justinien, ces contrats sont tous les trois de bonne foi, sanctionnés par des actions civiles de bonne foi. Ce sont de plus des contrats synallagmatiques imparfaits : dépositaires, commodataires, créanciers gagistes peuvent réclamer le remboursement des frais qu'ils ont faits pour conserver ou améliorer la chose : ils disposent à cet effet d'une action *contraria*, civile, *in jus* et de bonne foi. Mais cette action a probablement été imaginée par les compilateurs. A l'époque classique, on avait d'abord permis à l'*accipiens* qui avait fait des frais, d'en réclamer le remboursement par un *judicium contrarium*, c'est-à-dire une demande reconventionnelle qu'il pouvait porter devant le juge, lorsqu'il était lui-même actionné en restitution de la chose. Puis on lui permit d'intenter ce *judicium contrarium* de façon indépendante et de prendre ainsi lui-même l'initiative d'un procès, mais semble-t-il, au moyen d'une action *in factum*. Justinien en fit une action civile et de bonne foi.

### Caractères particuliers :

#### A/ Dépôt :

Le dépôt consiste à confier une chose mobilière à une personne qui doit la conserver, pour la restituer à première réquisition.

Le dépositaire rend un service gratuit : il n'a droit à aucune rémunération. Si le contrat prévoit un salaire, ce n'est plus un dépôt, mais une *locatio operis faciendi*, dont les effets sont très différents.

Le dépositaire n'a pas droit aux fruits que la chose peut produire pendant qu'il la détient : il n'a pas non plus le droit de s'en servir; s'il use de la chose déposée, il commet un vol d'usage (*furtum usus*), et tombe sous le coup des peines prévues contre les voleurs.

Le dépositaire, ne recevant aucun salaire, n'est pas obligé de veiller à la garde de la chose, il n'est même pas responsable si la chose périt par sa faute. Tout ce qu'on lui demande, c'est de restituer - et de ne rien faire volontairement qui rende la restitution impossible : il ne répond que de son dol. Le dépositaire qui ne peut plus restituer le dépôt n'est condamné que si on peut lui reprocher des agissements mal intentionnés ou indéliçats. Aussi l'action *depositi* est-elle infâmante.

Il existe des variétés particulières de dépôts :

- le dépôt séquestre (qui peut porter sur des immeubles);
- le dépôt irrégulier (*commendatio*) dans lequel le dépositaire est autorisé à disposer des deniers qui lui sont confiés;

- le dépôt nécessaire ou misérable : sanctionné par le prêteur au moyen d'une action au double.

B/ Commodat  
ou prêt à usage :

Ce contrat consiste à confier une chose à une personne pour qu'elle s'en serve dans certaines conditions, à charge pour elle de la restituer après usage. Il a concerné d'abord des choses immobilières et a été bientôt étendu aux immeubles (1).

C'est un contrat de bienfaisance : le commodant prête la chose gratuitement : si le contrat lui permet d'exiger un loyer, ce n'est plus un commodat, mais une *locatio rei*. Le commodataire ne doit pas se servir de la chose autrement qu'il a été convenu. S'il en use de façon abusive, il commet un *furtum usus*. Il doit la restituer sans retard après l'usage prévu, il doit aussi restituer les fruits et produits qui sont nés pendant qu'il détenait la chose.

En cas de perte, sa responsabilité est le plus souvent engagée : car on exige de lui qu'il veille à la conservation de la chose qui lui a été prêtée gratuitement : il répond de la *custodia* (la garde) : de sorte qu'il est responsable non seulement de son dol, de sa faute, mais même de certains cas fortuits, comme le vol commis par des tiers. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'on lui donne l'action *furti* contre les voleurs, bien qu'il ne soit ni propriétaire, ni même possesseur *ad interdicta*; mais il a intérêt à ce que le vol n'ait pas lieu, parce qu'il en demeure responsable. On ne le tient quitte que si le défaut de restitution a pour cause la force majeure (nauffrage, fait de guerre, foudre).

Si le commodataire a subi quelque préjudice du fait de la chose qu'il a empruntée, la responsabilité du commodant est appréciée avec beaucoup de bienveillance : il répond uniquement de son dol; il serait en effet inique d'imposer une responsabilité plus étendue au commodant, en raison d'une affaire qui ne lui rapporte aucun avantage.

C/ Pignus ou gage :

Le mot *pignus* désigne à la fois la garantie réelle offerte au créancier et le contrat *re*, en vertu duquel le créancier gagiste est tenu de restituer la chose qu'il a reçue en garantie de sa créance.

On peut donner en gage des meubles ou des immeubles.

Le créancier gagiste n'est pas propriétaire du gage (à la différence du créancier qui bénéficie d'une *fiducia cum creditore*). Il a la possession *ad interdicta*, et en cas de vol par des tiers, il peut exercer contre eux l'action *furti*.

---

(1) PASTORI : "Il commodato" 1954; FAHRI ABOU SEIF MABROUK : "Le prêt à usage en Droit Romain et en Droit Musulman", thèse Aix 1968.

Il ne doit pas se servir de la chose. Il n'a pas droit aux fruits (sauf convention spéciale, les fruits qu'il perçoit sont imputés sur la dette).

Le créancier gagiste a le droit de conserver la chose tant qu'il n'est pas payé : mais en principe il n'a pas le droit de la vendre; le *pignus* en Droit Romain n'est pas un moyen d'accorder au créancier une satisfaction indirecte : c'est un moyen de pression sur le débiteur. On compte qu'il paiera pour retrouver sa chose. Si le créancier gagiste vendait le gage, il commettrait un vol.

Cependant une clause spéciale du contrat de gage peut accorder au créancier le *jus distrahendi*, le droit de vendre et de se payer sur le prix. Cette clause a fini par être sous-entendue en matière d'hypothèque qui n'est qu'une forme évoluée du *pignus*.

Lorsque le créancier gagiste a obtenu paiement, il doit restituer le gage : son débiteur peut l'y contraindre au moyen de l'action *pigneraticia directa*. Le créancier gagiste est responsable si la chose a péri par son dol ou sa faute. Par contre il peut intenter l'action *pigneraticia contraria* pour exiger de son débiteur le remboursement des impenses nécessaires et des impenses utiles qu'il a faites sur la chose.

### CHAPITRE TROISIEME : LES CONTRATS *CONSENSU*

Notre conception moderne, selon laquelle la volonté des parties suffit à faire naître des obligations, avait d'abord été complètement étrangère au Droit Romain : elle a fini par être admise pour quatre opérations très usuelles : vente, louage, société et mandat. Ces quatre contrats présentent la particularité de se former *solo consensu*, par la seule vertu du consentement.

#### DATE D'APPARITION

Les actions de bonne foi relatives à ces contrats figurent déjà dans la liste des actions de bonne foi connues de Quintus Mucius Scaevola (consul en 95 av. J.C.). Si l'on admet le point de vue de Girard, qui ne croit pas possible l'existence de ces actions dans la procédure des actions de la loi, nos quatre contrats consensuels auraient fait leur apparition entre la loi *Aebutia* et l'époque de Q. Mucius. Mais le système de Girard est très contestable et beaucoup de romanistes admettent actuellement que les contrats consensuels, et les actions de bonne foi qui les sanctionnent, ont pu fonctionner au peu avant la loi *Aebutia*, au moyen de formules délivrées par le magistrat (*judicia imperio continentia*).

## CARACTERES COMMUNS

Ces contrats présentent les caractéristiques suivantes :

### 1/ Ils se font solo consensu :

Ils ne nécessitent aucune solennité ni verbale ni écrite, ni même la réalisation d'un élément de fait. Ces contrats sont valablement conclus dès que les parties sont d'accord (cf. Gaius III.136). Il résulte de cette particularité :

- a) Que ces contrats peuvent se faire entre absents, à distance (le consentement peut se manifester par une lettre, ou par l'intermédiaire d'un *nuntius*).
- b) Qu'ils peuvent être affectés de toutes sortes de modalités; ces contrats peuvent comporter un terme ou une condition; aucune exigence formaliste ne s'y oppose.

### 2/ Ces contrats sont synallagmatiques :

A l'époque classique nos quatre contrats étaient synallagmatiques parfaits; la vente, le louage, la société ont toujours conservé ce caractère; ils font nécessairement naître des obligations réciproques entre parties. Par contre, le mandat, dans le droit de Justinien, fait figure de contrat synallagmatique imparfait : il impose nécessairement une obligation au mandataire, exposé à l'action *mandati directa*, mais peut à l'occasion obliger le mandant à indemniser le mandataire, qui dispose en ce cas d'une action *mandati contraria*.

Dans ces contrats synallagmatiques, un lien de dépendance existe, au moins au moment de la conclusion de contrat, entre les deux obligations réciproques : en Droit Français actuel, nous exprimons cette idée d'interdépendance des obligations, en disant que l'obligation de l'une des parties sert de cause à l'obligation de l'autre.

Les Romains n'ont pas senti le besoin de faire intervenir la notion de cause dans les contrats consensuels : au surplus ils n'ont pas poussé jusqu'au bout l'idée d'interdépendance des obligations; nous verrons par exemple que dans la vente, l'obligation de l'acheteur peut subsister alors même que celle du vendeur vient à s'éteindre (question des risques).

### 3/ Ces contrats sont tous de bonne foi :

Ils sont sanctionnés par des actions civiles *in jus, incertae*, avec la clause "*ex fide bona*".

Si le défendeur se prétend victime d'un dol, il n'a pas besoin, pour s'en prévaloir, de faire insérer une exception de dol dans la formule. L'étendue de son obligation est appréciée "en bonne foi". Il répond toujours au moins de son dol. Enfin le juge peut procéder à une compensation judiciaire entre les obligations qui découlent du même contrat de bonne foi.

#### 4/ Ces contrats appartiennent au jus gentium :

Certains de ces contrats ont trouvé leur origine dans la pratique du commerce international.

### DEUX GROUPES

Si nos quatre contrats ont un certain nombre de traits communs, il convient, à certains égards, de les répartir en deux groupes :

#### 1/ La vente et le louage :

Ils établissent entre parties des rapports d'affaires. Ces deux contrats présentent un caractère synallagmatique très prononcé, à tel point qu'ils portent en Latin des noms doubles : la vente se dit *emptio-venditio* (achat-vente), le louage se dit *locatio-conductio* (contrat qui consiste à donner et à prendre en louage). Cette dualité de termes correspond à une dualité de sanctions; la vente est sanctionnée par deux actions distinctes : l'une donnée à l'acheteur (*actio empti*), l'autre au vendeur (*actio venditi*); de même pour le louage, nous trouvons une *actio locati* (donnée au bailleur) et une *actio conducti* (donnée au locataire).

Comme le remarque Gaius : entre vente et louage existe "un air de famille" (*familiaritatem aliquam* : G. III.145).

#### 2/ Le Mandat et la Société :

Ils constituent un groupe tout différent : ces deux contrats supposent ou créent entre les parties des liens d'amitié. Dans le mandat, le mandataire rend gratuitement un service au mandant. Dans la société, les associés ont des intérêts communs : la société établit entre eux "une sorte de fraternité".

Dans ces deux contrats, la place faite à la confiance est considérable : a) c'est pourquoi ces contrats se concluent *intuitu personae*, en considération de la personne; b) les actions qui les sanctionnent sont infamantes (tromper un ami ou un associé est une grave déloyauté); c) enfin ces contrats prennent fin quand la confiance cesse : ils sont révocables et ne survivent pas aux parties qui les ont conclus.

## SECTION I : LA VENTE

La vente (*emptio-venditio*) est en Droit Romain un contrat consensuel par lequel le vendeur (*venditor*) s'engage à livrer à l'acheteur (*emptor*) la possession paisible et durable d'une chose (*merx* ou *res*) moyennant un prix en espèces monnayées (*pretium*) que l'acheteur s'engage à livrer en propriété au vendeur.

Tandis que la vente française (C.C. 1138) rend l'acheteur propriétaire, la vente romaine le rend simplement créancier : elle est uniquement génératrice d'obligations et n'a pas d'effets translatifs de droits réels. Le vendeur ne s'engage même pas à rendre l'acheteur propriétaire; il doit simplement lui procurer la possession paisible et durable de la chose vendue (*tradere vacuam possessionem*).

### § 1 - ORIGINE DU CONTRAT CONSENSUEL DE VENTE

Bien avant de connaître le contrat consensuel qui porte le nom d'*emptio-venditio*, les Romains ont pratiqué la vente sous la forme d'un acte au comptant. L'effet de cet acte n'était pas de créer des obligations, mais de transférer une chose contre paiement immédiat d'un prix.

La vente-transfert a précédé la vente-contrat.

#### A/ VENTE-TRANSFERT

Les peuples primitifs pratiquent le troc : c'est un fait que les jurisconsultes romains eux-mêmes constataient en lisant l'"Illiade", où l'on voit les héros d'Homère échanger du vin contre des peaux de bêtes (Gaius III.141).

Mais, comme Gaius le remarque très judicieusement, le troc est très incommode. Il suppose un concours exceptionnel de circonstances; il faut qu'un heureux hasard mette en présence deux personnes dont chacune a besoin de la chose dont l'autre veut se défaire.

C'est pourquoi un des premiers progrès de la civilisation a consisté à considérer certaines choses comme des étalons de valeur, destinés à servir d'instruments d'échange : le bétail joua d'abord ce rôle, puis l'airain brut, puis la monnaie.

C'est à ce moment qu'apparaît la vente, comme une opération différente du troc : la vente est un acte qui permet d'acquérir toutes sortes de choses en offrant un prix, c'est-à-dire une certaine quantité de ces objets qui ont reçu le caractère d'étalon de valeur.

Au point de vue économique, c'est un acte bien plus pratique que le troc : l'une des parties, l'acheteur, offre une chose que tout le monde peut utiliser, que tout le monde désire par conséquent.

Au point de vue juridique, cet acte d'emploi courant fut rapidement pourvu d'une réglementation assez perfectionnée qu'on n'avait jamais songé à établir pour une opération aussi malaisée que le troc.

Distincte du troc, la vente fut cependant, comme le troc, tout d'abord un acte au comptant, qui se réalisait donnant-donnant; elle rendait l'acheteur immédiatement propriétaire, tandis que celui-ci payait sur le champ le prix convenu. Lorsqu'il s'agissait de vendre une *res mancipi*, on procédait à la mancipation : c'était primitivement une vente au comptant. L'acheteur recevait solennellement la chose; il affirmait sa propriété sur elle, en même temps qu'il payait le prix en lingots, pesés et vérifiés par le *libripens*. Pour les *res nec mancipi* on se contentait d'une simple tradition (1).

Cette vente-transfert suffisait aux besoins des vieux Romains. Dans un régime d'économie domestique, chaque famille s'efforçait de produire elle-même de quoi subvenir aux besoins de tous ses membres; les échanges étaient rares. Une certaine activité commerciale régnait cependant les jours de marché, aux *mundinae*, qui attiraient à Rome les paysans des alentours; on y vendait des boeufs, des outils, des esclaves; toutes ces opérations, faites sur la place publique, se réalisaient au comptant.

On peut cependant trouver dans les XII Tables la preuve que la vente à crédit n'était pas tout à fait inconnue : il y est question d'une *pignoris capio* au profit de celui qui a vendu à crédit une bête destinée à être sacrifiée aux dieux; les vieux Romains, pour ne pas faire attendre les dieux, savaient à l'occasion faire attendre le vendeur qui fournissait la victime.

---

(1) D'après une doctrine assez répandue (DE VISSCHER, MONIER, MEYLAN *contra* ARANGIO-RUIZ) la mancipation, à l'époque ancienne, ne transférait pas la propriété, mais n'avait pas d'autre effet que d'obliger le vendeur à fournir l'*auctoritas*, c'est-à-dire à garantir l'acheteur contre toute prétention, en attendant qu'il devienne propriétaire par usucapion. Il existe un lien certain entre usucapion et *auctoritas* (délai, expression *usus-auctoritas*). Mais VARRON (R.R. 2.10.4) reproduisant un vieux traité de Droit, cite déjà la mancipation parmi les modes d'acquisition du *dominium*. Quant à la tradition des *res nec mancipi*, une doctrine (BONFANTE) prétend qu'elle ne transférait pas primitivement la propriété, pour la bonne raison qu'il n'y avait pas de *dominium* possible pour ces sortes de choses, pas d'action en revendication et seulement l'*actio furti*. Ce qui est contredit par le texte de Gaius (4.17) où il est question de l'emploi du *sacramentum in rem* pour revendiquer des *res nec mancipi*. Mancipation et tradition sont des modes d'acquisition du *dominium* lorsque cette notion se dégage de celle, plus ancienne, de *mancipium*, à une époque probablement un peu postérieure aux XII Tables.

L'emploi de la vente à crédit est attesté par une autre disposition des XII Tables, très contestée il est vrai : la vieille loi semble bien avoir décidé qu'en cas de tradition l'*accipiens* ne devenait propriétaire qu'après avoir payé le prix au *tradens* (I.J. 2.1.41).

La vente à crédit - d'usage sans doute encore peu courant - était encore une vente-transfert : la chose vendue était remise immédiatement à l'acheteur. Cette vente n'était pas un contrat, elle ne faisait naître aucune obligation. La vieille loi avait simplement organisé des garanties au profit du vendeur non payé, lorsque le paiement du prix était différé.

## B/ VENTE-CONTRAT

Le développement du commerce fit apparaître une forme de vente qui permettait non seulement à l'acheteur de ne pas payer au comptant, mais aussi au vendeur de vendre des marchandises qu'il n'avait pas encore à sa disposition : c'est la vente-contrat, qui met à la charge des deux parties uniquement des obligations. Ce genre de contrat peut recevoir une exécution immédiate et intervenir pour réaliser une affaire au comptant; mais on peut aussi y recourir quand on désire remettre à plus tard soit le paiement du prix, soit la livraison de la chose, soit les deux à la fois.

Au temps de Q. Mucius Scaevola, le contrat de vente existe déjà avec ses traits essentiels : contrat consensuel, de bonne foi, du *jus gentium*, obligeant le vendeur à livrer simplement la *vacua possessio*.

Quelle est l'origine de cette vente consensuelle ?

De nombreuses hypothèses ont été proposées.

### Types intermédiaires de ventes-contrats :

1/ Plusieurs auteurs pensent qu'entre le système de la vente-transfert et celui de la vente-contrat consensuel, les Romains auraient connu une forme intermédiaire de vente-contrat.

#### Vente-contrat *re* :

a) L'hypothèse d'une vente-contrat *re*, du type "*do ut des*" a été soutenue par Pernice et Huvelin : l'acheteur aurait d'abord été obligé *re*, parce qu'il avait reçu la chose vendue. On peut objecter qu'un contrat de ce genre ne serait pas autre chose qu'un contrat innomé; or les contrats innomés n'ont commencé à être reconnus et sanction-



nés qu'assez tardivement, à une époque où la vente consensuelle existait depuis bien longtemps. De plus la sanction la plus ancienne pratiquée en cas de "*do ut des*" a été la *condictio* (basée sur l'idée d'enrichissement injuste); or on ne trouve pas de trace d'une *condictio* en matière de vente.

b) Vente par deux contrats *verbis* :

L'hypothèse d'une vente réalisée par deux stipulations distinctes a été soutenue par Bekker, Ihering : reprise par Girard, elle a trouvé de nombreux partisans (Arangio-Ruiz).

On soutient qu'avant de mettre sur pieds la vente consensuelle, les Romains auraient réussi à faire une vente-contrat, en se servant du contrat le plus courant : la stipulation. Le vendeur s'engageait *verbis* à livrer la chose. Par une autre stipulation, l'acheteur promettait de payer un prix.

On a fait valoir de nombreux arguments à l'appui de cette doctrine : d'abord le fait que la vente porte un nom double : phénomène qu'explique fort bien l'existence, à l'origine, de deux stipulations : une stipulation d'*emptio* et une stipulation de *venditio*. On peut expliquer aussi de cette façon la solution singulière admise en Droit Romain, en matière de risques : l'acheteur doit payer le prix, même si la chose, ayant péri, ne peut plus lui être livrée. A l'époque où l'obligation de l'acheteur résultait d'une stipulation, contrat de droit strict, cette solution allait de soi : chaque stipulation était en effet indépendante de l'autre. On fait aussi remarquer qu'à l'époque où la vente est devenue un contrat consensuel, certains effets de la vente (la garantie) continuaient à résulter de stipulations jointes au contrat consensuel.

Mais cette doctrine se heurte à des objections qui nous paraissent décisives :

On ne voit pas comment deux stipulations - deux contrats de droit strict - auraient pu se transformer en un seul contrat consensuel et de bonne foi.

On ne voit pas non plus comment se serait établie dans la vente le principe que l'obligation de l'acheteur ne peut pas naître, si au moment de la conclusion du contrat, l'obligation du vendeur n'a pas d'objet. Cette interdépendance des deux obligations, au moment de la formation du contrat, est normale dans un contrat synallagmatique; par contre, si la vente s'était faite, à une certaine époque, par deux stipulations, c'est un principe tout opposé qui se serait imposé. En effet, la nullité de la promesse faite par le vendeur n'aurait pas affecté la validité de l'autre promesse faite par l'acheteur.

Dans les vieux formulaires de vente cités par Varron, il est question d'une stipulation du prix, mais jamais on ne voit le vendeur s'engager par stipulation, à livrer la chose. Ces formulaires permettent de supposer que, pour réaliser la vente à crédit, les vieux Romains joignirent à la vente-transfert (tradition, mancipation), un contrat *verbis* concernant le paiement du prix. Mais cette pratique n'a rien de commun avec l'hypothèse selon laquelle la vente se serait faite par deux stipulations.

Vente consensuelle  
sortie directement  
de la vente-transfert

- 2/ Il faut admettre que les Romains sont passés directement du système de la vente-transfert à celui de la vente-contrat consensuel, puisqu'on ne trouve aucune trace certaine d'une autre forme contractuelle antérieure.
- a) On pense que la vente consensuelle se serait introduite en Droit privé à l'imitation du système déjà admis dans les ventes du Droit public romain : les marchés de fournitures que passaient les magistrats pour le compte de l'Etat se faisaient sans solennité (1). Mais à cela on peut objecter que la vente consensuelle du Droit privé n'est pas soumise aux règles spéciales que l'on trouve dans les ventes de droit public.
- b) L'étude attentive des clauses jointes à la mancipation a conduit M. Georgesco ("*Leges privatae*" 1932) à penser que ces *leges mancipi* ont pris de plus en plus d'importance et sont devenues les *leges venditionis* des vieux formulaires de vente. Ces conventions étaient très variées. Les jurisconsultes parvinrent peu à peu à dégager un certain nombre de principes qui ont fini par constituer les éléments essentiels de toutes ventes.
- c) Mais c'est, à notre sens, faire fausse route, que de chercher les origines de vente consensuelle du côté de la mancipation : la vente consensuelle est un contrat du *jus gentium*; elle n'oblige pas le vendeur à transférer la propriété quiritaire. C'est une opération qui se rattache plutôt à la tradition et une opération née de la pratique des affaires avec les pérégrins.

---

(1) CANCELLI : "*L'origine del contratto consensuale di compravendita*" 1963, croit trouver l'origine de la vente consensuelle dans la vente aux enchères de Droit public, qui comportait une *lex venditionis*. GALLO (SDHI 30.1964, p. 299) préfère chercher du côté des *leges venditionis* des ventes aux enchères privées. Sur ces *leges*, intéressantes réflexions de MICHEL (RDA 13.1966, p. 375) : le vendeur a une position prééminente et impose sa *lex* : c'est le vendeur qui "fait la loi du contrat".

Les conventions de vente n'étaient primitivement sanctionnées que par le procédé de l'arbitrage : en cas de contestation les parties s'en remettaient à l'*arbitrium* d'un *bonus vir* qui statuait sans règle juridique précise, en équité. Il est question de l'*arbitratus boni viri* chez le vieux Caton et chez Sextus Aelius (D 19. 1.33).

Date d'apparition  
des actions *empti* et *venditi* :

A quel moment a-t-on substitué à l'*arbitrium*, des actions civiles et de bonne foi ? A quel moment la convention de vente a-t-elle été reconnue et sanctionnée par le Droit de la Cité ?

Collinet a proposé une hypothèse très vraisemblable : les actions *empti* et *venditi* auraient été créées par le préteur pérégrin.

Quand les étrangers vinrent en grand nombre se livrer à Rome à un commerce actif, il devint nécessaire d'imaginer une sanction régulière. Elle fut calquée sur l'ancien *arbitrium* : le préteur pérégrin introduisit, à l'usage des pérégrins, une action de bonne foi. La préture pérégrine ayant été établie en 242 av. J.C., c'est après cette date qu'il faut situer l'apparition des actions *empti* et *venditi* au 11<sup>e</sup> s. av. J.C. sans doute : à la fin du 11<sup>e</sup>, début du 1<sup>er</sup> (époque de Q. Mucius, la vente consensuelle présentait déjà ses caractéristiques essentielles. Cependant certaines conséquences de la bonne foi du contrat ne seront déduites par la jurisprudence que beaucoup plus tard et la théorie de la garantie, lentement élaborée, ne reçut son couronnement qu'à la fin de l'époque classique ou mieux au Bas-Empire.

## § 2 - LES ELEMENTS ESSENTIELS DE LA VENTE

La vente se forme sans solennité *solo consensu*; mais pour qu'une simple convention suffise à produire des effets, encore faut-il qu'il s'agisse vraiment d'une vente; certains éléments constitutifs doivent se trouver réunis : ce sont des conditions de fond concernant l'objet, le prix et le consentement.

### A/ L'OBJET DE LA VENTE

Comme toute convention, la vente doit avoir un objet : une chose vendue.

Toutes sortes de choses peuvent être vendues : des choses corporelles (meubles ou immeubles), des choses incorporelles : des créances. Certains droits incorporels sont cependant incessibles, en raison de leur caractère personnel : on ne peut vendre un usufruit, un droit d'usage. On ne peut vendre une servitude prédiale séparément du fonds au profit duquel elle a été établie, ni une hypothèque séparément de la créance qu'elle sert à garantir.

On peut vendre une chose déterminée (un esclave, une terre), mais aussi une universalité de biens (une hérédité ouverte, un pécule).

Les textes juridiques parlent presque toujours de ventes portant sur des choses d'espèce (*species*) : un esclave, une maison, etc ... Faut-il en déduire que la vente consensuelle ne pouvait avoir pour objet que des choses d'espèce ? Pour vendre des choses de genre (*genera*) - par exemple une certaine quantité de denrées - les Romains, prétend-on, n'auraient pas employé le contrat d'*emptio-venditio*, mais la stipulation.

En réalité, les textes fournissent des exemples de ventes consensuelles ayant pour objet des choses de genre : Papinien (Fg. Vatican 16) parle d'une vente de 1.000 amphores de vin. La vente de choses de genre était soumise à des règles assez particulières, notamment en ce qui concerne le moment de sa conclusion et aussi les risques.

Pour que la vente soit valable, les conditions relatives à l'objet sont celles que l'on exige, d'une façon générale, pour la validité de toutes les conventions. Il faut que l'objet soit possible, il faut qu'il soit licite et qu'il présente un intérêt pour le créancier (pour l'acheteur).

1/ L'objet doit être possible :

Si l'objet est impossible, la vente est radicalement nulle, aussi nulle que si elle n'avait pas d'objet. Il y a lieu de distinguer l'impossibilité matérielle et l'impossibilité juridique.

Impossibilité matérielle :

L'objet de la vente est impossible, si la chose vendue elle-même n'est pas susceptible d'exister ou n'existe déjà plus au moment du contrat : on a vendu un animal qui n'existe que dans l'imagination des poètes (un hippocentaure), ou un esclave déjà mort.

Mais il n'est pas nécessaire que la chose existe déjà : il suffit qu'elle soit susceptible d'exister : la vente d'une chose future est valable. Elle peut prendre deux aspects fort différents, selon l'intention des parties. Ce peut être une *venditio spei* : vente d'un espoir, si la volonté des parties a été de faire une vente ferme : c'est alors un contrat aléatoire. L'acheteur consent à payer un prix pour courir sa chance; si par exemple il a acheté un coup de filet, il doit payer le prix convenu alors même qu'on ne trouve pas un seul poisson dans le filet.

Mais les parties peuvent désirer faire une *venditio rei speratae* : vente d'une chose espérée. Si l'espoir ne se réalise pas, l'acheteur n'a pas de prix à payer. Le contrat s'analyse comme une vente sous condition suspensive : elle est conclue sous la condition que la chose naisse et si elle ne naît pas, la vente ne se forme pas.

### Impossibilité juridique :

Il y a impossibilité juridique lorsque les principes du Droit s'opposent à l'exécution de la prestation du vendeur. Le vendeur s'engage à livrer une chose : la délivrance de certaines choses est juridiquement irréalisable.

#### a) Choses hors du commerce :

Certaines choses ne sont pas susceptibles de figurer dans le patrimoine d'un particulier : on a vendu une *res publica* (le forum), ou une *res communis* (l'eau de la mer, le rivage de la mer), une *res sacra* (un temple), ou une *res religiosa* (un sépulcre), ou encore on a vendu un homme libre, croyant que c'était un esclave.

C'est un principe imposé par la logique même des choses que tout contrat dont l'objet est hors du commerce est radicalement nul. En matière de vente, si la chose est hors du commerce, le vendeur ne peut pas en faire livraison, pas plus d'ailleurs que l'acheteur ne pourrait en recevoir livraison.

La nullité de la vente conduit aux conséquences suivantes : l'acheteur ne peut pas se servir de l'action *empti* pour réclamer le prix. Si l'acheteur a déjà payé, il a payé ce qui n'était pas dû; il peut en exiger la restitution au moyen d'une *condictio*, basée sur l'idée extra-contractuelle d'enrichissement injuste dont profiterait le vendeur s'il conservait le prix.

Mais cela n'est pas suffisant : l'acheteur auquel on rembourse le prix indûment versé subit encore un préjudice du fait qu'il ne peut pas conserver la chose dont il avait besoin et sur laquelle il comptait. Il serait équitable de l'indemniser, surtout s'il est de bonne foi, c'est-à-dire s'il ignorait la nature de la chose. C'est pourquoi, dans le cas particulier de la vente d'un homme libre, certains jurisconsultes proposèrent de donner à l'acheteur de bonne foi l'action même du contrat : l'action *empti*, pour réclamer du vendeur des dommages-intérêts (1).

C'est une solution illogique : d'une vente, qui est nulle, on fait sortir une obligation à la charge du vendeur, puisqu'on le contraint à payer des dommages-intérêts au moyen de l'action *empti*. Aussi n'était-ce, à l'époque classique, qu'une solution exceptionnelle, admise seulement dans le cas de vente d'un homme libre, parce que, comme le remarque Paul (D. 18.1.5) quand on achète un esclave il est très difficile de savoir si ce n'est pas en réalité un homme libre.

---

(1) JULIEN D. 21.2-39.3, suspecté par LENEL : JULIEN parlait sans doute non de l'action *empti*, mais d'une garantie découlant d'une *satisfactio*, ou même de l'action *cautoritatis*. L'idée de donner l'action *empti* n'a prévalu qu'à la fin de l'époque classique : elle est acceptée par L. RUFINUS, un disciple de PAUL (D.18.1-70). Ce texte suspecté par HAYMANN est considéré comme pur par Carlo LONGO (Mél. Bonfante III.300).

Les compilateurs ont généralisé cette solution : par voie d'interpolation, ils l'ont étendue aux différentes hypothèses de ventes de choses hors du commerce, vente de *res sacrae* ou de *res publicae* (1).

Les Byzantins ne voyaient là rien d'illogique car ils considéraient que la bonne foi de l'acheteur procurait à la vente une certaine validité. La situation de celui qui, de bonne foi, a acheté une chose hors du commerce leur paraissait comparable à celle de l'individu qui, de bonne foi, achète "*a non domino*" et se trouve ensuite évincé. L'acheteur évincé peut se servir de l'action *empti* pour faire valoir la garantie que lui doit le vendeur. Les Byzantins pensent que l'acheteur peut également réclamer la garantie lorsqu'il ne peut pas conserver la chose, parce qu'elle est hors du commerce. Cette façon de raisonner apparaît clairement dans les Institutes de Justinien (III.23.5); si la chose est hors du commerce, l'acheteur peut se plaindre "*quod non habere ei liceat*", c'est-à-dire du fait qu'il ne lui soit pas permis de la conserver. C'est exactement le reproche que pourrait faire au vendeur l'acheteur qui, ayant acquis de bonne foi "*a non domino*", subit ensuite une éviction.

Cet échafaudage ingénieux pêche par la base. Une chose hors du commerce ne peut pas faire l'objet de la vente; en bonne logique, la vente ne peut être que radicalement nulle et la bonne foi de l'acheteur ne saurait suffire à lui procurer un semblant de validité. Mais les Byzantins faisaient volontiers ce genre d'entorse à la logique : on peut faire un rapprochement avec leur théorie du titre putatif en matière d'usucapion : là aussi la bonne foi parvient à donner un semblant de validité à des actes juridiques nuls.

#### b) Choses Inaliénables :

Certaines choses, qui sont dans le commerce, peuvent être rendues inaliénables par convention, par testament, ou en vertu d'une disposition de la loi.

En principe les particuliers ne peuvent pas par une convention (*pactum*) rendre une chose inaliénable : une convention de ce genre n'aurait d'effets qu'*inter partes* : celui qui aliène une chose qu'il a promis de ne pas aliéner, fait une vente valable, mais doit payer des dommages-intérêts à la personne envers laquelle il avait pris l'engagement de ne pas aliéner (D. 19.1-21.1-21.5 : vente avec clause que l'acheteur ne revendra pas à d'autres qu'à son vendeur; 45.1.135.3 : stipulation d'inaliénabilité (2).

(1) MODESTIN (ht.62) est interpolé : il ne parlait pas de l'action *empti*, mais soit de l'action *doli*, soit plus probablement d'une action *in factum*.

(2) Des clauses d'inaliénabilité se rencontrent en matière d'hypothèque : le débiteur, resté propriétaire de la chose hypothéquée, peut promettre au créancier qu'il ne la vendra pas (D 20.5-7.2). MARCIEN est d'avis que la vente faite en violation de ce pacte est nulle (itp ?). D'autre part, si le créancier hypothécaire renonce à son droit de vendre la chose hypothéquée (*pactum de non distrahendo*), cela ne l'empêche pas de vendre, mais l'oblige simplement à faire des formalités supplémentaires avant de procéder à la vente (D 13.7-4).

En Droit Romain, il était dans une certaine mesure possible de rendre, par testament, certains biens de la succession inaliénables. Si le testateur prenait cette mesure dans l'intérêt de ses affranchis, ou de ses descendants, ou des descendants de l'héritier, elle était licite et valable (MARCIEU D. 30.114.4, citant un rescrit de Sévère et Caracalla). Lorsqu'un testateur oblige son héritier à transmettre après lui tel bien à ses descendants, il y a ce qu'on appelle un *fideicommiss* de famille : ce genre de disposition est actuellement prohibé en Droit français, mais était valable en Droit Romain et dans notre ancien Droit : si l'héritier vendait la chose rendue indisponible, cette vente était nulle (D. 32.38 pr).

Enfin l'inaliénabilité peut résulter de dispositions législatives : si l'objet de la vente est une chose que la loi interdit d'aliéner, la vente est illicite; mais il s'agit alors d'une autre règle : l'objet de la vente doit être licite.

## 2/ L'objet doit être licite :

- a) La chose vendue doit elle-même être licite : Gaius (D.18.1-35.2) est d'avis que la vente de poisons est nulle, s'il s'agit de poisons impropres à servir de remède et qui ne peuvent qu'être nuisibles.
- b) D'autre part, si la chose vendue ne présente rien en soi qui puisse paraître "contraire aux bonnes mœurs", la vente peut encore être illicite, s'il s'agit d'une chose que le législateur a rendue inaliénable. Dans ce cas, c'est l'engagement que prend le vendeur qui est illicite : il s'engage à faire une aliénation prohibée.

A l'époque républicaine, les différentes lois agraires qui distribuèrent aux citoyens des parcelles de l'*ager publicus*, interdisaient aux bénéficiaires de vendre leurs lots : cette prohibition fut rapidement levée.

L'inaliénabilité se présente souvent comme une mesure de protection établie dans l'intérêt de certaines personnes : Inaliénabilité des immeubles dotaux et à des immeubles compris dans la donation *ante nuptias*, - Inaliénabilité des immeubles appartenant à des pupilles ou à des mineurs de 25 ans (*Oratio Severi* de 195). Les personnes dans l'intérêt desquelles l'inaliénabilité était prévue pouvaient attaquer les aliénations accomplies au mépris de la loi : il y avait là une sorte de nullité relative.

- c) Enfin la législation de la Basse-Epoque prohibait la vente de successions futures et la vente de droits litigieux :

. La vente d'une succession non encore ouverte :

Elle avait d'abord été considérée comme licite : Ulpien y voit une vente de chose future, du type *venditio spei* (D. 18.4-11). Mais une constitution de Dioclétien de 293 (C.J. 8.38-4) déclare radicalement nulles toutes conventions sur successions futures, comme étant "*contra bonos mores*". Ces conventions en effet risquent d'inspirer aux parties un *voluntatis*, le désir de la mort de la personne dont elles mettent déjà la succession en cause. Justinien admet la validité de ces conventions si la personne dont la succession est en cause y participe : cette personne conserve d'ailleurs la liberté de prendre ensuite toutes les dispositions de dernières volontés qu'elle voudra, et de rendre ainsi sans effet les conventions relatives à sa succession.

. La vente de droits litigieux :

Elle a été interdite au Bas-Empire, en vue de décourager la spéculation (cf. infra : "Cession de créances").

d) Validité de la vente de la chose d'autrui :

En Droit Romain, la vente de la chose d'autrui n'est pas illicite, et elle est parfaitement valable. Sur ce point la solution romaine est à l'opposé de celle de notre Code Civil (art. 1595). En Droit français, la nullité de la vente de la chose d'autrui se rattache à ce principe que la vente est translatrice de propriété : or le vendeur ne peut évidemment pas transférer la propriété, s'il ne l'a pas.

Par contre en Droit Romain, la vente est simplement génératrice d'obligations : c'est pourquoi les jurisconsultes admettent sans hésitation qu'on puisse vendre une chose dont on n'a ni la propriété ni même la possession : entre le jour du contrat et celui qui a été fixé pour son exécution, le vendeur tâchera de se procurer la chose de façon à pouvoir la livrer. De plus, comme en Droit Romain, le vendeur n'est pas obligé de transférer la propriété, mais simplement de "*vacuam possessionem tradere*", il n'est même pas nécessaire qu'il acquière la propriété, pour s'acquitter correctement de son obligation de délivrance.

Une autre question est celle de savoir quelle situation le Droit Romain fait à celui qui achète une chose à un vendeur qui n'en est pas le propriétaire.

Si cet acheteur est de bonne foi (s'il croit acheter du vrai propriétaire), il acquiert rapidement la propriété par *usucapio*. En attendant, il peut déjà revendiquer la chose au moyen de l'action publicienne, mais ses chances de succès sont limitées : c'est un



acquéreur "*a non domino*". Les tiers détenteurs contre lesquels il exerce la Publicienne peuvent avoir des droits égaux ou supérieurs aux siens. S'il attaque le vrai propriétaire lui-même, celui-ci lui opposera victorieusement l'exception *justi domini*.

Enfin cet acheteur risque fort, tant qu'il n'a pas usucapé, d'être évincé par le vrai propriétaire. Si ce dernier intente l'action en revendication, l'acheteur n'a aucune exception à lui opposer et perd fatalement le procès. L'acheteur peut alors se retourner contre son vendeur. Celui-ci, comme nous le verrons, doit garantir l'acheteur contre l'éviction; à moins que la vente n'ait été faite "sans garantie", genre de vente auquel les parties songeront normalement, quand elles sauront que la chose vendue appartient à un tiers.

### 3/ L'objet doit présenter un intérêt pour l'acheteur :-----

Si le vendeur n'exécute pas ses obligations, le juge, saisi de l'action *empti*, le condamne à une somme d'argent, calculée d'après l'intérêt qu'avait l'acheteur à obtenir l'exécution du contrat : si cet intérêt n'existe pas, le vendeur peut impunément ne pas remplir ses engagements.

Il y a défaut d'intérêt par exemple, lorsqu'une personne achète une chose qui lui appartient déjà. Si elle a payé le prix, elle l'a payé sans cause et peut en réclamer la restitution par une *condictio* (enrichissement injuste).

### B/ LE PRIX

La vente suppose toujours un prix que l'acheteur doit payer. Le prix doit remplir certaines conditions : il doit être en argent, il doit être sérieux, certain, mais il n'est pas en principe indispensable qu'il soit juste.

#### a) Le prix doit être fixé en argent monnayé :---

Il faut qu'il consiste en une certaine somme de deniers : *pecunia*. Si en guise de prix une partie s'engage à fournir à l'autre une chose quelconque, il ne s'agit plus d'une vente, mais d'un échange. Or, il existe de profondes différences au point de vue juridique entre la vente, qui est un contrat consensuel et l'échange qui est un contrat innomé du type "*do ut des*". De plus la question des risques, et la question de la garantie contre l'éviction ne se présentent pas dans ces deux contrats de la même façon.

C'est probablement pour étendre à l'échange les perfectionnements dont jouissait la vente, que les Sabinien ont prétendu que l'échange n'était qu'une variété de vente : ils invoquaient même à l'appui de cette thèse un passage de l'"Illiade" d'où il ressort qu'avant de pratiquer la vente, les hommes ont d'abord connu le troc (Gaius, III.141 complété par Inst. Just. 4.23.2).

Les Proculiens critiquaient cette doctrine : ils faisaient remarquer, non sans raison, que si l'on confond la vente et l'échange, il n'y a pas de raison pour considérer comme constituant le prix, une des deux choses échangées plutôt que l'autre. La doctrine proculienne finalement triompha : il n'y a pas de vente sans un prix en argent monnayé.

Mais, pendant la crise du III<sup>e</sup> s., le numéraire devenant rare, on fut encore tenté de considérer l'échange comme une variété de vente. Une constitution de Gordien, en 238 (C.J. 4.64-1) accorde une action "*ad exemplum ex empto*", sur le modèle de l'action de vente, lorsqu'on offre, en fait de prix, une terre (*possessio*).

Dioclétien entreprit de remettre en vigueur la saine doctrine classique : dans une constitution de 294 (C.J. 4.64-7) il invoque l'autorité de l'ancienne jurisprudence (*pridem placuit*), pour rappeler qu'échanger n'est pas vendre.

b) Le prix doit être sérieux (verum) :

Si le vendeur n'a pas l'intention d'exiger le paiement du prix convenu, ou si le prix est dérisoire, il n'y a pas de vente, mais une libéralité déguisée; la vente est fictive.

c) Le prix doit être certain :

Le montant doit en être fixé au moment de la conclusion du contrat. Il est cependant possible de faire une vente pour un prix que l'on fixera plus tard; mais il faut que l'on trouve déjà dans le contrat tous les éléments qui permettront de le déterminer. Si par exemple il est convenu que le prix sera fixé par un arbitre, il faut que les parties soient déjà tombées d'accord sur le choix de l'arbitre : si l'arbitre n'est pas choisi, la vente n'est pas conclue; en effet, l'une des parties n'aurait qu'à refuser tous les arbitres qu'on lui propose pour que le prix ne soit jamais fixé; Gaius (III.140) fait état de la discussion entre jurisconsultes sur cette question. Certains textes parlent de ventes faites "au prix couramment pratiqué sur le marché" ou pour une somme qui se trouve dans un coffre : dans ces deux cas, les parties ignorent la somme à laquelle sera fixé le prix, mais le contrat est valable parce qu'on y a indiqué les éléments qui permettent de déterminer le prix. Par contre la vente n'est pas vala-

ble si l'on convient que le prix sera laissé à l'appréciation d'une des parties : dans ce cas, l'acheteur pourrait fixer le prix de façon si ridicule que ce ne serait plus vraiment un prix (D. 18.1-35-1).

- d) En principe,  
Il n'est pas nécessaire  
que le prix soit juste :

Quand le prix n'est pas juste, il y a lésion : lésion pour l'acheteur si le prix est trop élevé, lésion pour le vendeur s'il est trop bas. Mais la lésion, en principe, n'empêche pas les conventions d'être valables. Il existe cependant une exception importante à cette règle, en matière de vente d'immeubles (cf. infra : "Lésion").

#### C/ CAPACITE ET CONSENTEMENT DES PARTIES

##### . Capacité :

La vente, pour être valable, doit être contractée entre des personnes capables de s'obliger : pour vendre, comme pour acheter, le pupille et la femme (1) ont besoin de l'*auctoritas* de leur tuteur.

En ce qui concerne le pupille, le principe qu'il peut, seul, rendre sa condition meilleure et qu'il n'a besoin de l'*auctoritas* que pour rendre sa condition pire, aboutissait, à l'époque classique, à valider "*uno latere*" les opérations synallagmatiques qu'il faisait sans son tuteur, si par exemple un pupille achetait sans son tuteur, il n'était pas obligé de payer le prix, mais pouvait exiger du vendeur la livraison de la chose.

Cette solution est encore indiquée dans les Institutes de Justinien (1.21 pr) : les compilateurs l'ont reproduite par inadvertance ; en effet, à leur époque, le vendeur pouvait en pareil cas refuser de livrer, en usant de son droit de rétention, que le droit du Bas-Empire avait rendu opposable au pupille (texte interpolé de PAUL : D. 18.6-7 :

- 
- (1) La jurisprudence classique attachait cependant certains effets à la vente consentie par la femme sans son tuteur, et même quand l'objet était une *res mancipi* : JULIEN (Vat. 1) soutient que l'acheteur peut usucaper *pro emptore*, s'il a payé le prix ; cette vente est donc considérée comme valable, puisqu'elle peut servir de *justa causa* en matière d'usucapion : la femme ne peut pas sans son tuteur aliéner la propriété d'une *res nec mancipi*, mais elle peut "*possessionem alienare*".

"*sed agente eo retentiones competant*"). De plus, au temps de Justinien, le pupille est toujours au moins tenu dans la mesure de son enrichissement : cependant s'il paie le prix sans son tuteur, il ne rend pas l'acheteur propriétaire des deniers qu'il lui remet (Inst. 2.8-2 *in fine*).

. Vices du consentement :

Le consentement peut être vicié par l'erreur, le dol ou la violence. Nous verrons, en étudiant les vices du consentement, les conséquences qu'ils peuvent avoir sur la validité de la vente.

. Vente par écrit :

Dans le Droit Romain classique, la vente est un contrat purement consensuel : elle est conclue dès que les parties sont tombées d'accord sur la chose et sur le prix "quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé" comme dit encore l'article 1583 de notre Code Civil.

Il est parfois difficile de savoir à quel moment précis la vente, purement consensuelle, a été conclue, parce que dans un acte aussi dépourvu de formalités, il n'est pas toujours aisé de distinguer si les parties en sont encore à la période des pourparlers, ou si elles sont arrivées à un accord définitif et irrévocable. Or il y a le plus grand intérêt à connaître la date de la vente : quand ce ne serait que pour savoir à partir de quel moment les risques commencent à être supportés par l'acheteur.

En fait, la date de la vente était d'ordinaire facile à déterminer : elle était mentionnée dans l'écrit, l'*instrumentum*, que l'on prenait la peine de rédiger, même lorsque l'objet de la vente n'était pas d'une valeur considérable (1).

L'acte de vente était remis à l'acheteur : il en avait besoin pour faire valoir en justice les droits qu'il tenait du contrat ; si l'acte contenait quittance du prix, il y trouvait la preuve du paiement qu'il avait fait.

L'emploi fréquent d'écritures aboutit sous Justinien à distinguer deux sortes de ventes.

---

(1) De nombreux actes de vente nous sont parvenus : les tablettes d'Herculanium (N° 59-64) sont du I<sup>o</sup> s. Les triptyques de Transylvanie (II<sup>o</sup> s.) et d'autres actes plus tardifs (descendant jusqu'au VII<sup>o</sup> s.) sont réunis dans FIRA III N° 87-90 et 132-142. Le papyrus publié dans The Journal of Papyrus 1948, p. 115, concerne la vente d'un petit âne.

Une importante constitution de 528 (C. 4.21 17) soumit la rédaction des actes juridiques à de multiples et méticuleuses formalités. Elle dispose que lorsque les parties décident de rédiger un écrit à l'occasion d'une vente, le contrat ne peut être considéré comme définitivement conclu, que lorsque toutes les formalités, prévues pour la validité des actes écrits, sont parfaitement remplies. Tant que l'écrit n'est pas "parfait" (*perfectum*), la vente n'existe encore qu'à l'état de projet, alors même que les parties seraient déjà d'accord.

Il existe par conséquent, à l'époque de Justinien, deux sortes de ventes, tout à fait différentes au point de vue de leur mode de formation :

1. La vente sans écrit qui, selon les principes du pur Droit Romain, continue à se former *solo consensu*, dès que les parties sont d'accord.
2. La vente par écrit qui n'est conclue qu'à partir du moment où l'acte écrit est *perfectum*.

#### Vente avec arrhes :

La vente avec arrhes est encore un autre exemple de vente où un élément s'ajoute au consentement des parties. L'usage des arrhes n'est pas particulier à la vente : on entend par arrhes (*arra*) une chose, d'ordinaire une somme d'argent, qu'au moment de la conclusion d'un acte juridique, une des parties donne à l'autre, en attendant que l'acte reçoive sa pleine exécution.

Cette pratique, connue aussi bien des Romains que des Grecs, n'était pas utilisée dans le même but à Rome et en Orient.

#### Conception romaine :

L'usage de donner des arrhes se rencontre dans le plus ancien Droit Romain : dans les antiques *sponsalia*, le fiancé remettait à la future épouse un anneau, à titre d'arrhes du contrat. En matière de vente, Gaius signale que le contrat peut comporter des arrhes et il ne leur reconnaît d'autre fonction que celle de faciliter la preuve du contrat (Gaius III.139) : "la vente, dit-il, est conclue dès qu'on est tombé d'accord sur le prix : il n'est pas besoin que le prix soit payé ; il n'est même pas nécessaire que des arrhes soient versées : si l'on donne des arrhes, c'est la preuve que la vente est définitivement conclue" : "*nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae*".

En effet, l'acheteur, en versant des arrhes, paie déjà un acompte à valoir sur le prix; il commence à exécuter, en partie, son obligation, et cela prouve bien que la vente est conclue de la façon la plus ferme.

Envisagées sous cet aspect d'*argumentum emptionis*, de preuve du contrat, les arrhes se réduisent ordinairement à une petite somme.

#### Conception orientale :

Les documents provenant des provinces de culture hellénique (papyrus du II<sup>e</sup> s., livre syro-romain de la fin du V<sup>e</sup> s.) montrent que les Orientaux avaient en cette matière des conceptions tout à fait différentes.

Les auteurs qui se sont occupés de cette question n'ont d'ailleurs pas toujours correctement compris le rôle que les arrhes jouaient dans la pratique orientale.

On trouve par exemple cette règle dans le livre syro-romain (1.51) "quand une personne a acheté quelque chose et a versé des arrhes, si le vendeur ne donne pas suite au contrat, la loi décide qu'il devra restituer le double des arrhes qu'il a reçues. Si l'acheteur ne veut plus acheter, il perd les arrhes qu'il a données" (1).

Beaucoup d'auteurs modernes ont interprété ce texte de la façon suivante : les contractants, en versant ou en acceptant des arrhes, manifestent leur intention de se réserver la faculté de se dédire. On a même donné un nom à ce "droit de se dédire" : on l'appelle *jus poenitendi* (droit de se repentir). D'après cette interprétation, les arrhes auraient eu pour but, dans la pratique orientale, d'enlever au contrat son caractère irrévocable; on exprime cette idée en disant que les arrhes avaient une "fonction pénitentielle" (2).

Cette façon de comprendre le rôle des arrhes est pour le moins surprenante : elle a été vivement critiquée par Carusi (3). Pour se faire une idée exacte de l'utilité des arrhes dans la pratique orientale, il importe d'abord de remarquer que le droit hellénique ne donnait pas aux contrats le caractère irrévocable qu'ils présentent en Droit Romain. Tant qu'une convention n'était pas complètement exécutée de part et d'autre, les parties pouvaient facilement se dédire (4).

- 
- (1) FIRA II : Le livre syro-romain, sous le nom de "*Leges Saeculares*" a été réédité dans cette collection par les soins de FURLANI.
  - (2) POPESCO : "La fonction pénitentielle des arrhes dans la vente, sous Justinien", thèse Paris 1925.
  - (3) CARUSI : dans Mél. Bonfante 1930 IV p. 503.
  - (4) Conception hellénique qui a également exercé son influence sur les contrats innomés (cf. infra : "*La condictio propter poenitentiam*").

Mais avec cette très large faculté de dédit, le droit hellénique rendait les conventions bien fragiles et cela présentait de graves inconvénients : on n'était jamais sûr d'obtenir ce qui avait été convenu.

La pratique orientale porta remède à cette situation, au moyen des arrhes; si des arrhes sont versées, la partie qui se retire du contrat est pénalisée; comme le dit le livre syro-romain, le vendeur qui ne veut plus vendre rend le double des arrhes reçues, et l'acheteur qui ne veut plus acheter perd les arrhes qu'il a versées.

Il ne faut donc pas parler d'une fonction pénitentielle, mais bien plutôt d'une fonction punitive des arrhes : si des arrhes étaient versées et reçues, ce n'était pas pour faciliter le dédit, mais bien au contraire pour l'intédir, en menaçant d'une peine celui qui voulait revenir sur ce qui avait été convenu. On ne peut vraiment pas considérer comme permettant de faire une chose la convention qui pénalise celui qui l'accomplit : à ce compte, remarque Carusi, on devrait dire que le Code Pénal reconnaît aux particuliers le droit de voler à condition qu'ils aillent en prison !

Envisagées comme une pénalité destinée à détourner les parties de la pratique de dédit, les arrhes étaient d'ordinaire assez importantes : dans les actes orientaux qui nous sont parvenus, elles atteignent le tiers, parfois la moitié du prix convenu.

#### Pratique connue en Droit Romain :

Cette conception est très différente de celle que nous avons rencontrée chez Gaius. Le Droit Romain cependant n'ignorait pas tout à fait cette façon d'utiliser les arrhes. Il était possible en Droit Romain d'introduire dans le contrat de vente une clause appelée *lex commissoria* aux termes de laquelle il était convenu qu'il y aurait résolution du contrat, si à telle date l'acheteur n'avait pas payé complètement le prix; on pouvait joindre à cette clause le versement d'arrhes et convenir qu'en cas de résolution du contrat pour non paiement du prix, le vendeur conserverait les arrhes; il était permis aux parties de donner ainsi aux arrhes le caractère d'une indemnité forfaitaire, prévue au profit du vendeur, pour le cas où la *lex commissoria* entrerait en action. Mais pour atteindre ce résultat, il fallait insérer dans la vente des clauses spéciales. Ces clauses, les jurisconsultes les connaissent : Cervidius Scaevola, jurisconsulte du II<sup>e</sup> s., particulièrement au courant des usages orientaux, donna plusieurs fois des consultations à leur sujet (D/18/3-6 pr et 8). Il en est question également dans une constitution de Caracalla de 216 (C.J. 4.54-1).

#### Droit de Justinien :

Justinien a réglé la question des arrhes dans le § 2 de la Constitution de 528 déjà citée (C.J. 4.21-17), et dans le commentaire de cette constitution, qui figure aux Institutes (3.23 pr). Ces deux textes ne

brillent pas par la clarté de leur rédaction. Leur interprétation a été encore obscurcie par la malencontreuse doctrine moderne des "arrhes pénitentielles". Si l'on part de cette idée que Justinien voit dans les arrhes un procédé destiné à procurer aux parties "le droit de se dédire" (*jus poenitendi*), on doit évidemment trouver inconcevable qu'il puisse les faire fonctionner dans des ventes contractées de façon définitive et irrévocable, comme la vente sans écrit ou la vente écrite *perfecta*. Des phrases comme celle-ci : "*sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est*", qui indiquent clairement que le régime des arrhes concerne même les ventes non écrites, ont fait le désespoir des commentateurs, d'autant que l'empereur a commencé par dire qu'"en matière de vente non écrite, il n'était apporté aucune innovation".

Il devient au contraire possible de donner un sens acceptable à ces textes si l'on veut bien comprendre que la question du *jus poenitendi* n'a rien à voir avec celle des arrhes, et que les arrhes sont un procédé dont le but n'est pas de faciliter, mais au contraire d'empêcher le dédit.

La réforme opérée par Justinien, tout en tenant assez largement compte des conceptions orientales, se réduit en somme à ceci :

1. Justinien a donné force légale à un système déjà passé dans la pratique, telle qu'elle apparaît dans le livre syro-romain : le vendeur a le droit de conserver les arrhes si l'acheteur refuse de payer le prix; et l'acheteur obtient restitution des arrhes, grossies d'une somme égale, si le vendeur refuse d'exécuter. Justinien décide que le versement d'arrhes produira cet effet, alors même que les parties ne se seraient pas formellement exprimées là-dessus dans le contrat.
2. Justinien paraît bien avoir, à notre avis, perfectionné une pratique que connaissaient déjà les jurisconsultes classiques. A l'époque classique la combinaison des arrhes avec la *lex commissoria* résultait de l'insertion d'une clause spéciale dans le contrat. Dans le droit de Justinien, c'est devenu l'effet naturel du versement d'arrhes : du fait que des arrhes ont été versées, il y aura résolution de la vente en cas d'inexécution et la partie fautive perdra les arrhes.

Les textes de Justinien étant ainsi compris, les règles qu'ils établissent paraissent aboutir aux solutions suivantes :

1. Lorsque la vente est définitivement conclue (dans la vente sans écrit, dès que les parties sont d'accord, dans la vente par écrit, lorsque l'écrit est *perfectum*), le contrat est irrévocable. Si l'une des parties refuse de remplir ses engagements ("*recusat adimplere contractum*" disent les Institutes), l'autre peut intenter l'action du contrat pour obtenir des dommages-intérêts que le juge arbitre, selon les circonstances et en équité. Mais si des arrhes ont été versées, le refus d'exécution par l'une des parties entraîne la résolution de la vente et l'autre partie a droit à une indemnité que le juge n'a pas à arbitrer, et dont le montant n'est autre que celui des arrhes.



2. Lorsque la vente est "imparfaite" (dans le cas de vente par écrit, quand l'écrit n'est pas encore *perfectus*), les parties, selon les principes du Droit oriental, ont le droit de se dédire : l'existence d'un *jus poenitendi* est ici non douteux. Ordinairement, les parties peuvent exercer ce droit "impunément"; "*sine poena recedere ab emptio-  
ne*". Par contre si la vente a été faite avec arrhes, Justinien, fidèle à la conception orientale, voit dans les arrhes un procédé destiné à pénaliser l'exercice du *jus poenitendi* : la partie qui se dédit perd les arrhes.

### § 3 - LES EFFETS DE LA VENTE

La vente est un contrat synallagmatique : elle donne naissance à des obligations réciproques; celle du vendeur, sanctionnée par l'*actio empti*, et celle de l'acheteur sanctionnée par l'*actio venditi*.

#### Clauses particulières :

Les parties ont la faculté de modifier les effets normaux de la vente, en insérant des clauses particulières dans le contrat : ces *leges*, ces pactes, sont sanctionnés par les actions mêmes du contrat (*actiones empti* et *venditi*). Ces clauses en effet peuvent être considérées comme faisant corps avec le contrat; la vente est un contrat consensuel, fondé sur la volonté des parties : les clauses particulières ne font que préciser cette volonté.

Il y a lieu cependant de faire des distinctions entre ces clauses selon que les effets qu'elles tendent à modifier sont des effets essentiels, naturels ou accidentels de la vente (1).

Les effets essentiels sont ceux que l'on ne saurait écarter sans anéantir la vente ou la transformer en acte juridique différent. Si par exemple il est convenu que le vendeur n'exigera pas de prix, il ne s'agit plus d'une vente.

Les effets naturels sont ceux qui se produisent sans que les parties aient besoin d'en parler dans le contrat. Mais ils peuvent être modifiés et même écartés par des clauses particulières. Ainsi les risques sont en principe pour l'acheteur, mais on peut convenir qu'ils seront supportés par le vendeur.

---

(1) Cette distinction n'est pas classique. Ce sont les juristes de la Basse-Epoque qui se sont préoccupés de savoir ce qui était essentiel, naturel ou accidentel dans les actes juridiques et dans des actions en justice.

Les effets accidentels sont ceux qui ne se produisent que si les parties le désirent; Il faut les prévoir par une clause spécialement insérée dans le contrat; ainsi la résolution de la vente pour non paiement du prix ne peut résulter que d'une convention ajoutée à la vente : la *lex commissoria*.

Certains effets qui avaient d'abord été accidentels devinrent finalement de la nature du contrat : par exemple la garantie contre l'éviction et contre les vices cachés.

### DIVISION I : LES OBLIGATIONS DU VENDEUR

Selon Paul (D. 19.4.1 pr), l'obligation du vendeur consiste à "garantir l'acheteur contre l'éviction, à lui procurer la possession de la chose vendue et à s'abstenir de tout dol". L'obligation de s'abstenir de tout dol n'est pas particulière au vendeur; elle s'impose également à l'acheteur : Paul insiste sur cette obligation sans doute parce que primitivement on prenait la précaution d'ajouter à la vente une "stipulation de dolo", aux termes de laquelle le vendeur promettait de s'abstenir de tout dol, "*purgari dolo malo*". Le caractère de bonne foi de la vente rendit cette stipulation inutile. L'idée de bonne foi domine tout le contrat, colore tous ses effets : la jurisprudence classique a su en tirer, comme nous le verrons, d'importantes conséquences.

L'obligation de s'abstenir de tout dol mise à part, la vente impose au vendeur :

1. Une certaine responsabilité en ce qui concerne la conservation de la chose jusqu'à sa livraison.
2. L'obligation de délivrance.
3. L'obligation de garantir l'acheteur contre l'éviction,
4. et contre les vices cachés.

Toutes ces obligations sont "incertaines", leur objet étant un *incertum* ; la formule de l'action *empti* comprend une *intentio incerta*, caractérisée par l'emploi du mot *quidquid* : "tout ce qu'il convient qu'en bonne foi le vendeur fasse et fournisse ..."

#### A/ La responsabilité contractuelle du vendeur :

Lorsque le contrat laisse au vendeur un délai pour procéder à la délivrance, la chose vendue reste un certain temps entre les mains du vendeur. Quels sont ses droits à l'égard de cette chose ? Est-il responsable si elle périt, disparaît ou est endommagée ?

Tandis qu'en Droit français, la vente rend l'acheteur immédiatement propriétaire, en Droit Romain, au contraire, le vendeur conserve la propriété de la chose vendue tant qu'il n'a pas procédé à son transfert par un des modes appropriés (mancipation ou tradition).

Mais le droit de propriété que le vendeur conserve ne lui procure plus les avantages qui s'y rattachent d'ordinaire : le contrat de vente lui interdit, sous peine d'être condamné à des dommages-intérêts, de profiter de son droit de propriété.

Après la vente, le vendeur ne jouit ni de l'*usus* ni du *fructus* : il ne doit ni se servir de la chose, ni en recueillir les fruits pour son compte.

A plus forte raison n'a-t-il plus l'*abusus* : il doit s'abstenir de détruire ou d'aliéner la chose. Etant encore propriétaire, il transfère valablement la propriété s'il mancipe la chose à un tiers; mais en agissant ainsi, il rend sciemment et volontairement impossible la livraison au profit de l'acheteur; celui-ci, en intentant l'action *empti*, réclamera des dommages-intérêts, car le vendeur est responsable du défaut de délivrance, quand il a rendu cette délivrance impossible par suite de ses agissements dolosifs.

Mais le vendeur ne répond pas seulement de son dol : il ne doit pas seulement s'abstenir d'actes mal intentionnés qui rendent la livraison impossible : jusqu'à quel point exige-t-on qu'il veille à la conservation de la chose ?

C'est poser tout le problème de la responsabilité contractuelle du vendeur.

Il est malaisé de se faire une idée exacte de ce qu'elle était à l'époque classique à cause des interpolations que les compilateurs ont fait subir aux textes. Les contradictions qu'ils présentent peuvent aussi s'expliquer par le fait que les parties pouvaient, par des clauses ajoutées à la vente, restreindre ou étendre cette responsabilité. Certains textes, présentés au Digeste comme ayant une portée générale, pouvaient n'avoir concerné, à l'époque classique, que des types particuliers de ventes.

Beaucoup d'auteurs pensent qu'à l'époque classique le vendeur assumait en l'absence de clauses spéciales, une responsabilité très étendue, basée sur l'idée de *custodia*, de garde. Le vendeur gardien de la chose vendue, répondait de toutes les pertes et détériorations, sauf celles causées par la force majeure (incendie par la foudre, faits de guerre, incursion des pirates) : d'après cette doctrine, le vendeur serait responsable en cas de vol commis par des tiers, ou en cas de fuite de l'esclave vendu.

Cette responsabilité sévère apparaît bien dans certains textes, mais elle nous paraît être exceptionnelle, résulter soit d'une convention des parties (D.18.1-35.4), soit d'usages admis pour certains types de vente (vente de vin : D.18.6-2 § 1 et 6 3).

A notre avis, le vendeur à l'époque classique ne répondait que de son dol et de sa faute; il ne répondait pas des cas fortuits (vol par des tiers) (D.13.6-5.2).

Dans le droit de Justinien, le vendeur répond de son dol et de sa faute légère (*culpa levis*) : il assume une obligation de garde qu'il doit remplir en agissant comme le ferait un bon père de famille : PAUL, D.19.1-36 : "*custodiam et diligentiam praestare debet ...*"; h.t. 54 pr, où la faute (*culpa*) consiste à faire ce que ne ferait pas un "*diligens et prudens paterfamilias*". Le vendeur ne répond du vol ou de la fuite de l'esclave que si par convention spéciale il a accepté d'être gardien de la chose ("*si custodiam susceperit*") : à défaut de cette clause, le vendeur, en cas de perte fortuite, est seulement tenu de céder à l'acheteur les débris juridiques (*actio furti, actio damni injuriae*) (Inst. Just.3.23.3); le vendeur ne répond pas de la validité des droits et actions qu'il cède à l'acheteur (D.19.1.31 pr).

La responsabilité du vendeur peut se trouver modifiée par les effets de la demeure. Le vendeur qui tarde à livrer est en demeure : la chose est alors complètement à ses risques. A l'inverse si l'acheteur tarde à prendre livraison, il est en demeure en tant que créancier de la chose (*mora creditoris*), ce qui allège la responsabilité du vendeur; celui-ci ne répond plus que de la perte due à son dol.

## B/ L'obligation de délivrance :

Son objet : Le vendeur doit livrer la chose avec ses accessoires.

### a) La chose vendue :

Le contrat peut parfois laisser des doutes sur ce qui constitue l'objet de la vente. On a vendu telle maison : a-t-on entendu vendre, avec la maison, l'installation hydraulique dont elle est munie ? On a vendu une ferme : la ferme comprend-elle, en plus des terres et des bâtiments, le bétail et les instruments aratoires ?

Ce qui fait partie de la chose est vendu avec elle : les juriconsultes ont cherché à déterminer ce qu'il fallait entendre par *pars aedium* ou *pars fundi* (ce qui fait partie d'une maison, ou d'un domaine) : Ils considèrent que les tuyaux installés de façon définitive sont *pars aedium*, le fumier entassé non pour être vendu, mais pour fumer le domaine est *pars fundi*. Les principes qui ont été posés en Droit Romain à propos de l'objet de la vente ont été utilisés par nos vieux auteurs pour arriver à notre théorie moderne des immeubles par destination, ce à quoi n'avaient pas pensé les juriconsultes romains en rédigeant ces textes.

Les jurisconsultes déclarent par contre que les choses qui constituent l'équipement d'un domaine (bétail, esclaves, instruments aratoires), ne sont pas *pars fundi* : ces sortes de choses ne sont comprises dans la vente du fonds que si le contrat précise expressément que le fonds est vendu "tout équipé"; ce qui résulte de l'emploi de la clause *fundum instructum*.

b) Le vendeur  
doit livrer les accessoires :

Tout ce que la chose a pu produire, tous ses accroissements depuis le jour du contrat. Ainsi l'acheteur profite des alluvions qui ont donné une plus grande étendue au domaine et de tous les fruits que la chose a produits. Des conventions particulières réglaient souvent cette question des fruits : le vendeur pouvait se réserver la récolte qui était sur pied au jour du contrat (D.18.1-40 § 3 et 80).

Les "fruits civils" n'étaient pas traités comme des fruits en Droit Romain. Les loyers et fermages sont dûs en vertu de contrats qui ne produisent d'effets qu'entre ceux qui les ont passés : par conséquent, l'acheteur d'une maison ignore les baux consentis antérieurement par son vendeur : il ne peut pas réclamer les loyers échus entre le jour du contrat de vente et le jour de sa mise en possession; par contre rien, en Droit Romain, ne s'oppose à ce que l'acquéreur d'un immeuble expulse le locataire. Celui-ci, en effet, ne peut se prévaloir du contrat de louage qu'envers son bailleur, le vendeur : s'il est expulsé par l'acheteur, il peut simplement réclamer de son bailleur des dommages-intérêts. Les vendeurs, pour éviter de tels désagréments, prenaient ordinairement leurs précautions : ils faisaient insérer dans le contrat de vente une clause par laquelle l'acheteur s'engageait à respecter les baux en cours : mais dans ce cas, l'acheteur avait droit aux loyers depuis le jour de la vente (D.18.1-68 et 19.1.53 pr).

La délivrance consiste  
à tradere vacuum possessionem :

Pour remplir son obligation de délivrance, le vendeur doit simplement "*tradere vacuum possessionem*" : il doit mettre l'acheteur en possession et lui procurer une possession paisible et durable.

Il est tout à fait remarquable que la vente romaine n'oblige pas le vendeur à *dare rem*, à transférer la propriété. Si l'on avait obligé le vendeur à transférer la propriété (*dominium*), la vente n'aurait eu qu'une utilité restreinte : elle n'aurait pas pu être employée par les pérégrins, ni relativement aux fonds provinciaux, ni même relativement aux choses sur lesquelles on n'avait qu'une propriété bonitaire. Les Romains ont jugé tout à fait inutile d'exiger du vendeur qu'il transmette le *dominium*; il suffisait qu'il assurât à l'acheteur les avantages pratiques de la propriété, c'est-à-dire une possession paisible et durable.

Pouvait-on modifier cet effet de la vente ? Pouvait-on, par une clause particulière, mettre à la charge du vendeur l'obligation de *da-re rem*, c'est-à-dire de rendre l'acheteur propriétaire ?

Selon Celsus (D.12.4-15), si je vous donne de l'argent pour que vous me donniez l'esclave Stichus en propriété, nous ne sommes plus en présence d'un contrat consensuel de vente, mais d'un "*do ut des*". Par conséquent, si je n'obtiens pas de vous l'esclave Stichus, je ne peux pas exercer contre vous l'action *empti*, mais reprendre l'argent que j'ai versé, en me servant de la *condictio ob rem dati*. Ulpian approuve ce point de vue (1). Par contre, Paul n'hésite pas à reconnaître qu'il y a véritablement une vente "*si pecuniam dem ut rem accipiam*" (D.19.5-5.1) : c'est une vente qui présente deux particularités : l'acheteur paie comptant et d'autre part le vendeur s'engage à transférer la propriété.

Sauf ces clauses spéciales, dont les effets ont pu être discutés, le vendeur devait simplement procéder à une tradition. Cette tradition doit procurer à l'acheteur la possession, c'est-à-dire le mettre dans une situation telle qu'il puisse, en cas de troubles, bénéficier de la protection des interdits possessoires. Cette possession doit être paisible et durable : le vendeur doit faire en sorte que l'acheteur n'ait pas à craindre des prétentions fondées sur des droits supérieurs aux siens.

Délivrance  
et transfert de propriété =

Ainsi définie, l'obligation de délivrance, bien qu'elle ne consiste pas à transférer la propriété, atteint bien souvent ce résultat.

1. Il importe d'abord de remarquer qu'en bien des cas la tradition rend l'acheteur propriétaire : si le vendeur a le *dominium*, et si la chose est *nec mancipi*, la tradition, effectuée en exécution de la vente, est une tradition faite "*ex justa causa*"; elle est translatrice de propriété.

---

(1) Le texte de CELSUS a été étudié par MEYLAN dans R.I.D.A. 1948 pp. 133-152 (résumé dans IURA 1 p. 608) : le savant romaniste de Lausanne ne pense pas que la clause obligeant le vendeur à transférer la propriété puisse suffire à enlever au contrat le caractère d'une vente. CELSUS n'envisage pas une vente avec une clause de ce genre, mais une hypothèse dans laquelle on a commencé par faire une *datio pecuniae*, en vue d'obtenir ensuite une *datio Stichi* : or les Romains ont connu à l'origine une vente dans laquelle l'acquéreur obtenait la chose avant de payer le prix; l'opinion de CELSUS serait une survivance de cette ancienne conception, selon laquelle il ne s'agit plus d'une vente si l'on commence par payer avant d'obtenir la chose.

2. De nombreux textes laissent entendre que l'acheteur peut sans invoquer de clauses spéciales, en vertu du seul contrat de vente, exiger que le vendeur procède à une mancipation (acte solennel dont l'effet est de transférer la propriété des *res mancipi*).

Ainsi Gaius (IV.131.a) décrivant la procédure formulaire, signale une *praescriptio de fundo mancipando* que l'on ajoutait à la formule de l'*actio empti*, quand l'acheteur désirait exercer cette action uniquement pour exiger que le vendeur fasse la mancipation. Il est question également de cette obligation de manciper chez Paul (Sent. 1.13 A.4).

Ces textes paraissent en contradiction complète avec le principe que le vendeur doit simplement livrer une *vacuam possessionem*.

Certains auteurs (Girard) ont essayé de résoudre le problème en prétendant que l'obligation de manciper était comprise dans l'obligation de délivrance, comme une forme possible de l'obligation de *tradere vacuam possessionem* mais c'est confondre deux choses tout à fait différentes. Gaius d'ailleurs les oppose nettement : il fait savoir que l'on peut intenter l'*actio empti* d'abord pour obtenir la mancipation, puis une seconde fois pour réclamer la *possessionem* (Gaius IV.131.a).

L'explication proposée par M. Monier (Mél. Cornil. 1926 II.142) paraît bien être la plus satisfaisante : l'obligation de manciper est une conséquence du caractère de bonne foi du contrat. Le vendeur doit s'abstenir de tout dol en exécutant ses obligations : or il commettrait un dol si, étant propriétaire de la chose, il refusait de la manciper, et conservait par devers lui la propriété. Mais si le vendeur n'est pas propriétaire quiritaire, l'acheteur ne saurait exiger de lui la mancipation.

3. Une autre difficulté résulte d'un texte d'Africain (D. 19.1.30.1), ainsi conçu : "Si je vous ai acheté de bonne foi une chose que vous savez appartenir à autrui, je peux exercer contre vous l'action *empti*, à titre utile, avant même que je sois évincé, et je peux ainsi vous réclamer réparation du préjudice que je subis du fait que la chose n'est pas devenue ma propriété".

Ce texte est, à première vue, très embarrassant : il semble rendre le vendeur responsable du fait qu'il n'a pas rendu l'acheteur propriétaire; autrement dit, ce texte paraît imposer au vendeur l'obligation de transférer le *dominium*.

Mais il importe de bien considérer l'hypothèse envisagée : l'acheteur a cru qu'il obtenait la propriété et le vendeur l'a trompé. Africain est d'avis que le vendeur de mauvaise foi doit indemniser l'acheteur de tout le préjudice que lui cause l'éventualité d'une éviction. D'après le Droit commun, l'acheteur doit attendre d'être

évincé pour faire jouer la garantie contre l'éviction, tandis qu'ici, une action "utile" permet d'obtenir une sorte de garantie préventive. Le texte d'Africain concerne la garantie et n'apporte aucune dérogation aux principes en matière de délivrance.

C/ La garantie contre l'éviction :

Le vendeur qui a rempli son obligation de délivrance n'est pas encore quitte : il reste responsable envers l'acheteur, si celui-ci subit une éviction ou découvre certains vices. Le vendeur doit garantir l'acheteur contre l'éviction et contre les vices cachés.

Ces deux garanties n'ont d'abord été que des effets accidentels, résultant de conventions particulières. Dès l'époque classique, elles devinrent de la "nature du contrat"; mais elles ne furent jamais considérées comme de l'essence de la vente : il était possible de vendre sans garantie, à condition, bien entendu, qu'il n'y eût en cela aucun dol, car on ne pourrait pas, par une clause du contrat, se réserver la faculté de tromper impunément son partenaire.

La garantie contre l'éviction présente en Droit Romain un intérêt pratique considérable du fait qu'en Droit Romain la vente de la chose d'autrui est valable. Cette garantie a longtemps résulté de divers procédés qui fonctionnent à côté du contrat de vente : l'idée qu'elle puisse découler du contrat lui-même est l'aboutissement d'une longue évolution.

La notion même d'éviction s'est modifiée au cours des siècles. A l'origine, c'est une notion très simple : il y a éviction quand l'acheteur a été "vaincu en justice" par un tiers qui a prouvé contre lui sa qualité de propriétaire. Cela correspond à l'hypothèse de l'individu qui achète de quelqu'un qui n'est pas propriétaire, et qui doit ensuite restituer la chose au vrai propriétaire, à la suite de l'action en revendication exercée victorieusement par celui-ci.

. La garantie  
dans la vente-transfert =

A l'époque où la vente-contrat n'existait pas encore, fonctionnait déjà une garantie dans la vente-transfert lorsqu'elle était réalisée au moyen de la mancipation. L'acheteur menacé d'éviction pouvait exiger de son vendeur qu'il lui fournisse son *auctoritas*, c'est-à-dire son soutien. La mise en oeuvre de cette obligation légale d'*auctoritas* était assurée par une action *auctoritatis* prévue par la loi des XII Tables : elle aboutit à faire condamner le vendeur à payer à l'ache-



teur le double du prix payé. Ce double est-il la peine pécuniaire d'un délit privé que l'on reproche au vendeur ? Girard l'a soutenu. Mais rien en réalité ne permet d'affirmer que l'*actio auctoritatis* soit une action pénale. Cette action était intentée contre le vendeur quand il refusait d'apporter son assistance à l'acheteur dans le procès qui lui était fait, mais aussi lorsque cette assistance n'avait pas empêché l'acheteur de perdre le procès et d'être évincé. Le vendeur ne devait l'*auctoritas* que s'il avait reçu le prix, et ne la devait que pendant le court délai d'usucapion (un ou deux ans) : en effet, passé ce délai, l'acheteur a dû, en principe, devenir propriétaire par prescription et n'a plus rien à craindre : s'il a négligé de posséder et n'a pas usucapé, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même.

La garantie légale, résultant de l'*auctoritas* n'existait que dans le cas de vente d'une *res mancipi*, réalisée au moyen de la mancipation; la tradition et l'*in jure cessio* ne comportaient rien de semblable.

A défaut de garantie légale s'était organisée, notamment en cas de vente réalisée par simple tradition, une garantie conventionnelle : le vendeur promettait *verbis* que l'acheteur ne serait pas troublé dans la jouissance de la chose vendue.

#### La garantie dans la vente-contrat :

Les procédés anciens de garantie continuèrent à être employés dans la vente-contrat consensuel.

##### 1) Auctoritas :

Si, en exécution du contrat, les parties procédaient à la mancipation, la chose vendue étant *res mancipi*, l'acheteur bénéficiait de la garantie légale, mise en oeuvre au moyen de l'*actio auctoritatis*, aboutissant, en cas d'éviction, à une indemnité du double du prix. Cette garantie subsista aussi longtemps que la mancipation : il en est encore question dans les Sentences de Paul (2.17.1); la compilation de Justinien n'en parle plus. Lorsque les parties désiraient faire une vente sans garantie, elles ne mentionnaient dans la mancipation que le prix fictif d'un denier (mancipation *nummo uno*).

##### 2) Stipulation de garantie :

Il était d'usage de faire une stipulation de garantie au moment où l'on procédait à la délivrance. Varron (R.R. 2.10.4) laisse supposer que de son temps cette stipulation n'était faite qu'à défaut

de l'*auctoritas*, quand on ne procédait pas à une mancipation : "*si mancipio non datur*". Mais dans les actes de vente des I<sup>o</sup> et II<sup>o</sup> s., on trouve invariablement une stipulation de garantie contre l'éviction, même lorsqu'il y a une mancipation : dans les actes de Transylvanie, il était peut-être prudent de faire cette stipulation parce que la validité de la mancipation entre non-citoyens paraît douteuse. Cette explication ne tient pas pour les ventes d'Herculanum (tab. Herc. 61). Sans doute pensait-on que deux garanties valent mieux qu'une seule !

On connaissait plusieurs types de stipulations de garantie : divers noms leur sont donnés : *satisfatio secundum mancipium*, *stipulatio duplæ* ou *simplex*, *stipulatio habere licere* (1).

- . *satisfatio secundum mancipium* : cela paraît bien singulier "cautionnement après une mancipation". C'est une stipulation qui transforme en une obligation *verbis*, conventionnelle, l'obligation légale d'*auctoritas*, de façon à pouvoir la renforcer d'un cautionnement. On sait en effet que les cautions les plus anciennes (*sponsores* et *fidepromissores*) ne pouvaient garantir que des obligations elles-mêmes formées *verbis*. D'autre part, le terme *satisfatio* indique bien qu'il s'agit d'un cautionnement (2).
- . La *stipulatio habere licere* est un contrat *verbis* par lequel le vendeur promet à l'acheteur qu'il lui sera loisible (*licere*) de conserver la chose (*habere*). Si l'acheteur est évincé par un tiers, il n'a pas obtenu ce que le vendeur lui a promis : il peut par conséquent exercer contre lui l'*actio ex stipulatu* pour réclamer réparation du préjudice que lui cause l'inexécution de la stipulation; en d'autres termes, il obtient des dommages-intérêts calculés au simple de la valeur de la chose au jour où l'éviction s'est produite (*quanti ea res erit*) ou du préjudice causé par l'éviction (*quanti interest*).

- 
- (1) La table de Bétique (FIRA N<sup>o</sup> 92), formulaire d'une *fiducia cum creditore*, présente une clause par laquelle le créancier se réserve la faculté de vendre le gage sans garantie; la clause précise qu'il pourra faire la mancipation *nummo uno*, qu'il ne fera pas les stipulations de garantie, ni la *satisfatio secundum mancipium*, ni la promesse au simple ou au double. Les actes de la pratique ne nous ont donné jusqu'à présent aucun exemple de stipulation *habere licere*. Par contre VARRON (R.R. 2.2 § 5.3 § 5.4 § 5) reproduit les termes précis de cette stipulation à propos de vente d'animaux *nec mancipi* et les jurisconsultes en parlent quelquefois.
  - (2) Selon MEYLAN (RHD.1948 p. 1) cette stipulation n'aurait rien à voir avec l'éviction mais obligerait le vendeur qui a fait mancipation à mettre l'acheteur effectivement en possession. Cette doctrine a rencontré peu de partisans; elle a contre elle la table de Bétique où notre *satisfatio* est indiquée à propos des garanties contre l'éviction qu'un vendeur désire ne pas fournir.

Un texte du Digeste (Ulpian, D. 45.1-38 pr) met en doute la validité de cette stipulation en vertu du principe de la nullité des promesses pour autrui : en effet promettre que l'acheteur ne sera pas évincé, n'est-ce pas promettre que des tiers n'évinceront pas ? Beaucoup d'auteurs modernes, trouvant singulier qu'Ulpian s'en prenne à une stipulation employée depuis très longtemps, ont suspecté ce texte d'interpolation (1) à tort, semble-t-il : à l'époque d'Ulpian, l'acheteur pouvait obtenir directement en vertu du contrat, avec l'action *empti*, la réparation qu'aurait pu lui procurer en cas d'éviction, la *stipulatio habere licere*; aussi ne l'employait-on guère et Ulpian pouvait sans grand inconvénient pratique la condamner au nom des principes juridiques. Paul (D. h.t. 83 pr) a eu, lui aussi, conscience de l'objection, mais parvient à valider la *stipulatio habere licere* en soutenant que le vendeur promet son propre fait : faire en sorte qu'il n'y ait pas d'éviction (2). A l'époque ancienne, ces scrupules étaient inconnus parce que le principe de la nullité des promesses pour autrui n'était pas clairement dégagé (3).

- Les stipulations *simples* et *duples* évitent cette difficulté. L'éviction certes y est envisagée, mais n'en constitue pas l'objet; leur objet est une *pecunia*, une somme d'argent au simple ou au double. L'éventualité d'une éviction intervient comme condition suspensive : le vendeur promet de payer une somme d'argent à l'acheteur au cas où une défaite judiciaire le priverait en tout ou en partie de la jouissance de la chose. Une condition peut très bien consister dans le fait d'un tiers. Ex. : si Titius monte au Capitole.

La *simple*, comme l'indique son nom correct : "*stipulatio simplae pecuniae*", a bien pour objet une somme d'argent et ne se distingue de la *duple* que par la quotité de cette somme : un acte de Transylvanie (CIL. III p. 940) nous montre même qu'il suffit d'ajouter *duplam* entre les lignes pour transformer une *simple* en *duple*. La *stipulatio simplae* est par conséquent différente de la *stipulatio habere licere* : il ne faut pas les confondre (comme le font à tort Rabel et Schulz).

Des doctrines très divergentes ont été soutenues sur l'origine et la nature des stipulations de garantie. La doctrine ancienne de Girard, en grande partie reprise par Kaser

---

(1) BESELER : ZSS 43 p. 554; KASER : ZSS 54, p. 165. Contra ARANGIO-RUIZ : "*Compravendita*" 1954, p. 338.

(2) Comme en droit moderne le porte-fort.

(3) COUDERT : "Stipulations et promesses pour autrui" 1957, pp. 104 sq., admet que le texte d'Ulpian est, pour le fond, classique, et indique une évolution au sujet de cette stipulation.

(ZSS 54.1934) établit une opposition plus profonde entre deux systèmes de garantie conventionnelle, résultant d'une part de la *stipulatio duplae*, d'autre part de la *stipulatio habere licere*.

La *dupla* aurait été imaginée pour procurer à l'acheteur les avantages qu'il aurait obtenus avec l'*actio auctoritatis* s'il y avait eu une mancipation : calquée sur l'*auctoritas*, cette stipulation serait au double du prix et n'interviendrait que dans les ventes de *res Mancipi*. La *stipulatio simplae* ne serait qu'une déformation de la *dupla*, réduite au simple du prix.

La *stipulatio habere licere*, sans rapport avec l'*auctoritas*, serait apparue plus tardivement, pour procurer une réparation du préjudice causé par l'éviction en cas de vente de *res nec Mancipi*. Cette doctrine, fortement ébranlée par Rabel (en 1902), est rejetée par Monier et J.Ph. Lévy. L'examen des documents de la pratique permet de faire d'instructives constatations : 1°) les stipulations de garantie ayant pour objet une *pecunia* (au simple ou au double) n'ont aucun rapport avec l'action *auctoritatis*, mais reprennent les termes de la *stipulatio habere licere*, en les faisant passer dans la phrase où l'éviction est prévue comme condition; 2°) la *pecunia* peut être calculée sur la base du prix mais souvent aussi sur la base du préjudice, tantôt au simple, tantôt au double. Comme le remarque très bien J.Ph. Lévy (1), la liberté contractuelle jouait pleinement en cette matière, sauf dans le cas de ventes d'esclaves soumises au contrôle des édiles (dans la stipulation edilicienne, la garantie est au double du prix). Mais si l'esclave n'est pas vendu *in foro* la stipulation est parfois au double, non pas du prix, mais du préjudice, ou même au simple du préjudice (2). Des textes de jurisconsultes et des documents papyrologiques nous montrent que la garantie contre l'éviction pouvait aller jusqu'à menacer le vendeur d'une pénalité du triple ou même du quadruple.

Tout lien entre les stipulations de garantie et l'*auctoritas* étant exclu, la stipulation *habere licere* est probablement antérieure à la stipulation *dupla* ou *simpla* : celle-ci n'étant qu'une *stipulatio habere licere* perfectionnée.

---

(1) J.Ph. LEVY : "Les stipulations de garantie contre l'éviction dans la vente romaine", *RHD* 1954, p. 350.

(2) J. MACQUERON : "Etude de documents de la pratique" (polycopié), p. 127.

## . Garantie déoulant de la vente

Avec l'*auctoritas* et les stipulations, la garantie contre l'éviction s'était organisée à côté et en dehors du contrat de vente. Elle finit, dès l'époque classique, par constituer un effet naturel de la vente.

- a) On considéra d'abord qu'en vertu de la bonne foi du contrat, le vendeur ne peut refuser de faire une stipulation de garantie : le contrat de vente met à la charge du vendeur l'obligation de faire cette stipulation : "*cavere de evictione*". Vers la fin du premier siècle, Neratius (D.19.1-11.8) déclare, à propos d'une vente d'esclave, que l'acheteur, avant toute éviction, peut exercer contre son vendeur l'*actio empti*, s'il refuse de faire la stipulation *habere licere*. Mais bientôt fut admis le principe que le vendeur doit faire le genre de stipulation qui est en usage dans la région (Gaius D. 21.2.6) à propos de fonds provinciaux) : dans certains cas, le vendeur devra faire la *stipulatio duplae* (le plus souvent au double du prix).
- b) Si l'éviction se produit avant que l'acheteur ait eu le temps d'obtenir du vendeur qu'il fasse la stipulation, l'acheteur obtiendra avec l'action même du contrat une indemnité. Il fut d'abord question d'accorder à l'acheteur évincé simplement la réparation du préjudice causé par l'éviction (JAVOLENUS D. 21.2.60 "*quod interest*"; JULIEN, h.t. : le vendeur doit assurer à son acheteur la faculté de conserver la chose : "*obligatus ut praestet habere licere*"). A l'époque des Sévères, Paul (Sent. 2.17.2) va plus loin : l'acheteur évincé obtiendra avec l'*actio empti* ce que lui aurait procuré la stipulation d'usage si elle avait été faite.

Dès lors, la garantie contre l'éviction découle directement d'un contrat et si les parties sont d'accord pour faire une vente sans garantie, il faut qu'elles manifestent clairement cette volonté par un pacte de non garantie (*pactum de non praestanda evictione*).

L'acheteur évincé étant sûr d'obtenir, en vertu du seul contrat de vente, au moins la réparation du préjudice, la stipulation *habere licere*, qui n'offrait aucun avantage supplémentaire, cessa d'être employée. Par contre des stipulations plus avantageuses, *stipulationes duplae*, continuèrent à figurer dans les actes : l'acheteur évitait ainsi toute contestation sur le point de savoir si ce genre de stipulation était ou non d'usage.

Il y avait par conséquent, dès l'époque classique, deux systèmes de garanties : l'un mis en oeuvre par le détour d'une stipulation et l'action *ex stipulatu* de droit strict, l'autre découlant du contrat de vente et de l'action *empti*, de bonne foi. Ces deux systèmes présentent des points communs et des différences.

Points communs :

La garantie ne joue que si l'éviction est imputable au vendeur : il n'avait sur la chose aucun droit ou des droits incomplets. La garantie ne joue pas si l'éviction n'est pas imputable au vendeur : fait du prince, erreur judiciaire (cas de l'*injuria judicis*). Elle ne joue pas non plus si l'acheteur n'a pas fait le nécessaire pour éviter l'éviction : il ne s'est pas défendu au procès, n'a pas prévenu le vendeur; n'a pas usucapé comme il aurait pu le faire (*culpa emptoris*).

Différences :

a) Les conditions d'exercice  
sont différentes :-----

L'*actio ex stipulatu* sanctionne une stipulation, contrat de droit strict, elle ne peut être intentée que dans le cas envisagé par la stipulation; défaite judiciaire subie par l'acheteur défendeur ou demandeur dans un procès en revendication. L'éviction peut aussi résulter de l'exercice de l'action hypothécaire, par un tiers créancier, ou de l'*actio confessoria* par le bénéfice d'un usufruit. Mais l'existence d'une servitude prédiatale qui grève le fond ne constitue pas une éviction : le fond s'en trouve "moins bon" : c'est un vice caché, ce n'est pas une éviction.

L'*actio empti* permet à l'acheteur d'obtenir des dommages-intérêts non seulement lorsqu'il est évincé au sens précis du mot, mais encore toutes les fois qu'il subit un préjudice du fait qu'il n'a pas obtenu sur la chose des droits suffisants, et cela, alors même qu'il n'y aurait pas "éviction" au sens précis du mot. Ainsi, l'acheteur, pour éviter une défaite judiciaire, a transigé avec le vrai propriétaire; ou bien il n'a pas été évincé, parce qu'il a hérité du vrai propriétaire. Ce sont là des cas dans lesquels l'acheteur ne peut se prévaloir de la stipulation : il n'a pas été évincé; l'*actio empti* lui permet au contraire d'obtenir une indemnité, en réparation du préjudice qu'il a subi du fait que le vendeur lui a procuré des droits insuffisants.

b) Les deux systèmes de garantie  
produisent des effets différents :

Par l'*actio ex stipulatu* l'acheteur obtient la *pecunia* prévue, bien souvent le double du prix qu'il a versé, en cas d'éviction totale. Le montant de cette indemnité ne prête à aucune discussion.

Par l'*actio empti* : l'acheteur obtient une indemnité, que le juge arbitre "*ex fide bona*", en estimant le préjudice d'après la valeur de la chose au jour où l'éviction s'est produite : si la chose a baissé de valeur, l'acheteur obtiendra moins que le prix qu'il a payé (la solution contraire admise en droit français par l'art. 1631 C.C. vient d'un contresens commis par Dumoulin).

Ce régime de garantie, établi par la jurisprudence, se conserva très longtemps : on le trouve encore dans des actes de l'Afrique Vandale, au V<sup>e</sup> s. (tablettes Albertini).

Les actes de la Basse-Epoque sont sévères pour le vendeur : dans les stipulations de garantie se manifeste le souci d'assurer à l'acheteur évincé une indemnité qui tienne compte de la plus-value acquise par la chose depuis la conclusion de la vente : l'acte laisse parfois à l'acheteur le choix entre le double du prix ou la valeur au jour de l'éviction (tab. Albertini) mais peut aussi lui permettre de cumuler le double du prix et de la valeur de la *res meliorata* (Ravenne, FIRA III N° 140).

#### • Droit de Justinien :

Dans le droit de Justinien, l'*actio auctoritatis* a complètement disparu (comme tout ce qui se rattache à la mancipation). La stipulation *rem habere licere* était depuis déjà longtemps tombée en désuétude. Par contre il est encore question dans la compilation, de la *stipulatio duplae* au sujet de ventes d'esclaves ou de choses précieuses. Les compilateurs ont fait passer au compte de la stipulation *duplae* des textes relatifs à l'*auctoritas*, de sorte que le *duplum* est le double du prix.

A défaut de stipulation, l'acheteur peut toujours obtenir la garantie au moyen de l'*actio empti* : il obtient une indemnité calculée selon l'intérêt qu'il avait à ne pas être évincé. Cette indemnité ne doit jamais dépasser le double du prix (D. 19.1.43 itp).

#### C/ La garantie contre les vices cachés :

Dans le dernier état du Droit Romain, l'acheteur jouit d'un recours contre le vendeur s'il découvre que la chose vendue est affectée de vices qui la rendent impropre à l'usage ou qui diminuent sa valeur.

Comme la garantie contre l'éviction, cette garantie contre les vices a d'abord été obtenue par des procédés qui fonctionnaient en dehors du contrat de vente : c'est seulement dans le droit de Justinien qu'elle devint un effet naturel de la vente, découlant du contrat lui-même. L'évolution a donc été plus lente que pour la garantie contre l'éviction : elle présente de plus cette particularité qu'elle a été influencée par les édiles curules.

#### Ancien droit :

Lorsque la vente se faisait par mancipation, une garantie résultait de la célèbre disposition des XII Tables : "*cum nexum faciet mancipiumque ...*" = "quand on procède à une mancipation, les déclarations faites au sujet de la chose mancipée ont pleine validité". En vertu de cette règle, le vendeur était responsable des déclarations qu'il avait faites.

Il existait une sanction contre lui si la chose ne présentait pas les qualités annoncées (CICERON : "*De officiis*" 3.16.65). Les Romains ont conservé, jusqu'à une époque très tardive, des applications de cette règle antique, en matière de mancipations immobilières.

a) En cas de mancipation d'une terre, si le fonds n'a pas la contenance annoncée, l'acheteur peut intenter contre le vendeur une action établie par la loi des XII Tables : l'*actio de modo agri*. C'est une action de caractère pénal, aboutissant à faire payer par le vendeur une peine pécuniaire calculée au double de la valeur de la superficie manquante (1). Cette vieille action est restée en usage jusqu'à une époque tardive : il en est encore question dans l'édition wisigothique des Sentences de Paul (Sent. 2.17.4).

b) Si au moment de la mancipation le vendeur a déclaré que le fonds était *optimus maximus* (libre de toute charge, de toute servitude), il est responsable au cas où cette affirmation serait mensongère. On ne saurait affirmer si l'action était au simple ou au double du préjudice : un texte (D. 41.1-20-1) signale une action au simple; ce texte parle d'une tradition, mais concernait sans doute la mancipation, sous la plume d'Ulpien.

---

(1) Les Sentences de PAUL déclarent que cette action "croît au double contre celui qui nie" : c'est une erreur, provenant d'une confusion commise par un annotateur tardif de PAUL. Cette action, comme le dit CICERON (1.c) était donnée au double contre celui "*qui infitiatus esset*", c'est-à-dire qui, au moment de la mancipation n'avouait pas la contenance véritable. L'annotateur, mal informé, a cru qu'il s'agissait d'une *infitiatio* faite au début du procès et a ainsi donné, fautivement, à cette action, le caractère d'une action à litiscrescence.



En dehors de ces anciens recours qui étaient des effets accessoires de la mancipation, l'acheteur pouvait toujours s'assurer une garantie contre les vices en prenant la précaution de passer avec son vendeur une stipulation de garantie : le vendeur prenait *verbis* l'engagement que la chose n'était pas affectée de tels ou tels vices. Si ces vices se révélaient, l'acheteur obtenait des dommages-intérêts en exerçant l'*actio ex stipulatu*.

Des stipulations de ce genre pouvaient accompagner toutes sortes d'actes de transfert : mancipation, *in jure cessio* ou tradition : on y joignait d'ordinaire une stipulation de garantie contre l'éviction. Varron ("*De re rustica*" II 3.5) fournit des modèles de stipulations de garantie pour les ventes de chèvres et pour les ventes d'esclaves.

La garantie  
dans la vente consensuelle :

- a) On continua, dans la vente consensuelle, à employer ces anciens procédés de garantie, et notamment la stipulation concernant à la fois l'éviction et les vices. Cette solution n'était pas pleinement satisfaisante : d'abord l'acheteur n'était garanti contre les vices que si le vendeur voulait bien faire la stipulation. De plus la stipulation, contrat de droit strict, est d'interprétation étroite : le vendeur ne doit d'indemnité que pour les dommages causés directement à l'acheteur par le vice de la chose vendue. Ainsi Paul (D. 19.1-4) prend comme exemple le cas d'un vendeur qui promet, par stipulation, que l'esclave vendu n'est pas voleur : l'acheteur s'aperçoit que l'esclave est un voleur. Il a payé trop cher un mauvais sujet : mais il ne peut pas exercer l'*actio ex stipulatu* pour obtenir une réduction du prix. Il ne peut pas se prévaloir de la stipulation, sauf si des vols, commis par l'esclave, lui causent un dommage (l'esclave lui dérobe quelque chose, ou bien l'acheteur est poursuivi *noxaliter*, par une personne qui a été victime d'un vol commis par l'esclave).
- b) Indépendamment de ces stipulations, l'acheteur peut obtenir du vendeur des dommages-intérêts, en intentant l'*actio empti*, s'il peut prouver que le vendeur a commis un dol, c'est-à-dire l'a trompé en dissimulant sciemment un vice.

L'acheteur victime d'une tromperie pouvait arguer du caractère de bonne foi du contrat de vente, pour obtenir des dommages-intérêts en exerçant l'action même du contrat, l'*actio empti*. Cette solution était déjà admise au temps de Cicéron, comme le prouve une anecdote qu'il rapporte dans le "*De Officiis*" (3.16.66) : un individu qui avait reçu des augures l'ordre de raser sa maison, s'empressa de la vendre, sans faire connaître à l'acheteur la décision prise par les augures ; ayant été obligé de démolir la maison, l'acheteur fit un procès à son

vendeur. Le juge fut d'avis que le vendeur qui avait connu la menace et ne l'avait pas fait connaître, devait réparer le préjudice subi par l'acheteur.

L'avantage de cette garantie, c'est d'abord qu'elle n'a pas besoin d'être spécialement prévue. De plus, l'acheteur n'a pas besoin d'attendre que le vice lui cause un tort pour obtenir des dommages-intérêts : il y a droit, en vertu du contrat de vente, du seul fait que, victime d'un dol, il a payé trop cher : le texte de Paul (D. 19.1.4) est significatif à cet égard.

Mais pour faire jouer cette garantie, l'acheteur doit établir que le vendeur a commis un dol : il faut qu'il prouve que le vendeur avait connaissance du vice au moment du contrat, et qu'il l'a caché. Cette preuve n'est pas toujours facile à apporter. Au surplus ne serait-il pas bon que l'acheteur puisse avoir un recours, même au cas où le vendeur serait de bonne foi ?

#### L'Edit des Ediles :

La garantie fut organisée sur des bases bien plus satisfaisantes, dans les ventes soumises à la juridiction des Ediles Curules. Ces magistrats exerçaient un contrôle sur les marchés qui se tenaient sur la place publique : les procès, qui pouvaient naître à l'occasion des ventes faites sur le *forum*, appartenait à leur compétence. Ils introduisirent dans leurs édits des mesures destinées à protéger les acheteurs contre les artifices des *lenones* et des maquignons.

L'intervention des édiles en cette matière date d'une époque assez ancienne : les comédies de Plaute (mort en 184 av. J.C.) y font déjà allusion.

Ils ont apporté des idées absolument nouvelles : d'abord ce principe que le marchand doit connaître sa marchandise : il est responsable des vices cachés, qu'il les ait connus ou non. Les recours que les édiles mettent à la disposition de l'acheteur sont également nouveaux : l'acheteur peut demander soit la résolution de la vente, soit une réduction du prix.

Les dispositions prises par les édiles figuraient dans deux édits distincts : l'un concernait les ventes d'esclaves (édit *de mancipis*); l'autre les ventes de bétail (édit *de jumentis*).

#### a) Edit de mancipis :

Les édiles obligeaient les marchands à placer près de l'esclave qu'ils vendaient, un petit écriteau (*titulus*) sur lequel ils devaient inscrire les vices et les qualités de cet esclave. Le marchand était

responsable des qualités qu'il annonçait, mais on ne lui tenait pas rigueur des louanges sans précision, qu'il pouvait faire de l'esclave : les vendeurs ont coutume de vanter leur marchandise, c'est un *dolus bonus* qui ne trompe personne.

Le marchand devait faire connaître les vices physiques de l'esclave (maladies, infirmités, etc ...) et les vices juridiques (esclave fugitif, ou exposé à des poursuites comme auteur d'un délit). Le marchand n'avait pas en principe à déclarer les vices apparents (les jurisconsultes discutaient sur le point de savoir si le vendeur devait déclarer que l'esclave était borgne : D. 21.1-14.10), ni les vices intellectuels ou moraux.

Les édiles imposaient d'autre part au marchand d'esclaves une stipulation de garantie dont ils avaient arrêté les termes : cette stipulation édilitienne est souvent désignée sous le nom de *stipulatio duplae*, car elle comportait la promesse de rembourser à l'acheteur le double du prix en cas d'éviction; mais elle comportait aussi la promesse de l'indemniser au simple au cas où certains vices se révélaient. Cette stipulation était sanctionnée, selon les principes du droit commun, par l'*actio ex stipulatu*.

Pour contraindre les marchands à se conformer aux dispositions qu'ils avaient prises, les édiles avaient créé deux actions, qu'ils mettaient à la disposition de l'acheteur, soit pour exiger la stipulation de garantie, soit pour se plaindre lorsqu'un vice venait à se révéler.

1. Par l'*actio redhibitoria*, l'acheteur obtenait la résolution de la vente; il rendait l'esclave, mais réclamait la restitution du prix grossi d'une indemnité pour le préjudice subi. Cette action "rédhibitoire" est *in factum*. Il est douteux qu'elle ait un caractère pénal; le seul texte qui parle, à son sujet, d'une condamnation au double, est assez suspect (D. 21.1.45).
2. Par l'*actio quanti minoris* ou *aestimatoria* l'acheteur obtenait une réduction du prix : le juge "estimait la moins value" *quanti minoris*.

Ces deux actions étaient soumises à de très courts délais de prescription. La première devait être intentée, selon les circonstances, dans les 2 mois ou dans les 6 mois utiles qui suivaient la vente; la seconde dans les 6 mois utiles ou dans l'année. Si, en effet, un vice se découvre longtemps après le contrat, il devient difficile de prouver qu'il existait déjà au moment de la vente.

Le système imaginé par les édiles aboutissait pratiquement aux résultats suivants :

α) Avant même qu'un vice se révèle, l'acheteur peut exiger que le marchand fasse la stipulation prévue dans l'édit : si le marchand refuse, l'acheteur peut exercer contre lui dans les deux mois qui suivent la vente, soit l'*actio redhibitoria*, soit l'*actio quanti minoris*. Passé ce délai, il ne lui reste plus que l'*actio quanti minoris*, qui pouvait encore être intentée dans les six mois qui suivent la vente, pour obtenir la stipulation de garantie.

β) Dans l'hypothèse où un vice se révèle : si le marchand a déjà fait la stipulation, l'acheteur obtient une indemnité au moyen de l'*actio ex stipulatu* dont l'exercice, selon les règles du droit commun, n'est soumise à aucun délai.

Si le marchand n'a pas encore fait la stipulation, l'acheteur peut malgré tout obtenir satisfaction en employant les actions édilitiennes : pendant six mois, il a le choix entre l'*actio redhibitoria* et l'*actio quanti minoris*. Passé ce délai, il dispose encore de l'*actio quanti minoris*, qui peut être exercée pendant l'année qui suit la vente, quand un vice se révèle (Ulpien D. 21.1-19.6).

b) Edit de jumentis :

Cet édit concernait les ventes de bêtes de trait (*jumenta*); Il fut rapidement étendu aux ventes de bétail.

Le marchand de bétail devait déclarer les vices et répondait des qualités qu'il annonçait.

Mais il n'y avait pas ici de stipulation édilitienne : les parties pouvaient faire une stipulation de garantie de leur plein gré et dans les termes qu'elles voulaient. Indépendamment de toute stipulation, si un vice se révélait, l'acheteur pouvait demander la résolution, par l'*actio redhibitoria*, dans les six mois de la vente, ou une diminution de prix, par l'*actio quanti minoris* dans l'année de la vente.

Généralisation du système des édiles et droit de Justinien : =====

La réglementation imaginée par les édiles ne concernait à l'origine que les ventes soumises à la juridiction de ces magistrats : ventes faites sur la place publique, au marché. Or dans la compilation de Justinien, les principes posés par les édiles sont présentés comme concernant toutes les ventes.

Cette généralisation n'a pas été réalisée à l'époque classique, aussi rapidement ni aussi complètement que la Compilation pourrait le laisser croire. Au Digeste, en tête du titre "*De aedilicio edicto*" figure un texte d'Ulpien (D. 21.1.1) ainsi conçu : "Labéon a écrit que l'édit des édiles concernait les ventes de toutes sortes de choses, meubles ou immeubles". Il est bien improbable qu'au temps d'Auguste, Labéon ait songé à donner une telle extension à l'édit des édiles : ce texte est interpolé.

Par contre, il est certain que dans les ventes d'esclaves faites entre particuliers, on reproduisait volontiers la *stipulatio duplae* qui figurait dans l'édit des édiles (FIRA. III N° 87); certains actes renvoyaient même purement et simplement à cet édit (ainsi l'esclave est déclaré "*sanum ex edicto*" FIRA III N° 132; ou l'on promet la somme prévue "*ex imperio aedilium curulium ita ut adsolet hoc anno de mancipiis emundis ...*" (tab. Herc. N° 60).

Il est par conséquent assez normal que les juristes classiques aient songé à étendre les dispositions de l'édit des édiles aux ventes d'esclaves et de bétail, même si elles n'étaient pas faites *in foro*.

Il est même possible qu'Ulpien, au début du III<sup>e</sup> s., ait connu l'application de l'action *redhibitoria* en matière de ventes immobilières (D. 21.1-49).

Dans le droit de Justinien, l'acheteur peut toujours, dans un court délai après la vente, se plaindre que la chose ne soit pas telle qu'il était en droit de l'espérer, et sans qu'il ait besoin de prouver la mauvaise foi du vendeur.

Justinien a par ailleurs modifié la procédure à suivre pour mettre en oeuvre cette garantie : il n'est plus besoin de recourir à une stipulation de garantie : la garantie ne découle plus d'une stipulation mais du contrat de vente lui-même.

C'est par l'action *empti* que l'acheteur obtint dès lors les résultats que l'on atteignait autrefois au moyen des actions édilitiennes.

L'acheteur, en exerçant l'action *empti* dans les délais autrefois prévus par les édiles, peut obtenir soit la résolution du contrat, soit une réduction du prix : les actions *redhibitoria* et  *quanti minoris* , dont le Digeste parle encore, ne sont plus que des façons d'intenter l'action *empti*.

Enfin Justinien n'a pas aboli le principe classique, que l'acheteur peut réclamer des dommages-intérêts par l'action *empti*, lorsqu'il a été trompé par le vendeur. En prouvant la mauvaise foi du vendeur, l'acheteur fait valoir une garantie qui n'est soumise à aucun délai. Cette garantie, fondée sur le dol, lui procure la réparation la plus complète (sans attendre que le vice ait produit des conséquences dommageables).

La garantie contre les vices était devenue dans le droit de Justinien un effet naturel de la vente : l'acheteur pouvait y renoncer, sans que cela puisse autoriser le vendeur à tromper son partenaire : aucune clause d'exonération de responsabilité ne peut empêcher le vendeur de répondre des vices qu'il a sciemment dissimulés, car on ne peut pas dans un contrat se ménager la faculté de commettre un dol.

## DIVISION 2 : L'OBLIGATION DE L'ACHETEUR

### A/ Que doit l'acheteur ?

Que peut exiger le vendeur en exerçant l'action *venditi* ?

- a) L'acheteur doit payer le prix convenu (*dare pretium*). D'autres prestations peuvent éventuellement s'ajouter au prix : c'est pourquoi l'action *venditi* a une *intentio incerta*.
- b) Si l'acheteur tarde à payer le prix, il est "en demeure", et il en résulte pour lui des obligations supplémentaires; il doit payer les intérêts du prix à partir du jour où la chose lui a été livrée. L'action *venditi* étant une action de bonne foi, le juge accorde les intérêts au vendeur sans qu'il ait besoin d'introduire une demande spéciale à leur sujet.
- c) Si l'acheteur tarde à prendre livraison de la chose, la *mora creditoris* (la demeure du créancier) fait naître à sa charge certaines obligations. Il doit payer au vendeur les frais occasionnés par ce retard : frais de gardiennage.
- d) Enfin le vendeur a droit au remboursement des impenses : non seulement les frais qu'il a exposés pour assurer la conservation de la chose avant la livraison, mais aussi toutes les dépenses que l'acheteur aurait supportées si la chose lui avait déjà été livrée : par exemple frais de funérailles de l'esclave mort après la vente et avant le jour fixé pour la délivrance.

### B/ Quand l'acheteur doit-il payer le prix ?

La question ne présente aucune difficulté si les parties ont fixé un terme pour le paiement : l'acheteur doit payer au jour convenu.

Mais si le contrat ne contient aucune disposition à cet égard, qui, du vendeur ou de l'acheteur, doit exécuter le premier ?

. Principe  
de la simultanéité d'exécution :

En principe, sauf convention contraire, les deux obligations doivent être exécutées simultanément : la vente, contrat synallagmatique, doit s'exécuter "trait pour trait" : c'est ce qu'en droit moderne nous appelons le principe de la simultanéité d'exécution, et nous désignons sous le nom d'*exceptio non adempti contractus* le moyen de défense qu'un contractant peut opposer à l'autre, si celui-ci prétend exiger ce qui lui est dû, sans exécuter lui-même ce qu'il doit. Mais cette terminologie n'est pas romaine : l'expression "*exceptio non adempti contractus*" a été imaginée par les commentateurs au XVI<sup>e</sup> s. (1).

En droit romain on considérait que le demandeur commettait un dol en faisant un procès dans de telles conditions. La prétendue *exceptio non adempti contractus* ne pouvait être autre chose que l'exception *doli*. Dans un contrat de bonne foi, comme est la vente, il est même très probable que pour opposer ce genre de dol, l'acheteur n'avait pas besoin de faire insérer l'exception de dol dans la formule de l'action *venditi*; il pouvait s'en prévaloir comme moyen de défense au fond, amplement justifié par la clause "*ex fide bona*" de cette formule.

. Se fonde en droit romain  
sur la bonne foi :

En droit moderne, nous justifions le principe de simultanéité d'exécution en invoquant la théorie de la cause. Dans les contrats synallagmatiques les obligations de chacun des contractants dépendent l'une de l'autre, l'obligation de l'un a pour cause celle de l'autre.

Les Romains, nous le verrons plus loin, n'ont pas eu nettement conscience du rôle de la cause et de l'interdépendance des obligations dans les contrats synallagmatiques : au lieu de rattacher le principe de la simultanéité d'exécution à la notion de cause, ils y ont vu une conséquence de la bonne foi, un corollaire de ce principe que dans la vente les parties doivent s'abstenir de tout dol.

. Evolution du droit :

C'est d'ailleurs une conséquence qu'ils n'ont pas tout de suite songé à déduire du caractère de bonne foi du contrat. Selon M. Meylan (R.I.D.A., 1948) les Romains ont d'abord connu une vente dans laquelle

---

(1) Thèse CASSIN - Paris 1914.

le l'acheteur acquérait la chose avant de payer le prix : cette conception a exercé une influence pendant longtemps sur la vente consensuelle. Un texte de Varron (R.R. 2.26) nous apprend qu'à la fin de la République il fallait insérer dans le contrat une clause expresse pour empêcher l'acheteur d'exiger livraison alors qu'il n'était pas encore disposé à payer le prix. Cette clause était encore en usage au début de l'Empire : Labéon la connaît (D. 18.1.78.2). Mais le même Labéon était déjà arrivé à cette idée que la bonne foi s'oppose à ce que l'acheteur exige livraison, s'il n'offre pas de payer le prix.

Il envisage (D. 19.1.50) l'hypothèse d'une remise générale de dettes accordée par le législateur : l'acheteur peut invoquer le bienfait de la loi pour se dispenser de payer le prix, s'il a déjà reçu livraison; mais si la chose n'a pas encore été livrée, il serait contraire à la bonne foi de contraindre le vendeur à faire livraison, alors que l'acheteur invoquerait le bénéfice de la loi pour ne pas payer le prix.

Les juriconsultes du II<sup>e</sup> s. (Marcellus, Scaevola) non seulement font triompher le principe que l'acheteur ne peut pas exiger livraison tant qu'il ne paie pas, mais reconnaissent au vendeur un véritable droit de rétention : il peut conserver la chose vendue, en guise de gage, "*quasi pignoris loco*"; tant que l'acheteur n'a pas complètement payé ce qu'il doit (D. 21.1.31.8 et 18.4.22), à moins qu'un terme n'ait été convenu pour le paiement du prix.

Ce principe paraît solidement établi à l'époque classique : l'acheteur doit offrir le prix, pour pouvoir exiger livraison; c'est ce que nos vieux auteurs exprimaient en disant "*emptor venire debet cum sacco*". Cette solution est passée dans l'art. 1612 du Code Civil. Le principe étant ainsi posé, son application peut dans certains cas présenter des difficultés.

• Hypothèses  
dans lesquelles  
le paiement peut être ajourné :

- a) Certains textes de la Compilation affirment que l'acheteur peut exiger livraison, bien qu'il n'ait pas encore payé le prix, et dans des hypothèses où il ne semble pas qu'un terme ait été convenu pour le paiement du prix.

Ces textes parlent d'une "*exceptio mercis non traditae*" : l'acheteur poursuivi en paiement du prix évite condamnation en invoquant, comme moyen de défense, le fait qu'il n'a pas encore reçu livraison. Si ces textes avaient une portée générale, si, dans toutes les ventes, l'acheteur pouvait invoquer ce moyen de défense, que deviendrait le droit de rétention reconnu au vendeur ?



En réalité, l'*exceptio mercis non traditae* ne s'applique que dans des hypothèses particulières : lorsqu'un terme a été prévu, expressément ou tacitement, pour la livraison. Si au jour fixé pour la livraison, le vendeur n'exécute pas et veut malgré tout obtenir paiement, l'acheteur lui oppose victorieusement l'exception tirée du fait que la chose vendue n'a pas été livrée au jour convenu.

Ainsi Julien (D. 19.1.25) envisage le cas d'une vente de vendange sur pied : cette vente comporte en soi un terme : le moment où les raisins seront mûrs. La vendange étant arrivée à maturité, l'acheteur se voit refuser l'accès du vignoble; le vendeur prétend obtenir d'abord le paiement du prix. Julien est d'avis que l'acheteur peut repousser cette prétention en opposant l'*exceptio mercis non traditae*.

- b) D'autre part le droit romain autorise l'acheteur qui a reçu livraison à ajourner le paiement lorsqu'il est sérieusement menacé d'éviction, ou s'il prouve que le vendeur l'a trompé en lui vendant dolosement la chose d'autrui, ou s'il découvre sur la chose une hypothèque consentie antérieurement à la vente.

Papinien, envisageant le cas où l'acheteur est menacé d'éviction (Frag. Vatican 12) dit ceci : "Si un tiers fait un procès à l'acheteur au sujet de la propriété de la chose vendue, alors que le prix n'est pas encore payé, l'acheteur ne peut être contraint à payer le prix, alors même que le vendeur lui offrirait des cautions (fidejusseurs)".

Cette solution était équitable, mais elle pouvait trop facilement donner lieu à des abus : un acheteur, peu pressé de payer le prix, pouvait gagner du temps en se faisant faire un procès de pure chicane par un compère. C'est pourquoi Dioclétien (C.J. 8.44-24) décida en 294 que, malgré la menace d'éviction, le vendeur pouvait exiger le prix, à condition de fournir des cautions qui donnaient à l'acheteur l'assurance d'obtenir l'indemnité résultant de la garantie contre l'éviction (au cas où le procès était sérieux et aboutissait à l'éviction de l'acheteur). Justinien, reproduisant au Digeste le texte de Papinien sus-indiqué, l'a mis en harmonie avec cette législation (D. 18.6.19.1).

### C/ Les risques dans la vente :

La question des risques n'est pas particulière à la vente : on la rencontre dans tous les contrats synallagmatiques. Elle se pose lorsque la chose due péricule dans des conditions qui ne sont pas imputables à celui qui devait la fournir, notamment lorsque la chose péricule par cas fortuit.

La perte fortuite d'une chose d'espèce libre celui qui la doit : son obligation s'éteint parce qu'elle est devenue impossible. L'obligation de l'autre partie, restée possible, est-elle éteinte ?

Si nous considérons que dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties sert de cause à celle de l'autre, l'extinction d'une des obligations doit entraîner l'extinction de l'autre : en bonne logique, le débiteur qui ne peut plus fournir la chose, parce qu'elle est perdue, ne devrait pas pouvoir exiger la contreprestation convenue : ce qui revient à faire supporter la perte, les risques, par le débiteur de la chose qui périt.

C'est bien ce qu'admet d'ordinaire le droit romain (qui justifie cette solution, sans faire intervenir, d'ailleurs, l'idée de cause, mais en invoquant plutôt le caractère de bonne foi du contrat); ainsi en matière de louage : si la chose louée périt par cas fortuit, le bailleur ne peut plus exiger du locataire le paiement du loyer prévu dans le contrat.

. La règle

"res perit emptori" :

Mais en matière de vente il en est tout autrement. Les Institutes de Justinien s'expriment à ce sujet de la façon la plus catégorique (Inst. 3.23.3) : "Une fois que la vente est conclue, la chose est immédiatement aux risques de l'acheteur, encore qu'il n'en ait pas reçu livraison : si l'esclave vendu meurt, ou s'il est blessé, ou si la maison vendue disparaît en tout ou en partie dans un incendie ... le dommage est supporté par l'acheteur qui reste tenu de payer intégralement le prix convenu".

Ainsi l'acheteur reste tenu de payer le prix sans rien recevoir, ou en ne recevant qu'une chose amoindrie : c'est ce qu'exprime la règle "res perit emptori" : l'acheteur supporte les risques.

Cette solution est passée dans notre droit français (art. 1138 CC). Mais elle s'y justifie bien plus aisément qu'en droit romain : dans notre droit, en effet, la vente opère immédiatement transfert de la propriété; il est normal que l'acheteur, devenu propriétaire depuis le jour du contrat, subisse la perte, conformément à la règle "casum sentit dominus".

Par contre en droit romain, tant que la livraison n'est pas effectuée, l'acheteur est simplement créancier de la chose; or, contrairement à ce qui se passe ordinairement dans les contrats synallagmatiques, l'acheteur, créancier de la chose, en supporte la perte : en matière de vente, "res perit creditor". C'est une solution tout à fait anormale.

Justinien s'efforce de la justifier en faisant remarquer que l'acheteur doit supporter la perte, parce qu'il profite des gains à partir du jour du contrat. Cette justification est insuffisante car l'espoir de profiter d'accroissements éventuels est loin de compenser le risque de tout perdre.

On peut invoquer un autre argument : en cas de perte fortuite, l'acheteur peut encore exiger du vendeur qu'il lui livre les débris matériels et juridiques, comme par exemple les actions contre les tiers qui ont détruit la chose vendue, mais il faut convenir que c'est une maigre consolation pour l'acheteur qui reste obligé de payer le prix intégralement.

• Conditions d'application :

Ce qui rend supportable cette règle singulière, c'est qu'en réalité elle trouve assez rarement à s'appliquer. Pour que la chose soit aux risques de l'acheteur, il faut en effet que beaucoup de conditions soient remplies :

- 1) Il faut que la vente soit conclue définitivement. Dans le droit de Justinien, si les parties décident de faire un acte écrit, la vente n'est définitive qu'à partir du moment où l'écrit est "parfait".

Ou bien encore si l'on a introduit une condition suspensive dans le contrat, la vente ne devient définitive qu'à l'arrivée de la condition : si entre temps la chose périt, la vente ne peut plus se former, faute d'objet; il n'y a donc pas de vente, pas d'acheteur. Ceci n'est d'ailleurs exact qu'en cas de perte totale, mais l'acheteur supporte les risques de perte partielle (1).

- 2) Si la vente a pour objet une chose de genre, la perte de cette chose ne libère pas le vendeur, selon la règle "*genera non pereunt*" : l'acheteur ne commence à supporter les risques qu'à partir du moment où la quantité qui lui est vendue est devenue distincte de la masse, par un procédé d'individualisation, variable selon les choses envisagées, et que les textes considèrent comme équivalent à une tradition de la chose. Ainsi, en cas de vente de bois de construction, les risques ne sont pas pour l'acheteur dès le jour du contrat, mais à partir du moment où il a mis sa marque sur les poutres qu'il a ache-

---

(1) Les glossateurs formulent ainsi cette règle "*periculum deteriorationis pro emptore, periculum interitus pro venditore*". Sans formuler un adage aussi lapidaire, PAUL exprimait déjà cette idée (D. 18.6-8 pv).

tées (PAUL : D, 28.6-15.1). Papinien (Frag. Vatican 16) opine dans le même sens, envisageant le cas où le vin vendu a aigri : "si l'on a vendu mille mesures de vin pour un prix déterminé, sans qu'on ait individualisé ce qui doit être livré, l'acheteur ne supporte aucun risque".

- 3) Pour parler de risques, il faut d'autre part que le vendeur ne soit pas responsable de la perte : si la chose a péri par la faute du vendeur, ce n'est plus la question des risques, mais celle de la responsabilité contractuelle qui se pose.
- 4) De même, si le vendeur est en demeure. Le vendeur qui tarde à livrer répond de tout ce qui peut arriver à la chose, même par cas fortuit.
- 5) Des clauses insérées dans le contrat peuvent modifier le régime des risques en modifiant celui de la responsabilité contractuelle : ainsi le vendeur peut assumer une responsabilité plus étendue que celle de droit commun : on peut convenir qu'il répondra de la *custodia*; il répond alors de certains cas fortuits (comme le vol commis par des tiers) qui ne sont plus aux risques de l'acheteur.
- 6) Enfin la règle "*res perit emptori*" n'est pas de l'essence de la vente : les parties peuvent décider par une clause du contrat que la chose restera, jusqu'à livraison, aux risques du vendeur.

• Cette règle  
est-elle classique ?

En dépit de toutes les conditions auxquelles se trouve soumise son application, la règle qui fait supporter les risques par l'acheteur n'en est pas moins singulière. Nombreux sont actuellement les auteurs qui lui dénie tout caractère classique et prétendent qu'elle aurait été introduite par Justinien, sous l'influence de conceptions helléniques qui prévalaient dans la partie orientale de l'empire romain.

On invoque à l'appui de cette thèse divers arguments. On fait remarquer qu'en droit grec les risques étaient pratiquement pour l'acheteur : la vente grecque (*prasis*) rend l'acheteur propriétaire quand il a payé le prix : c'est un échange d'une chose contre un prix. Si le vendeur ne paye pas immédiatement, il souscrit un engagement (*daneion*) sur la base duquel il obtient le transfert de la chose : cet engagement est "abstrait", l'acheteur doit l'exécuter, quand bien même la chose viendrait à périr.

On prétend que Justinien aurait introduit cette conception grecque dans la Compilation par voie d'interpolation.

D'après cette doctrine, le droit romain classique connaissait un régime diamétralement opposé à celui que fit prévaloir Justinien. A l'époque classique, les risques étaient pour le vendeur, selon le principe ordinaire "*res perit debitori*". On prétend que cette solution est encore visible dans quelques textes du Digeste que les compilateurs auraient oublié d'interpoler.

Nous ne croyons pas que cette doctrine puisse être retenue : les textes de la compilation où l'on trouve des applications de la règle "*res perit emptori*", sont très nombreux : certains d'entre eux présentent peut-être des traces de remaniements qui touchent à la forme, plus qu'au fond (les textes les plus suspects sont : D. 19.5-20.1; 43.24-11.12; 47.2-14 pr); par contre nombreux sont ceux dont l'interpolation ne paraît nullement prouvée (notamment le texte de Labéon, D. 19.1-32.33, qui envisageant le cas où l'esclave est mort avant d'être livré, oblige l'acheteur à rembourser au vendeur les frais de maladie et les frais de funérailles).

Quant aux textes où l'on a cru trouver de prétendues survivances de la règle "*res perit venditori*", ils n'ont rien à voir avec la question des risques, mais concernent des hypothèses où le vendeur est responsable de la perte qu'il a causée par sa faute (D. 18.6-13 : l'édile a fait briser les meubles que le marchand avait installés dans la rue en attendant de les livrer à l'acheteur; D. 12.2.33 : l'immeuble vendu est confisqué avant que l'acheteur soit mis en possession : le vendeur est responsable, car la confiscation est une peine qu'il a encourue pour quelque délit : si l'acheteur devait malgré tout payer le prix, c'est lui qui serait puni !).

Une doctrine plus nuancée a été récemment soutenue par M. Meylan (mél. de Visscher II.1948, p. 193 et IURA 1950 p. 253). Cet auteur pense qu'à l'époque classique la question des risques, tout au moins des risques de perte totale, était régie par la règle de bon sens "*res perit domino*" : la chose était aux risques de son propriétaire.

Pour les *res Mancipi*, l'acheteur supportait les risques de perte totale dès le jour du contrat, parce qu'en général, c'était aussi celui de la mancipation qui transférait à l'acheteur la propriété de la chose.

Pour les *res nec Mancipi*, les risques de perte totale n'étaient à l'acheteur qu'à partir du jour fixé pour le paiement du prix (*dies pretii solvendi*). Ce critère n'apparaît guère dans la compilation, parce que Justinien l'a fait disparaître au profit de la maxime "*res perit emptori*". Mais M. Meylan croit retrouver des traces de ce système dans un texte de Paul (D. 21.2-11 pr) et dans un *responsum* de Papinien (F.Vat. 16).

Ces textes ne nous paraissent pas justifier la thèse de M. Meylan; celui de Paul ne concerne pas la question des risques : il s'agit d'une éviction totale dont le vendeur ne répond pas; éviction provenant du fait du prince, postérieurement à la vente. Le texte de Papinien envisage le cas d'une vente de chose de genre (du vin) : la perte est partielle (le vin s'est gâté) : il est audacieux de tirer de ce texte des déductions pour le cas de perte totale dans toutes les ventes de *res nec mancipi*.

Nous pensons que dans le droit classique, l'acheteur, sauf convention particulière, ou usages propres à certaines ventes, supportait les risques.

Cette règle singulière ne peut s'expliquer que comme la survivance d'une solution qui, dans un état de droit antérieur devait être normale et naturelle.

Girard expliquait l'existence de cette règle, par l'hypothèse d'un contrat de vente qui se serait fait à l'origine au moyen de deux stipulations. La stipulation est un contrat unilatéral et abstrait; si une stipulation cesse d'être valable, faute d'objet, cela n'empêche pas l'autre concernant le prix, de produire tous ses effets.

Cette explication est ingénieuse, mais ne correspond pas aux réalités historiques : on ne connaît pas un seul exemple de vente réalisée par deux stipulations.

Il nous paraît plus vraisemblable d'admettre que les Romains ont conservé dans la vente-contrat consensuel, la solution qui pendant des siècles avait été celle qui s'imposait dans la vente-transfert : quand la vente se faisait par mancipation ou tradition, l'acheteur supportait la perte de la chose, qu'on avait mise entre ses mains. Comme les Romains sont passés directement du système de la vente-transfert à celui de la vente consensuelle, il est assez compréhensible qu'ils y aient transporté la solution déjà connue en matière de risques.

#### D/ Les garanties au profit du vendeur

Le vendeur, créancier du prix, est un créancier digne d'intérêt, car il a fait entrer dans le patrimoine du débiteur un élément nouveau : la chose vendue. C'est pourquoi notre droit actuel met à la disposition du vendeur de nombreuses garanties. Elles viennent du Droit Romain, mais tandis qu'en droit français elles découlent de la loi et profitent à tous les vendeurs, en droit romain, elles étaient souvent conventionnelles : la plupart de ces garanties n'existaient que si le vendeur prenait la précaution de se les faire accorder par l'acheteur.

1) Vente au comptant :

Les principes généraux du droit romain ne donnent de plein droit une garantie au vendeur que dans le cas de vente conclue au comptant, c'est-à-dire, sans laisser à l'acheteur un délai pour s'acquitter. Dans la vente au comptant, le vendeur est muni de deux garanties.

a) L'effet de la tradition  
est suspendu : -----

Si la chose est livrée par tradition, celle-ci n'opère pas tout de suite le transfert de la propriété; l'effet de la tradition est suspendu jusqu'à ce que le vendeur ait obtenu pleine satisfaction. Tant que le prix n'est pas payé, le vendeur conserve la propriété de la chose, même s'il en a fait la délivrance; il peut par conséquent la revendiquer contre quiconque la détient, l'acheteur ou des tiers. On ne peut imaginer plus belle garantie.

Justinien qui, dans ses Institutes (Inst. 2.1.41), expose cette règle, déclare ne pas l'avoir inventée : "elle découle, dit-il, d'une disposition des XII Tables, mais elle est également conforme au *jus gentium*, c'est-à-dire au droit naturel".

Les renseignements que Justinien prétend fournir sur l'ancien droit romain sont toujours sujets à caution : ce qu'il dit ici des XII Tables peut paraître d'autant plus suspect que Gaius (G. 11.20) dans un passage où il s'occupe des effets de la tradition, ne souffle pas un mot de cette disposition des XII Tables.

Que disait exactement cette disposition des XII Tables à laquelle Justinien fait allusion ? La question est très controversée; on a parfois soutenu que Justinien avait appliqué en matière de tradition, une règle des XII Tables concernant l'*actio auctoritatis*. On s'accorde à remarquer que la solution attribuée aux XII Tables est surtout conforme aux usages helléniques qui établissaient en effet un lien entre le paiement du prix et le transfert de la propriété.

Malgré tout, ce que Justinien dit des XII Tables pourrait bien être, dans une grande mesure, exact : sans doute à l'époque ancienne cette règle ne pouvait pas concerner toutes sortes de choses, comme dans le droit de Justinien, mais seulement les *res nec mancipi* qui, seules, pouvaient être aliénées valablement par tradition.

Dans ce domaine limité il est fort possible que le vieux législateur ait déjà songé à protéger le vendeur, en retardant l'effet translatif de la tradition jusqu'au parfait paiement du prix.

Si Gaius n'en parle pas, c'est parce qu'à son époque le droit prétorien avait en fait complètement ruiné la règle des XII Tables. Tant que l'acheteur n'avait pas payé, le vendeur conservait *jure civili*, le *dominium* sur la chose qu'il avait livrée, mais le préteur de son côté reconnaissait à l'acheteur l'"*in bonis habere*". Si le vendeur se permettait d'invoquer la loi des XII Tables et revendiquait la chose, l'acheteur lui opposait l'exception *rei venditae et traditae*, et jamais le préteur n'a subordonné le succès de cette exception au paiement préalable du prix.

Justinien, désireux d'établir conformément au droit grec un lien entre le paiement du prix et le transfert de propriété, a été bien content de pouvoir placer cette solution du *jus gentium* sous l'autorité des XII Tables, dont on avait depuis longtemps perdu la disposition relative à la tradition.

Mais Justinien, tout en posant le principe qu'en cas de vente le transfert de la propriété est subordonné au paiement du prix, s'empresse d'y apporter des dérogations, dont l'une paraît lui enlever toute existence pratique.

Il admet d'abord que l'acheteur acquiert la propriété, avant même de payer le prix, s'il fournit au vendeur une "satisfaction équivalente", c'est-à-dire s'il offre des cautions ou une sureté réelle qui garantissent le paiement du prix : cette solution paraît tenir compte d'une conception admise en "droit vulgaire".

Puis Justinien fait savoir qu'il en sera encore de même si le vendeur "a suivi la foi de son acheteur" : "*fidem emptoris sequi*". Cette disposition a fait le désespoir des commentateurs. Si l'on entend par là faire confiance, ne pas exiger de garanties, le principe posé au début du texte se volatilise : l'acheteur qui n'a pas payé obtient la propriété par tradition : 1. quand il offre des garanties, 2. quand on le dispense d'en donner : autrement dit, dans tous les cas !

Les exégètes, pour donner un sens acceptable au texte des Institutes, ont compris la *fidem sequi* comme visant le cas où des délais ont été consentis à l'acheteur pour payer le prix : le transfert de propriété est subordonné au paiement du prix si la vente est au comptant; il ne l'est pas si la vente est consentie à crédit. Mais cette interprétation est évidemment arbitraire. Il est très possible que l'expression "*fidem sequi*" qui est classique, vise le cas d'une *expromissio*, une stipulation par laquelle l'acheteur, sans adjonction de *cautiones*, a promis de payer le prix. Des juristes classiques ont bien pu trouver là encore un moyen pour exclure la vieille règle des XII Tables (1).

---

(1) FEENSTRA : "*Fidem emptoris sequi*" , Studi Paoli 1955, p. 273.



b) Droit de rétention :

La règle des XII Tables ayant été en fait écartée à l'époque classique, la jurisprudence vint au secours du vendeur non payé en l'autorisant à conserver la chose "en guise de gage" jusqu'à parfait paiement : ce droit de rétention est admis par des jurisconsultes du II<sup>o</sup> s.

Le droit français connaît ce droit de rétention (1622 C.C.), mais rien qui puisse rappeler la règle formulée par Justinien dans ses Institutes.

2) Vente à crédit :

Le vendeur qui accorde des délais à l'acheteur pour s'acquitter, renonce par là-même au droit de rétention. Et d'après l'interprétation que les exégètes ont donné au texte des Institutes, le transfert de la propriété n'est pas subordonné au paiement du prix dans les ventes à crédit. Dans ce genre de vente, le vendeur n'a, en droit romain, que les garanties qu'il a pris la précaution de se faire consentir, soit au moment de la conclusion du contrat, soit en procédant à la tradition.

a) Au moment de la conclusion du contrat, le vendeur peut exiger des suretés personnelles, des cautions qui garantissent le paiement du prix convenu; ou encore introduire dans le contrat une *lex commissoria* qui entraînera la résolution de la vente si l'acheteur n'a pas payé à telle date. En droit français la résolution des contrats pour inexécution est un principe légal (art. 1694 C.C.); en droit romain elle n'existe que si les parties l'ont prévue.

b) En procédant à la délivrance par tradition, le vendeur peut se réserver sur la chose une hypothèque : origine du privilège du vendeur (art. 2102 C.C.) mais en droit romain c'est une hypothèque conventionnelle.

En faisant tradition, le vendeur peut aussi y joindre un pacte par lequel il se réserve la propriété jusqu'à parfait paiement (*pactum reservati dominii*) : c'est une solution qui n'a dû apparaître que tardivement. Par contre, dès l'époque classique, les vendeurs ont pu songer à joindre à la tradition une clause laissant entendre que l'acheteur recevait pour le moment la chose à titre de louage ou de précaire, en attendant que le prix soit payé. Pour reprendre la chose en cas de non paiement, le vendeur n'avait pas besoin de prouver sa propriété : il lui suffisait d'exercer l'action *locati* ou l'interdit *de precario*.

§ 4 - TYPES PARTICULIERS DE VENTES

VENTES SOUS CONDITION RESOLUTOIRE

Dès une époque assez ancienne, la pratique imagina dans l'intérêt du vendeur ou de l'acheteur, des clauses prévoyant la résolution de la vente pour diverses raisons.

A/ In diem addictio :

(attribution dans un certain délai)

La vente est conclue sous cette condition qu'un meilleur prix ne sera pas offert dans un certain délai par un second acheteur : le premier acheteur est en ce cas écarté et la vente est conclue avec le second. Ce type de vente répond au même désir que la vente aux enchères (*auctio*), qui était largement pratiquée non seulement en droit public mais aussi entre particuliers (comme le prouvent les quittances de Pompéi). Dans l'*auctio* il n'y a guère lieu de se préoccuper de la situation juridique des parties pendant le très court laps de temps qui s'écoule entre les enchères des uns et des autres. Dans l'*in diem addictio* au contraire, un temps assez long peut s'écouler entre les offres successives. L'intérêt pratique de ce type de vente est facile à comprendre : à une époque où les vendeurs n'avaient pas à leur disposition des agences immobilières et les petites annonces dans la presse, l'*in diem addictio* leur permettait de ne pas traiter définitivement avec le premier amateur qui se présentait et de se réserver la faculté de vendre dans les meilleures conditions (1).

B/ Pactum displicentiae :

(ou "pacte de déplaisance")

C'est une vente à l'essai. L'acheteur a la faculté de ne pas donner suite au contrat si la chose, dans un certain délai, a cessé de lui plaire. Dès l'époque de Plaute, les esclaves étaient souvent vendus sous cette clause; les édiles s'étaient intéressés à son bon fonctionnement et avaient établi une action *in factum* par laquelle l'acheteur pouvait réclamer restitution du prix en offrant de rendre l'esclave.

C/ La Lex commissoria :

Elle est d'une époque plus tardive : c'est la clause par laquelle le vendeur se réserve le droit de reprendre la chose vendue, si le prix ne lui est pas versé dans un certain délai. En droit romain, la résolution de

---

(1) DE FONTETTE : "Recherches sur l'*in diem addictio*", Studi De Francisci, 1955 III p. 541.

la vente pour non paiement du prix n'existait pas de plein droit : c'était une garantie conventionnelle que le vendeur se réservait au moyen d'un pacte joint au contrat de vente.

D/ Pactum de retro vendendo :

(ou clause de réméré)

Le vendeur se réserve le droit de racheter la chose dans un certain délai, en restituant le prix : cette clause permet au vendeur, si ses affaires s'améliorent, de revenir sur une vente qu'il a conclue, pressé par des besoins d'argent.

#### INTERPRETATION DE CES CLAUSES

Le droit romain est arrivé à valider ces différents types de ventes sans admettre, à proprement parler, la condition résolutoire : celle-ci n'a jamais été rangée par les juristes parmi les modes d'extinction des obligations.

Il y eut d'abord discussion sur le point de savoir si dans toutes ces hypothèses, la vente n'était pas faite sous condition suspensive : ainsi, dans le cas de la *lex commissoria*, on a d'abord soutenu qu'il s'agissait d'une vente conclue sous la condition que le prix sera payé (1). La validité de la condition suspensive ne présentait aucune difficulté; mais avec cette interprétation, la vente n'était définitivement conclue qu'à l'arrivée de la condition : si la chose périssait par cas fortuit avant le paiement du prix, la vente ne se formait pas; les risques étaient ainsi pour le vendeur. Cette clause, insérée dans l'intérêt du vendeur, comme une garantie en cas de non paiement du prix, se retournait contre lui, en cas de perte fortuite.

Julien proposa une autre interprétation : il considère que la *lex commissoria* est un pacte joint à la vente; c'est un pacte de résolution sous condition suspensive. Les parties, par un acte distinct de la vente, un pacte, sont convenues de procéder à la résolution de celle-ci, au cas où le prix ne serait pas payé. Si le prix n'est pas payé, la condition suspensive est réalisée et le pacte entré en vigueur. La validité de ce pacte ne présente aucune difficulté. C'est un pacte adjoint à un contrat consensuel - par conséquent valable, et il est parfaitement correct d'introduire une condition suspensive dans un pacte (2)

(1) Interprétation la plus ancienne, soutenue par SABINUS, et plus tard par POMPONIUS, PAUL D. 18.2.4; 11; 18.6.8 pr. Sur le concept de *melior conditio* dans la jurisprudence, cf. THOMAS : T.R. 1967, pp. 557-572.

(2) La doctrine de JULIEN est suivie par ULPPIEN.

Entre la théorie de la vente sous condition suspensive et celle du pacte de résolution, la jurisprudence classique est restée hésitante. Justinien laisse le choix aux parties - sauf dans le cas du *pactum displicentiae* qui ne peut être qu'un pacte de résolution, à moins que les parties ne manifestent une volonté contraire (I.J. III.23.4).

### EFFETS

Les résultats que nous obtenons de nos jours avec la condition résolutoire, les Romains parvenaient à les atteindre par le détour du pacte de résolution : aussi n'étaient-ils pas tout à fait les mêmes que ceux que notre droit moderne connaît.

#### A/ Pendente conditione :

Dans la conception romaine, la vente accompagnée d'un pacte de résolution n'est pas elle-même conditionnelle : la condition affecte le pacte. Comme le dit très clairement Ulpien (à propos de l'*in diem addictio*) : "*pura est emptio, sed sub conditione resolvitur*" (D. 18.2-2 pr). Tant que la condition n'est pas réalisée, le pacte n'entre pas en action et la vente produit tous ses effets, comme une vente pure et simple. L'acheteur peut recevoir la propriété par tradition, il peut usucaper car la vente existe et constitue une *justa causa*. L'acheteur peut être contraint de payer le prix par l'action *venditi* et la chose est à ses risques dès le jour du contrat.

#### B/ Conditio deficit :

L'événement ne se réalise pas : le pacte est dénué d'effets. La vente devient définitive et se comporte comme si aucune condition n'avait été prévue.

#### C/ Conditio existit :

Le pacte entre en action.

Si la vente n'a encore reçu aucune exécution, le pacte de résolution peut être opposé, comme moyen de défense au fond - *ipso jure* - à celle des parties qui prétendrait obtenir exécution malgré l'arrivée de la condition.

Si la vente a déjà été exécutée, il faut que l'acheteur restitue la chose, et le vendeur le prix. L'acheteur est responsable si la chose est endommagée par sa faute et l'on discutait sur le point de savoir s'il devait rendre également les fruits. Comment pouvait-on exiger ces restitu-

tlons ? Les Proculiens proposaient une action *in factum*; les Sabinien sou-  
tenaient au contraire qu'on pouvait se servir de l'action même du contrat;  
puisque'il s'agit d'un pacte adjoit à un contrat consensuel, le pacte fait  
partie du contrat et doit bénéficier de sa sanction. Justinien, selon les  
cas, prévoit une action *in factum* ou l'action du contrat et plus souvent  
l'action *praescriptis verbis*, parce qu'il voit dans le pacte de résolution  
un contrat innomé.

#### EFFET REEL DE LA CONDITION RESOLUTOIRE

Il est un autre point sur lequel le système romain et le système  
moderne s'opposent plus nettement encore : c'est en ce qui concerne l'effet  
qu'exerce la condition résolutoire sur le transfert de la propriété.

En droit moderne, la condition résolutoire a un effet "réel"; les  
droits réels obtenus en vertu d'un acte affecté d'une condition résolutoire  
s'évanouissent dès que la condition se réalise.

Cette solution présente un grand avantage pratique : en cas de  
résolution de la vente, le vendeur est considéré comme n'ayant jamais alié-  
né la propriété; il peut revendiquer la chose.

Cette solution n'est guère conforme à l'esprit du droit romain  
qui n'admet pas le transfert *ad tempus* de la propriété, en raison du carac-  
tère perpétuel de ce droit.

Le droit romain classique aboutit aux solutions suivantes :

- Les juriconsultes qui considèrent qu'il s'agit d'une vente sous condi-  
tion suspensive, professent que la tradition faite à l'acheteur condition-  
nel ne peut pas le rendre propriétaire, parce que faite sans juste cau-  
se; si la condition ne se réalise pas (par exemple dans le cas de *lex com-  
missoria* si le prix n'est pas payé) l'acheteur n'a jamais été acheteur :  
le vendeur, peut employer l'action *venditi* ou une action *in factum* pour re-  
prendre facilement la chose, mais n'ayant jamais abandonné la propriété,  
il pourrait aussi exercer l'action en revendication.
- Par contre si nous considérons qu'il y a une vente ferme, accompagnée d'un  
pacte de résolution, la tradition faite à l'acheteur l'a rendu propriéta-  
ire ou lui a permis d'usucaper. Si le pacte entre en vigueur il n'en résulte  
pas autre chose qu'une obligation : obligation de restituer la proprié-  
té au vendeur, et que le vendeur met en oeuvre par une action *in factum*  
ou l'*actio venditi*, selon les juriconsultes.

C'est seulement dans le droit de Justinien qu'on a admis l'effet  
réel en matière de donation *sub modo* et *mortis causa*, et avec effet rétro-  
actif (1). Mais ces solutions, très dangereuses pour les tiers qui acquiè-

---

(1) La question est étudiée de façon détaillée dans GIRARD : p. 767 s.

rent d'un propriétaire menacé de résolution, ne sont pas classiques et ont été introduites dans les textes par voie d'interpolation, même dans le cas, souvent discuté, de l'*in diem addictio* (texte de Marcellus cité par Ulpien D. 18.2.4.3) : l'hypothèque consentie par le premier acheteur est éteinte du fait qu'un meilleur acheteur s'est présenté.

## SECTION II : LE LOUAGE (LOCATIO-CONDUCTIO)

Le louage est un contrat consensuel, synallagmatique et de bonne foi dans lequel l'une des parties (*locator*) met à la disposition de l'autre (*conductor*) pour un temps déterminé une chose qui devra lui être restituée à l'expiration du contrat : la partie à laquelle le contrat procure un avantage doit payer à l'autre une rémunération (*merces*).

Le *conductor* n'obtient en principe sur la chose qu'il reçoit ni la propriété ni même la possession, mais une simple détention (1).

La rémunération (*merces* = loyer, salaire) doit être en argent monnayé et le contrat n'est pas conclu, tant que le montant n'en est pas déterminé (Gaius III.142 à 144). Si aucune rémunération n'est prévue, il ne s'agit plus d'un louage, mais d'un autre contrat (commodat, ou mandat). La jurisprudence classique répète au sujet de la *merces* à peu près les principes qu'ils formulent en ce qui concerne le prix dans la vente, mais leur application est plus souple en matière de louage. A l'époque de Caton, la *merces* pouvait être indéterminée et payée en nature : l'exigence d'une *merces "certa"* et en argent provient d'un durcissement du droit réalisé par les juriconsultes. Le colon partiaire (métayer) ne paie pas un loyer en argent mais partage les fruits avec le propriétaire : Gaius (D. 19.2.25.6) est d'avis que ce genre de louage contient "une sorte de société".

### § 1 - UNITE OU TRICHOTOMIE DU LOUAGE

Le louage a été employé en droit romain dans des situations très variées. Il est d'usage de distinguer trois sortes de louages :

---

(1) ULPIEN : D. 19.2.39 : Le transfert de propriété est exceptionnel. Cependant une *mutatio domini* est signalée par ALFENUS VARUS (D. 19.2.31) : transport maritime de choses de genre provenant de plusieurs chargeurs; ceux-ci cessent d'être propriétaires du blé chargé et sont créanciers envers l'armateur d'une certaine quantité : cf. DE ROBERTIS : "*Rapporti di lavoro*", p. 155 et "*LAVORO*" 1963, p. 157.

1/ Le louage de choses  
(locatio rei) :

Le bailleur (*locator*) met pour un temps déterminé une chose (mobilier ou immobilier) à la disposition du preneur (*conductor*) pour qu'il puisse s'en servir : il lui en assure la jouissance pour toute la durée du contrat. En retour le preneur devra lui payer le loyer (*merces*) convenu.

2/ Le louage de services  
(locatio operarum) :

C'est le contrat de travail : un ouvrier (*locator*) met son activité, ses journées de travail, à la disposition d'un employeur (*conductor*) ; celui-ci s'engage à lui payer un salaire (*merces*), d'où le nom de *mercenarius* donné au salarié.

Dans ces deux applications du louage, c'est le *locator* qui reçoit une *merces*, contrepartie de l'avantage qu'obtient le *conductor* du fait qu'il profite de la jouissance de la chose louée, ou de l'activité de l'ouvrier.

3/ Le louage d'ouvrage  
(locatio operis faciendi) :

Une personne, le *locator*, remet une chose à une autre (le *conductor*) pour qu'elle réalise sur cette chose un *opus*, un ouvrage déterminé ; par exemple nettoyer le vêtement qui lui a été confié, faire un vêtement avec l'étoffe qui lui a été apportée. Dans ce type de louage, c'est le *conductor* (et non plus le *locator*) qui a droit à la rémunération (*merces*) en contrepartie de l'avantage qu'il procure au *locator* en lui nettoyant son vêtement ou en lui taillant un vêtement. Les applications de ce louage sont variées : est "*conductor*" l'entrepreneur qui se charge de construire une maison, ou d'exécuter de gros travaux agricoles à forfait. Est encore *conductor* l'armateur qui se charge de transporter des marchandises pour le compte d'un chargeur. La plupart des romanistes pensent actuellement que sous cette dénomination de *locatio-conductio*, il s'agit non pas de trois contrats distincts mais d'applications variées d'un seul et même contrat (1). Il est de fait que les jurisprudences ne paraissent voir aucune différence entre ces trois sortes d'applications et passent de l'un à l'autre avec la plus grande facilité. Dans les trois cas, les mêmes termes techniques sont employés, les mêmes formules d'action sont

---

(1) Félix OLIVIER-MARTIN : R.H.D. 1936, p. 419 s.

proposées, les mêmes éléments constitutifs se retrouvent : une rémunération (*merces*) et un objet du contrat (*res locata*). Mais de sérieuses difficultés commencent à se présenter dès qu'on essaye de définir en quoi consiste la *res locata* dans chaque catégorie de louage.

a) Dans le louage de choses,

Il est aisé de déterminer l'objet du contrat : la chose louée, c'est l'appartement ou le cheval qui ont été mis à la disposition du preneur et que celui-ci devra restituer au bailleur à l'expiration du contrat.

b) Dans le louage de services,

quelle est la *res locata* ?

Les services ? Ces *operae*, ce sont des journées de travail qui ne commencent à avoir une réalité que lorsqu'elles ont été complètement exécutées. Ce sont des choses futures. On peut admettre sans trop de difficulté qu'un louage puisse avoir pour objet des choses futures. Mais ce qui est beaucoup plus embarrassant c'est de savoir ce que, dans ce genre de louage, le *conductor* (l'employeur) devra restituer à l'expiration du contrat. Il doit restituer la *res locata*; si nous considérons que la *res locata* ce sont des journées de travail, toute idée de restitution est absurde (1). Il semble donc que le contrat de louage ne puisse en aucune façon servir de cadre juridique au contrat de travail. C'est cependant ce qu'en a fait le droit romain. Cette anomalie peut, historiquement, s'expliquer. Les romains ont d'abord connu le cas du maître qui pour tirer argent de l'activité de son esclave le donnait en louage à une personne qui avait besoin de main-d'oeuvre. Ce n'était pas autre chose qu'une *locatio rei* : la chose louée, c'était l'esclave; à l'expiration du contrat, l'employeur le restituait à son propriétaire.

Le contrat par lequel un maître louait son esclave a servi de modèle au contrat de travail conclu par l'ouvrier homme libre. La situation était cependant assez différente : dans le cas de l'ouvrier libre, le contrat est conclu par le travailleur lui-même, en son nom et pour son propre compte et c'est lui qui a droit au salaire convenu. On est passé facilement d'une situation à l'autre par l'intermédiaire de l'hypothèse de l'esclave qui, lui-même et de sa propre initiative, se mettait à la disposition d'un employeur : le salaire allait au maître, mais pouvait aussi tomber dans le pécule de l'esclave (D. 33.2.2 : *si servus se locaverit*).

---

(1) DESCHAMPS : "Sur l'expression *locare operas*", Mél. Gérardin 1907 p. 163; THELOHAN : "De la *stipulatio operarum*", Etudes Girard 1912.



Caton l'An cien, dans son traité d'agriculture, fait allusion à l'emploi du louage pour embaucher des ouvriers qui semblent bien être des hommes libres (1).

A cette époque, la situation qui résultait de ce genre de louage était analysée dans toute sa brutale réalité : l'objet du louage, la *res locata*, c'est la personne du travailleur. Chez Caton, nous voyons le propriétaire foncier "*conducere operarios*", prendre en location des ouvriers; jamais n'apparaît chez Caton l'expression "louer des services" (*locare operas*) : c'est la personne du travailleur qui est considérée comme l'objet du contrat. A l'époque républicaine, on considère que l'ouvrier libre qui passe avec un employeur un contrat de travail ne loue pas ses services mais "se loue" lui-même; l'expression "*se locare*" est fréquente chez Plaute et figure dans le texte de la loi *Julia* (Coll. 9.2.2) (2).

Cependant ce genre de louage était conclu dans un but précis : ce que le *conductor* désire, c'est l'activité, les *operae* du travailleur; il n'a pas l'intention d'en tirer d'autre avantage que celui-là (3). Il est assez compréhensible que l'on en soit arrivé à dire que l'employeur prenait en louage les *operae*, alors qu'en réalité ce qui était loué, c'était le fournisseur de ces *operae*, le travailleur : on en vint à employer l'expression "*locare operas*". Cette terminologie, en réalité boiteuse, présentait un avantage : c'est en effet un principe en droit romain que la personne de l'homme libre est hors du commerce; elle ne peut pas faire l'objet d'un louage. Aussi par une sorte de pudeur ou de scrupule juridique, les juriconsultes de l'époque impériale évitent d'employer à propos de l'ouvrier homme libre l'expression *se locare* et préfèrent la tournure "*locare operas*", feignant de croire que l'ouvrier ne louait pas sa personne mais ses services.

L'explication que nous proposons arrive à cette conclusion que dans le louage de services il y a bien une *res locata* qui devra être restituée à la fin du contrat. Cette *res* ce ne sont pas les services-les *operae*, mais en réalité le travailleur lui-même : la *locatio operarum*, ce n'est qu'une variété, déguisée, du louage de choses.

- c) Est-il possible  
de faire entrer dans ce même cadre  
le louage d'ouvrage ?

L'identification de la *res locata* est ici discutable. Lorsqu'on confie à un tailleur une pièce d'étoffe pour qu'il fasse un vêtement,

---

(1) MACQUERON : "Travail des hommes libres", Aix-en-Provence, p. 68.

(2) MACQUERON : "Réflexions sur la *locatio operarum*", *RHD* 1959, p. 600 s.

(3) MARINI : "*Mercennarius*", 1968, p. 15 s.

on a souvent prétendu que la *res locata*, c'était la pièce d'étoffe. C'est discutable car le tailleur ne restitue pas cette pièce d'étoffe mais un vêtement. Et le problème est encore plus délicat lorsqu'on demande à un maçon de bâtir une maison : la *res locata* serait d'après beaucoup d'auteurs le terrain et les matériaux mis à la disposition du maçon. Mais ce n'est pas ce que disent les textes : ils parlent de "*locare domum aedificandam*". L'objet du contrat, c'est la maison qu'on va bâtir, une chose future, et c'est la maison bâtie que le maçon remettra au *locator* lorsque le contrat prendra fin. Il en est de même dans le cas du tailleur, du transporteur : l'objet du contrat est bien un *opus*, un ouvrage à faire, le vêtement que confectionnera le tailleur, le transport qu'effectuera l'armateur (1). Cette analyse qui nous paraît exacte permet de faire entrer le louage d'ouvrage dans les cadres de la *locatio-conductio* : en effet elle parvient, sans forcer les réalités auxquelles le louage d'ouvrage correspond, à y retrouver la présence d'une *res locata*, élément caractéristique du louage.

Cependant la *locatio operis faciendi* présente des particularités qui en font un contrat assez différent des deux autres applications du louage :

- α. Dans la *locatio operis faciendi*, comme nous l'avons signalé, ce n'est pas le *locator* qui a droit à une rémunération, mais le *conductor*.
- β. La responsabilité contractuelle du *conductor* (artisan, entrepreneur) paraît être très variable selon le genre d'*opus* envisagé; elle est sans rapport avec celle que l'on admettait dans les deux autres louages.
- γ. La *locatio operis faciendi* du droit privé a été fortement influencée par l'exemple des *locationes* de droit public : l'affaire est souvent conclue aux enchères, le *conductor* est parfois désigné par le mot *redemptor*, terme technique dans les adjudications de travaux publics.

## § 2 - HISTOIRE DU LOUAGE

Dans la Rome primitive, chaque famille avait sa maison et ses terres, il n'était pas question de louer des immeubles. Par contre on louait du bétail : en vertu des XII Tables (Gaius IV.28) celui qui donnait son boeuf en location dans un but pieux pouvait exercer la *pignoris capio* contre le preneur qui ne payait pas le loyer convenu. Mais en dehors de ce cas

---

(1) ALZON : "Réflexions sur l'histoire de la *locatio-conductio*", *RHD*. 1963, p. 18 s.

très particulier on ne voit pas quelle procédure le vieux droit romain aurait pu mettre à la disposition de ceux qui faisaient entre eux une simple convention de louage.

Après la deuxième guerre punique (202 av. J.C.) ce genre d'opération devient fréquent : dans son traité d'agriculture, Caton (censeur en 184) signale l'utilisation du louage dans ses trois applications : louage de choses, d'ouvrage, de services. Or c'est plus tard, au temps de Q. Mucius Scaevola, le consul de 95, qu'est attestée l'existence des actions de bonne foi *locati* et *conducti*. Antérieurement à leur création, comment parvenait-on à procurer au louage la protection du droit ?

L'hypothèse de deux contrats *verbis*, de deux stipulations réciproques, que nous avons signalée à propos de l'origine de la vente, est en ce qui concerne le louage encore moins vérifiée que pour la vente. Il nous paraît plus vraisemblable de supposer à l'origine le recours à un arbitrage (*arbitrium boni viri*), sur le modèle duquel le magistrat a organisé, en dehors du *jus civile*, un *judicium*, d'où est sortie finalement l'action de bonne foi.

Cette évolution, d'après une doctrine assez répandue, se serait réalisée en s'inspirant de l'exemple du droit public. Les marchés de droit public se concluaient sans formalité : l'idée que l'on puisse faire une opération valable sans formalité viendrait du droit public. En ce qui concerne le louage, cette opération n'aurait été d'abord employée qu'en droit public : l'Etat consentait des locations sur des parcelles de terre ou sur le droit de lever les impôts; l'Etat pratiquait la *locatio operarum* lorsqu'il embauchait le petit personnel (appariteurs, licteurs) mis à la disposition des magistrats. L'Etat employait fréquemment la *locatio operis faciendi* pour l'exécution des travaux publics.

Le louage se serait introduit en droit privé en conservant les particularités qu'il avait acquises en fonctionnant d'abord en droit public.

Cette doctrine paraît peu fondée en ce qui concerne le louage de choses ou le louage de services. L'Etat louait des terres, ou le droit de percevoir les impôts : or en droit privé le louage des choses a d'abord concerné, non pas des terres, mais des meubles, du bétail. D'autre part les petits auxiliaires des magistrats, peu nombreux, ne devaient pas attirer l'attention au point d'inciter les particuliers à organiser le contrat de travail à leur exemple. Par contre, il nous paraît difficile de ne pas reconnaître l'influence du droit public sur la *locatio operis faciendi*, telle qu'elle est encore pratiquée au temps de Caton : l'affaire est conclue aux enchères, une sorte de cahier des charges (*lex locationis*) est établie au préalable, cette *lex* peut contenir des dispositions en faveur ou à la charge de tiers, l'entrepreneur est parfois désigné par le terme de *redemptor*. Mais il importe de signaler qu'à côté de *leges locationis* manifestement influencées par la technique du droit public, nous rencontrons chez Caton des louages d'ouvrage qui n'ont rien de commun avec celle-ci : notamment ces

contrats conclus avec un *partiaris*, artisan que l'on paie en lui abandonnant une partie des produits fabriqués (CATO : Agr. 16 et 137) ou avec ce *politor* (ibid. 136) qui nous paraît bien être un moissonneur (cf. VON LÜBTOW : "*Cato's leges*") payé en nature.

Enfin un fait important pour l'histoire du louage ne doit pas être perdu de vue : à l'origine vente et louage sont souvent confondus et sont confondus encore par Caton (la location d'un pré pendant l'hiver devient chez lui vente du fourrage d'hiver, op. cit., chap. 149) (1).

### § 3 - ELEMENTS CONSTITUTIFS

Tout louage doit avoir un objet et comporter une rémunération : le contrat est conclu dès que les parties sont d'accord sur ces deux éléments constitutifs.

#### A/ Objet :

La *locatio rei* peut avoir pour objet un meuble, un immeuble ou même un droit incorporel. La *locatio operarum* a pour objet en réalité la personne du travailleur, mais en vue du travail que le *conductor* attend de lui. Le contrat précise le genre de travail, si le *locator* exerce une activité spécialisée (scribe, peintre, médecin). Si le *locator* est un tâcheron (*operarius, mercennarius*) le contrat n'indique pas le genre d'activité qu'il devra fournir : il peut être employé pour toutes sortes de besognes. Le travailleur accepte de se trouver, pour la durée du contrat, dans une situation comparable à celle d'un esclave de l'employeur; aussi le contrat de louage ne convient-il pas pour des activités considérées comme honorables (2). Sans doute Proculus, en cas de faute professionnelle, commise par un médecin, parle de faire jouer sa responsabilité sur la base du louage (*ex locato*, D. 9.2.7.8). Mais c'est surtout le fait de recevoir un salaire, une *merces*, en vertu d'un contrat de louage, qui paraît être dégradant. Cicéron ("*De officiis*" 1.42.150) considère la *merces* comme le prix de la servitude (*auctoramentum servitutis*). Aussi de plus en plus nombreux sont devenus les travailleurs qui prétendent recevoir non pas un salaire, mais des "honoraires", manifestation de gratitude des personnes auxquelles ils rendent service. Cette rémunération, ils ne la ré-

- 
- (1) ALZON : "Réflexions sur l'histoire de la *locatio*", RHD 1963, soutient que le louage sous ses trois formes, serait sorti de la vente de choses futures. Doctrine trop systématique mais qui part d'une idée juste.
- (2) DE ROBERTIS : "*I rapporti di lavoro*" 1946, p. 138 s.; "*Lavoro e lavoratori*" 1963, p. 63 s. - MACQUERON : "Travail des hommes libres" pp. 170-175.

clament pas au moyen de l'*actio locati*, mais par un recours à la *cognitio extraordinaria* des magistrats : à l'époque d'Ulpien longue est la liste des professions qui bénéficient de ce régime : médecins, professeurs, avocats, nourrices, etc. (D. 50.13.1) (1).

Dans la *locatio operis faciendi*, les parties se mettent d'accord sur l'*opus*, l'ouvrage à réaliser. Le *conductor* qui se charge de le faire ne fournit pas la matière première; s'il la fournit l'opération s'analyse, selon Cassius, comme une vente de la matière accompagnée d'une *locatio operarum*, mais Gaius (III.147) préfère n'y voir qu'une vente du produit fabriqué. Cependant cette analyse est à rejeter dans le cas du maçon qui construit en fournissant les matériaux. Celui qui fait bâtir la maison ne peut pas être acheteur d'une chose qui lui appartient déjà; propriétaire du terrain, il est devenu propriétaire de la maison par accession. En cette hypothèse, le contrat conclu avec le maçon ne peut être qu'une *locatio operarum* (D. 18.1.20 et 19.2.22).

#### B/ La rémunération :

Tout louage repose sur une *merces*. Le montant en est librement fixé par les parties : si elle est exagérée ou trop faible, il en résulte une lésion pour l'une des parties, mais la lésion ne vicie pas le louage, à moins qu'il n'y ait dol ou violence.

Dans la *locatio rei*, s'il s'agit d'une location agricole, le loyer n'est pas nécessairement en argent : il peut être en nature.

En ce qui concerne la *merces* dans la *locatio operarum*, des contrats de travail trouvés en Transylvanie nous donnent une idée des salaires que touchaient les ouvriers qui travaillaient au II<sup>e</sup> s. de notre ère dans les mines d'or : les salaires sont très faibles, mais l'ouvrier est nourri par l'employeur. Le contrat prévoit comme salaire une somme globale pour toute la durée du contrat, mais elle est versée à l'ouvrier par tranches à certaines dates de l'année.

Dans la *locatio operis faciendi*, le *conductor* (artisan, entrepreneur) ne reçoit la totalité de la rémunération convenue que lorsque l'ouvrage complètement terminé est reçu et approuvé par celui qui l'a fait faire; mais une avance peut lui être consentie au moment où il fournit des garanties réelles (table de Pouzzoles : adjudication de travaux publics, fin II<sup>e</sup> s. av. J.C.).

---

(1) BERNARD : "La rémunération des professions libérales en droit romain", 1935.

§ 4 - LES EFFETS DU LOUAGE

Le louage fait naître des obligations à charge de chacune des parties. Pour faire valoir leurs droits en justice, le *locator* dispose de l'*actio locati*, le *conductor* de l'*actio conducti*. Ce sont des actions de bonne foi. Les parties doivent exécuter leurs obligations loyalement et en cas de procès le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

A/ Locatio rei :

Le bailleur doit :

1/ Praestare rem :

Mettre la chose à la disposition du locataire pour qu'il puisse s'en servir.

- 2/ Lui assurer au jour le jour pendant toute la durée du contrat la possibilité de jouir de la chose (*frui licere*) : ce qui peut obliger le bailleur à faire des réparations en vue de rendre la chose utilisable.
- 3/ A l'expiration du contrat, rembourser au locataire les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose.

De son côté, le locataire doit :

- 1/ Payer le loyer aux termes convenus.
- 2/ Se servir de la chose conformément à sa destination naturelle.
- 3/ La restituer à l'expiration du contrat.

Ces obligations sont parfois garanties d'une façon particulière : le bailleur, en cas de location d'une maison ou d'un appartement, exerce un droit de rétention sur le mobilier apporté par le locataire : il peut s'opposer à sa sortie tant que des loyers sont restés dûs. Pour le bailleur d'une terre, ce droit de *perclusio* aurait été bien difficilement exercé; il fallut trouver autre chose. Le bailleur se faisait reconnaître sur le matériel agricole (*invecta illataque*) apporté par le locataire (*colonus*) un droit de gage, un *pignus*, sans en déposséder le *colonus* (qui en avait le plus grand besoin). Cette précaution prise par les bailleurs de terres devint si fréquente que le droit de gage fut sous-entendu

dans tout bail agricole. Dès l'époque républicaine, le droit prétorien précisa sa mise en oeuvre; le bailleur qui n'obtient pas paiement du loyer peut, par un Interdit Salvien, se mettre en possession des *invecta illataque* qui garnissent la ferme. Si ce matériel agricole en est sorti le bailleur conserve sur lui un droit de suite, au moyen de l'action servienne.

Ce cas particulier du *pignus* sans dépossession, reconnu au bailleur d'une terre, est à l'origine de l'hypothèque romaine et l'action hypothécaire a d'abord porté le nom d'action quasi servienne.

Dans le louage, les obligations réciproques des parties sont étroitement liées entre elles : l'obligation de payer le loyer, bien qu'exécutée à termes fixes, est successive, naît au jour le jour parce qu'elle est la contrepartie du droit à la jouissance de la chose, qui est un droit successif. Il en résulte qu'en cas de destruction fortuite de la chose louée, l'obligation du bailleur s'éteint, faute d'objet, mais les loyers cessent d'être dûs à partir du jour où la jouissance a elle-même cessé. Les risques sont par conséquent supportés par le *locator*, le bailleur, qui, ayant perdu sa chose par cas fortuit, perd en même temps le droit aux loyers; contrairement à ce que nous avons vu pour la vente, dans le louage, les risques sont supportés par celui qui doit fournir la chose (*res perit debitori*).

En matière de baux agricoles, cette règle est appliquée avec certaines précautions. Le *colonus* (locataire) doit supporter les risques agricoles normaux, que l'année soit plus ou moins bonne pour la culture, cela ne doit pas modifier le loyer. Mais si des événements anormaux ont fait perdre la récolte (inondation, sécheresse anormale) le *colonus* bénéficie d'une *remissio mercedis*; et si les années suivantes il fait de très bonnes récoltes, il devra payer les loyers dont on lui avait fait grâce et qui étaient restés impayés (1).

Le louage de chose expire à l'arrivée du terme que les parties, ordinairement, ne manquent pas de prévoir dans le contrat : les baux ruraux étaient faits bien souvent pour cinq ans, à l'imitation des *locationes* consenties par les censeurs pour une durée d'un lustre. A l'imitation encore du droit public, ils se prolongent pendant un an, par "tacite reconduction", si les parties ne manifestent pas une volonté contraire.

---

(1) G. LONGO ("*Osservazioni sulla disciplina giustiniana della locatio-conductio*" Studi BIONDI 2 (1965) p. 283 s.) attribue à Justinien cette réglementation qu'inspire un esprit d'équité et de modération et suspecte D. 19.2.15 par 4.6.7 et C.J. 4.65.8.

A la basse époque, les empereurs prirent des mesures anormales qu'explique la crise économique : il fut permis au bailleur de reprendre la chose louée, avant l'expiration du bail, si le juge reconnaît qu'il en a un besoin urgent (C.J. 4.65.3). Plus tard Zénon (h.t. 34) va jusqu'à reconnaître aux deux parties un *jus poenitendi* en leur permettant de renoncer au bail pendant une année, sans avoir à payer de dommages-intérêts.

Le louage de chose ne s'éteint pas par les dires des parties, mais continue à produire ses effets au profit et à la charge de leurs héritiers. Le bailleur, en vendant à un tiers la chose louée, n'éteint pas le bail : le locataire, à la différence d'un usufruitier, n'a aucun droit réel à opposer à l'acquéreur et celui-ci peut l'expulser. Mais le locataire se retourne contre son bailleur, exerce contre lui l'*actio conducti*, pour obtenir réparation du préjudice qu'il subit du fait que la jouissance de la chose ne lui est plus assurée.

Le bailleur qui démolit la maison louée est traité de façon différente selon les raisons qui l'ont incité à prendre cette décision : si la maison tombait en ruine, il doit simplement restituer les loyers perçus d'avance, mais si le bailleur démolit pour réaliser une spéculation, il doit au locataire une réparation complète du préjudice qu'il lui cause (D. 19.2.30 et 35 : selon G. Longo, *op. cit.*, ces solutions seraient dues à Justinien).

#### B/ Locatio operarum :

Bien que le salaire soit payé à des dates convenues, il n'en est pas moins dû au jour le jour en contrepartie des *operae* effectivement fournies : le salaire n'est pas dû pour les journées où l'ouvrier pour une raison quelconque n'a pas travaillé; selon les principes déjà vus, dans le louage les risques sont pour le *locator* : dans le louage de services, ils sont pour l'ouvrier. Mais la jurisprudence, envisageant le problème non plus sous l'angle des risques, mais de la responsabilité contractuelle, était arrivée à une solution plus favorable au travailleur (D. 19.2-38) : il a droit au salaire si la non exécution des *operae* est due à une cause qui ne lui est pas imputable. Mais les contrats de travail de Transylvanie nous montrent que dans la pratique, les employeurs pouvaient expressément écarter cette jurisprudence : en cas de cessation injustifiée du travail, l'ouvrier non seulement perd son salaire, mais doit payer une forte pénalité; il s'engage à fournir des *operae* d'homme valide, autrement dit, s'interdit d'être malade; enfin il est expressément convenu que l'ouvrier n'aura droit à aucun salaire pour les jours où il ne pourra pas travailler à cause de l'inondation de la mine (ce qui est cependant un cas de force majeure qui ne lui est pas imputable).



Le contrat de travail expire à l'arrivée du terme convenu. Il prend fin au décès du travailleur (*locator*) : si les *operae* sont considérées comme objet du contrat, ce sont les *operae* de tel ouvrier et non de ses héritiers. Mais la solution est encore bien plus claire si nous admettons que la *res locata* est en réalité la personne du travailleur : si celui-ci décède, le contrat s'éteint faute d'objet; à partir du jour du décès, les *operae* et le salaire cessent d'être dûs. Le décès de l'employeur (*conductor*) met-il fin au contrat de travail ? En principe non. Les héritiers de l'employeur peuvent exiger les *operae* et doivent payer le salaire. Mais le décès de l'employeur peut parfois rendre impossible l'exécution des *operae* prévues : un magistrat, pour les besoins de sa magistrature, a loué les services d'un *exceptor* (greffier) : ce magistrat décède; les héritiers, qui ne sont pas magistrats, n'ont que faire d'un greffier. Le travailleur se trouve dans l'impossibilité de fournir les *operae*, pour des raisons qui ne lui sont pas imputables. Mais le contrat subsiste, tant et si bien que les héritiers du magistrat devront payer le salaire convenu, si le greffier ne trouve pas à offrir ses services à un autre magistrat (D. 19.2.19.9) (1).

C/ Locatio operis faciendi :

Par ce contrat, le *conductor* (artisan, entrepreneur) prend l'engagement d'exécuter un *opus*, un certain ouvrage. Quand cet *opus* est terminé, la question qui se pose est de savoir s'il a été fait correctement, s'il correspond bien à ce que les parties avaient convenu.

Dans le déroulement de ce contrat un rôle déterminant est joué par cette opération qui porte le nom de *probatio* : la réception et l'approbation de l'ouvrage par le *locator*, qui a commandé l'ouvrage. S'il accorde son approbation, il ne peut plus soulever de contestations relativement à la conformité et à la qualité de l'*opus* réalisé. Aussi, pour les travaux publics des précautions étaient-elles prises pour que cette *probatio* ne soit pas donnée à la légère par les magistrats ou avec leur complicité (cf. table de Pouzzoles FIRA III N° 153, lignes 6 à 11). Caton propose pour les contrats d'entreprises des formulaires qui accordent au *locator* un pouvoir souverain d'appréciation : l'ouvrage sera approuvé "*arbitratu domini*". Cette clause était encore en usage sous l'Empire; mais les jurisconsultes l'interprètent comme l'équivalent de la clause *boni viri arbitratu* (Paul D. 19.2.24) (2) : la bonne foi qui inspire tout le contrat exige que l'on apprécie son exécution comme le ferait un honnête homme. Ordinairement le contrat prévoit un délai dans lequel l'*opus* de-

---

(1) LALAZZOLO : S.D.H.I. 1964, p. 284 s., contrairement à PROVERA, explique cette solution par les règles qui concernent la responsabilité contractuelle et non les risques.

(2) MACQUERON : "Travail des hommes libres", p. 98.

vra être terminé : une stipulation de peine peut obliger l'entrepreneur à payer une indemnité en cas de retard (D. 45.1.72).

Le contrat de louage, utilisé comme cadre du contrat de transport maritime produit des effets particuliers : il existe un droit maritime romain qui s'est établi en faisant largement appel à des usages depuis longtemps adoptés par les peuples marins de la Méditerranée orientale; ces usages avaient été particulièrement mis au point à Rhodes. Le droit romain se réfère souvent à la *lex Rhodia* et particulièrement en matière d'avarie commune (d'après la *lex Rhodia de jactu*, si le navire n'a pu être sauvé qu'en jetant à la mer une partie de la cargaison, une indemnité sera allouée aux propriétaires de marchandises perdues, en répartissant équitablement cette charge entre l'armateur (dont le navire a été ainsi sauvé) et les propriétaires des marchandises qui n'ont pas été jetées à la mer.

#### § 5 - LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE EN MATIERE DE LOUAGE

La question se pose principalement pour le *conductor* : s'il ne peut pas restituer la chose en bon état, doit-il des dommages-intérêts au *locator* ? A quelles conditions le tient-on responsable de la perte ou de la détérioration ? Justinien (I.J. 3.24.5), envisageant la *locatio rei*, déclare : "On exige du locataire la garde (*custodia*) qu'un père de famille très diligent apporterait pour la conservation de son propre bien : si le locataire s'est ainsi comporté et si malgré tout la chose louée a péri par cas fortuit, il n'est pas responsable du défaut de restitution".

Le droit de la basse époque s'est beaucoup occupé des problèmes de responsabilité, en faisant intervenir la notion de faute (*culpa*) beaucoup plus que ne l'avaient fait les classiques. Quelle était, à l'époque classique, la responsabilité du *conductor* ? C'est une question très discutée.

Une doctrine, basée sur la critique des textes et la recherche des interpolations, prétend qu'à l'époque classique nombreux étaient les débiteurs auxquels on imposait, sous le nom de *custodia*, une responsabilité très étendue. Responsabilité objective, sans faute, la *custodia* aboutissait à un partage des risques entre le créancier et le débiteur : si le débiteur doit *praestare custodiam* il supporte à peu près tout ce qui peut arriver de fâcheux à la chose due, sauf certains cas de force majeure, comme la foudre et l'incursion des pirates; mais il est responsable notamment si la chose a été enlevée par des voleurs.

Telle serait, selon beaucoup d'auteurs, la situation faite par le droit classique au *conductor* dans toutes les variétés de louages. Des traces de ce système subsistent dans les textes où Justinien a conservé le mot

*custodia*, tout en lui donnant un sens nouveau : celui d'obligation de garde, que le locataire doit exécuter avec la plus grande vigilance (*diligentia*). Les textes qui font reposer la responsabilité du locataire sur la faute (*culpa*) sont interpolés. L'application de la *custodia* objective au louage d'ouvrage est formellement attestée par GaTus (III. 205/206) qui signale le teinturier et le tailleur parmi les débiteurs qui doivent *praestare custodiam* et qui sont, en conséquence, responsables de la disparition de la chose en cas de vol par des tiers.

Cette doctrine qui a encore de nombreux partisans (1) est actuellement assez ébranlée.

Dans le louage de chose, le contrat précisait bien souvent ce qui était permis ou interdit au locataire : genre de culture autorisée, interdiction d'allumer du feu (cf. D. 19.2-25; 11.1) : le locataire est évidemment responsable si, en ne respectant pas ces conventions, il endommage la chose. A défaut de règles conventionnelles particulières, l'activité ou l'abstention qui ont causé le dégât sont volontaires, mais répréhensibles : il répond de son dol ou de sa faute. Le locataire ne doit pas de dommages-intérêts si la chose louée disparaît par cas fortuit, notamment à la suite d'un vol, à moins qu'on ne puisse lui reprocher d'avoir été complice (D. 19.2-9.4) ou au moins fautif (D. 47.2-14.12).

Dans la *locatio operarum*, le système de la *custodia* objective devrait aboutir à rendre l'employeur automatiquement responsable de tous les accidents du travail survenus à l'ouvrier : solution qui n'apparaît dans aucun texte.

Dans la *locatio operis faciendi*, la responsabilité objective, dite de la *custodia*, a été indubitablement imposée par le droit classique à certains *conductores*, mais il faut se garder d'en faire une règle générale. Nous savons par GaTus que dans le cas du teinturier et du tailleur, la *locatio operis faciendi* obligeait le *conductor* à *praestare custodiam* : régime particulier que justifient les conditions dans lesquelles ces artisans travaillaient, installés dans la rue, ce qui facilitait le vol des vêtements et étoffes qu'on leur confiait.

Il est assez naturel que le gardien salarié réponde de la *custodia*, puisqu'il est payé pour cela (D. 19.2.40). Encore faut-il signaler que l'entrepositaire ne répond pas de la *custodia* : l'*horrearius* (qui est un commis de l'entrepôt) en répond, si on le paie pour veiller spécialement sur des objets entreposés (2). La notion de *custodia* d'autre part ne permet pas de résoudre le problème le plus important en matière de louage d'ouvrage, qui est de savoir si le travail a été fait selon les règles de l'art;

---

(1) METRO : "L'obbligazione di custodire" 1966, p. 166-178.

(2) ALZON : "Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain" 1966.

ce n'est plus une question de "garde" mais de faute professionnelle. Or les juristes savaient fort bien faire la distinction entre les dégâts provenant d'un vice de la matière et ceux qui sont imputables à l'*imperitia* de l'artisan (D. 9.2-27.29).

Il peut exister parfois une responsabilité contractuelle à la charge du *locator* : lorsque la chose cause un préjudice au *conductor*. Je prends en location des tonneaux pour y conserver mon vin : ces tonneaux fuient et mon vin se répand. Si le bailleur savait que ses tonneaux étaient en mauvais état, il a commis un dol en les louant et la bonne foi du contrat me permet de lui réclamer réparation du préjudice causé par son dol. Mais quelques juristes sont allés plus loin : que le bailleur ait su ou n'ait pas su, il est responsable : son ignorance ne l'excuse pas (D. 19.1.6.4 et 19.2.19.1).

### SECTION III : LA SOCIÉTÉ

Le contrat de société est un contrat consensuel, du *jus gentium*, de bonne foi, par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun des biens ou leur activité en vue de réaliser des gains et de les partager entre elles.

#### § 1 - ORIGINE

##### A/ La société entre frères :

Le contrat ainsi défini n'existait pas à l'époque ancienne, mais le vieux droit romain connaissait sous le nom de société "*ercto non cito*" (propriété non partagée) une institution d'origine familiale, dont il est question dans les "Nouveaux fragments de Gaius" (III.154 a) découverts en Egypte en 1933.

Lorsque les *heredes sui* ne procédaient pas au partage des biens laissés par leur père, il s'établissait de plein droit entre eux une "société entre frères"; il en résultait un régime bien plus commode que celui qui résulte de l'indivision ordinaire. Dans celle-ci en effet, aucun acte important relatif aux biens indivis ne peut être valablement fait sans le concours de tous les indivisaires. Or Gaius nous apprend qu'avec le régime de la société entre frères, l'un quelconque des cohéritiers pouvait faire valablement tout seul les actes concernant les biens indivis : aliéner la propriété par mancipation, affranchir un esclave. Les autres héritiers, s'ils n'étaient pas d'accord, pouvaient probablement

empêcher l'acte d'être accompli en s'y opposant, le régime est comparable à ce qu'était, en droit public, celui de la collégialité : un consul peut faire seul un acte tant que son collègue n'oppose pas son *intercessio*.

Primitivement, alors que la famille était un groupe très cohérent, il est possible que la société entre frères était faite pour durer indéfiniment. Mais un esprit plus individualiste se manifeste déjà dans la loi des XII Tables : non contente d'établir le partage de plein droit des créances et des dettes (solution attribuée aux XII Tables par les constitutions de Gordien et de Dioclétien : C.J. 3.36.6 et 2.3.26), la vieille loi, selon Gaius (D. 10.2.1 pr) a établi le principe que "nul n'est contraint à l'indivision", en créant l'action *familiae exerciscundae*, par laquelle tout héritier peut provoquer le partage judiciaire.

Mais à l'époque des XII Tables, la société *ercto non cito* est devenue plus fragile, le régime qui en résultait a été étendu en dehors de la famille, en raison des avantages qu'il présentait. Les nouveaux fragments de Gaius nous font savoir en effet ceci : des personnes qui n'étaient pas cohéritières et n'avaient aucun lien de parenté pouvaient établir entre elles une société limitée de celle qui existait entre frères cohéritiers, "*coepa legis actione*", c'est-à-dire en accomplissant devant le magistrat les formalités d'une action de la loi. Elles demandaient au magistrat d'exercer sa juridiction gracieuse, en accomplissant les formalités d'un procès fictif, dont le résultat était de les placer fictivement dans la situation de frères cohéritiers restés dans l'indivision.

Cette société *ercto non cito* est très différente du contrat classique de société :

1. Gaius précise que cette antique société est "particulière aux citoyens romains"; tandis que le contrat de société est du "*jus gentium*".
2. Cette antique société est une institution familiale; prévue pour les frères cohéritiers, on l'a étendue à d'autres personnes, mais celles-ci se mettent fictivement dans la situation de frères. Le contrat de société n'a pas pour but de faciliter la gestion d'un patrimoine familial, mais de faire des affaires.
3. La société entre frères ne nécessite aucun accord entre eux, résulte du fait qu'ils n'ont pas procédé au partage : c'est un régime particulier d'indivision entre cohéritiers, qui peut d'ailleurs être fictivement étendu à d'autres personnes. Le contrat de société n'a rien à voir avec l'indivision et nécessite le consentement des associés pour se former.

Il résulte de ces constatations que la société *ercto non cito* ne peut pas se trouver à l'origine du contrat de société : tout au plus a-t-elle exercé sur lui une certaine influence : par là s'explique peut-

être la place qu'occupent dans le contrat de société la confiance réciproque entre associés et l'amitié qu'elle suppose ou doit établir entre eux.

B/ Premières manifestations  
du contrat de société : :

Quand voit-on apparaître à Rome un type de société qui soit :

- 1° une institution du *jus gentium* accessible aux étrangers,
- 2° reposant sur le seul accord des associés,
- 3° en vue de réaliser et partager des gains ?

Les sociétés de publicains présentent bien ces caractères, mais par ailleurs beaucoup de particularités qui tiennent au fait qu'elles travaillent avec l'Etat (1). Elles appartiennent dans une certaine mesure au droit public et l'on ne peut pas les considérer comme le modèle sur lequel se serait modelé le contrat de société, de droit privé.

Par contre ce type de société apparaît dès le deuxième siècle av. J.C., chez Caton ("*De Agr.*" 144) qui fait allusion à des sociétés établies entre des entrepreneurs, qui se chargent d'exécuter, à forfait, de gros travaux agricoles. A l'époque de Q. Mucius Scaevola l'*actio pro socio*, civile et de bonne foi, existe déjà : la société est dès cette époque une opération susceptible de faire naître entre parties des obligations officiellement reconnues et sanctionnées par le droit. Lorsqu'apparut la notion de contrat, la *societas* fut, sans hésitation, rangée parmi les contrats *consensu* (Gaius III.135).

---

(1) L'existence de sociétés de Publicains n'est pas douteuse dès le II<sup>e</sup> s. av. J.C. Ces grandes sociétés financières avaient besoin de capitaux considérables et ne faisaient pas fi de ceux que les pérégrins leur apportaient. Leur but était bien de réaliser des bénéfices en traitant avec l'Etat (notamment pour la ferme des impôts). Mais leur organisation, très perfectionnée, est très différente de celle des sociétés de pur droit privé : d'abord elles jouissent de la personnalité morale, d'autre part elles ressemblent à nos actuelles sociétés par actions : elles mettent en circulation des *partes* (= des actions) que les particuliers pouvaient acheter et vendre à des prix très variables selon la situation plus ou moins florissante de la société. Celle-ci était dirigée par le *corpus publicanorum*, sorte de Conseil d'Administration.

## § 2 - ELEMENTS CONSTITUTIFS

### A/ Consensus :

Il suffit que les parties manifestent leur volonté d'être associées pour que le contrat se forme : c'est un contrat "consensuel". Mais cette volonté est indispensable : en cela la société se distingue de l'indivision qui résulte du seul fait qu'il n'y a pas eu de partage.

D'autre part, il ne s'agit pas en matière de société d'une volonté quelconque : elle comporte une intention précise, *affectio societatis*, l'intention d'avoir pour associé telle personne. Le contrat de société se conclut "*intuitu personae*" : Il suppose entre associés des liens d'amitié, une grande confiance : considérations étrangères à nos actuelles sociétés commerciales, et qui pourraient bien être en droit romain un legs de l'antique société entre frères.

Cette *affectio societatis* doit exister de façon permanente : la société cesse d'exister chez l'un des associés : le changement de volonté d'un seul suffit pour mettre fin au contrat (1).

### B/ Les apports :

Toute société implique des apports (2). Selon le genre d'apport on peut distinguer divers types de sociétés.

#### 1. *Societas omnium bonorum*

Société universelle. Les associés conviennent de mettre en commun tous leurs biens, présents et à venir. Le but d'une telle société est moins de faire des affaires que d'établir une communauté ordinairement familiale. Les jurisconsultes signalent des cas de sociétés universelles convenues entre époux (SCAEVOLA, D. 34.1-16.3). Ce genre de société rappelle l'antique société entre frères, mais à la différence de cette dernière, elle est volontaire. C'est ce type de société

- 
- (1) A comparer avec la conception romaine du mariage qui repose sur une *affectio maritalis* permanente : dès que l'intention d'être uni à tel conjoint disparaît chez l'un des époux, à plus forte raison chez les deux, c'est le divorce.
  - (2) Certains auteurs ont soutenu que dans la coupure du palimpseste de Véronne (GAIUS III.154) Gaius devait parler d'une société-contrat *re*, formée par constitution d'apports. La découverte du "nouveau Gaius" a complètement ruiné cette hypothèse, puisque nous savons maintenant qu'en cet endroit Gaius s'occupait de la vieille société "*ercto non cito*" et non d'une prétendue société "*re contracta*".

té que le prêteur a envisagé lorsqu'il a établi la formule de l'*actio pro socio*, et c'est pourquoi, dans les commentaires de l'édit, cette société occupe la première place.

2. Societas alicujus negotii :

Société pour faire des affaires : le but est de réaliser des gains : c'est une *societas quaestus*. Il peut s'agir d'exploiter un commerce, une banque (société pour faire des prêts : *danista*, cf. FIRA. III *negotia* n° 157). La société peut être établie en vue d'une seule opération : acheter un fonds, élever une statue (D. 17.2-52 pr 17).

3. Société en commandite :

Tandis que l'un des associés apporte des capitaux, l'autre apporte son activité et ses connaissances techniques pour l'exploitation d'un commerce, d'une banque ou d'une industrie ou des talents artistiques d'un esclave acteur. Q. Mucius Scaevola contestait la validité de ce genre de société. Servius Sulpicius l'admet, car "il arrive que le travail fourni vaille de l'argent" (GATUS III.149).

C/ Intérêt commun aux associés :

Le but de la société doit présenter un intérêt patrimonial. Si des personnes qui mettent en commun des biens et leur activité ont en vue un but désintéressé, ce n'est plus une société, mais un *collegium*, une association.

Le *collegium*, en raison même de son caractère désintéressé, suscite la défiance des pouvoirs publics, surtout s'il devient un foyer d'agitation politique. Le vieux droit romain ne mettait aucun empêchement à la création de *collegia*. Jules César qui s'était servi des *collegia* pour arriver au pouvoir, sachant le danger qu'ils présentaient, s'empresse de prononcer leur dissolution, ne conservant que les plus anciens. Sous Auguste, la loi *Julia de collegiis* exige, pour la création d'un *collegium*, une autorisation du sénat et de l'empereur.

Les sociétés à but lucratif, par contre, se contractent librement, sans contrôle de l'Etat.

D/ Caractère licite du but et bonne foi du contrat :

Le but de la société ne doit être contraire ni aux lois ni aux bonnes moeurs : est évidemment nulle la société établie entre des voleurs pour partager le fruit de leurs rapines.



D'autre part c'est un contrat de bonne foi : la répartition des gains et des pertes doit être prévue dans le contrat de façon équitable : c'est en principe un régime d'égalité qui doit régler cette répartition; si cependant les apports sont inégaux, il est équitable de proportionner la part de chacun à ses apports. La société dans laquelle l'un subit les pertes et l'autre se réserve les gains serait une "société léonine" : elle est nulle.

### § 3 - EFFETS DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

Le contrat ne peut produire d'effets qu'entre les associés qui l'ont conclu. En droit romain, la société n'a aucune existence juridique à l'égard des tiers (1). Elle n'a pas la personnalité morale : elle n'est ni propriétaire, ni créancière, ni débitrice. L'associé qui, agissant pour la réalisation du but social, fait des actes juridiques, devient propriétaire, créancier, débiteur. Mais les gains et les pertes doivent être ensuite répartis entre tous les associés; celui qui a agi pour le compte de tous réclame à chacun de lui rembourser sa part contributive des frais et des avances, par contre il doit verser à chacun la part à laquelle il a droit des gains réalisés.

Ces règlements de compte entre associés, s'ils donnent lieu à contestation, donnent lieu à l'exercice de l'action *pro socio*, intentée par un ou plusieurs co-associés. Comme cette action est de bonne foi, le juge a le pouvoir de tenir compte des droits qui résultent du contrat de société pour les uns et les autres et faire compensation : il condamne le défendeur au solde qu'il reste devoir à ses co-associés.

L'action *pro socio* présente des particularités qui s'expliquent par cette idée qu'il doit exister entre associés un esprit de "fraternité" :

- 1°) Elle est infamante : l'associé condamné a gravement manqué à ce devoir de fraternité.
- 2°) Elle peut comporter pour le défendeur le bénéfice de compétence : condamné dans la mesure de ce qu'il est en état de payer, il évite la contrainte par corps. Mais cette faveur est accordée par le magistrat "*cognita causa*" : elle est refusée à l'associé qui a commis un dol.

---

(1) Il y a des exceptions à cette règle : les sociétés de publicains ont la personnalité morale et sont représentés par leurs administrateurs. Les *argentarii* qui exploitent une banque en société bénéficient d'une solidarité active et passive : un des associés engage pour le tout chacun des co-associés et les rend créanciers pour le tout.

Par l'action *pro socio*, les associés peuvent exiger réparation des pertes causées par l'un d'eux. En principe cette responsabilité est, à l'époque classique, limitée au dol : l'associé est condamné s'il a été malhonnête ou volontairement malfaisant; ce qui justifie l'infâmie. Cependant des textes, non suspects d'interpolation, le rendent responsable de l'*imperitia*, de sa faute professionnelle. En effet, dans la société en commandite,  $\frac{1}{2}$  commandité, en guise d'apport, offre ses connaissances techniques et si elles font défaut, il y a eu de sa part une sorte d'escroquerie qui est sévèrement appréciée.

Dans le droit de Justinien, la société ayant pris un aspect moins fraternel et davantage commercial, la responsabilité de l'associé est comprise plus sévèrement : il doit indemniser ses co-associés des pertes qu'il a causées en se montrant moins soigneux pour les choses sociales que pour les siennes propres. Il répond de sa *culpa levis in concreto*.

#### § 4 - EXTINCTION DE LA SOCIÉTÉ

- a) Le contrat de société prend fin par l'arrivée du terme si le contrat l'a prévu; par la réalisation complète du but envisagé dans le contrat, ou si les biens mis en commun n'existent plus : dans ces hypothèses la société n'a plus de raison d'être ou n'a plus les moyens de fonctionner.
- b) Contrat conclu "*intuitu personae*", la société s'éteint au décès d'un des associés.
- c) Contrat basé sur l'*affectio societatis*, un associé peut se retirer s'il ne veut plus être associé. Mais il ne faut pas que cette décision soit dolosive. Gaius III.151 raisonne sur le cas d'une société universelle : une succession va être dévolue à l'un des associés; celui-ci, pour ne pas la partager avec ses co-associés, déclare qu'il se retire : c'est un dol. Toute dissolution provoquée "*dolo malo*" rend celui qui la provoque responsable du préjudice qui en résulte pour les autres associés.

#### SECTION IV : LE MANDAT

Le mandat est un contrat consensuel et de bonne foi, pour lequel une personne (*mandator*), charge une autre (*mandatarius*) de faire gratuitement quelque chose (1).

---

(1) ARANGIO-RUIZ : "*Il Mandato in diritto romano*" 1949 - et cr. de SANFILIPPO. IURA 1950, p. 490.

## § 1 - ORIGINE

A l'époque ancienne les romains n'avaient guère besoin de recourir aux services de personnes étrangères à la famille pour la gestion de leurs affaires : ce qu'ils ne pouvaient pas faire eux-mêmes, ils le faisaient faire par leurs esclaves, leurs fils ou leurs affranchis. Dans les grandes familles romaines, jusqu'à une époque tardive, des esclaves spécialisés s'occupaient d'administrer les biens de leurs maîtres : *servi actores*. A l'époque ancienne, les esclaves les mieux doués étaient affranchis et continuaient à exercer leur activité pour le compte du patron.

Lorsqu'une plus grande indépendance fut reconnue aux affranchis, les affaires devenant d'ailleurs plus compliquées et plus étendues, il fallut souvent faire appel à des personnes étrangères à la famille. A la fin de la République, il y avait à Rome des individus qui faisaient métier de gérer le bien d'autrui : les *Procuratores*.

Nous aurons à parler des *procuratores* quand nous parlerons de la gestion d'affaire. Ce n'est pas de ce côté qu'il faut chercher l'origine du mandat : à l'époque classique les relations entre le *procurator* et son client n'étaient pas envisagées sous l'angle du mandat : c'est seulement à une époque assez tardive qu'on songea à faire un rapprochement entre le *procurator* et le mandataire.

Le mandataire n'est pas un homme qui fait métier de gérer les affaires d'autrui. Il ne reçoit aucun salaire. Le mandataire est un ami qui rend un service gratuit.

Pendant très longtemps le mandat a pu être en usage à Rome, sans être un contrat, sans être sanctionné par le droit : il reposait alors entièrement sur la confiance réciproque et l'honnêteté des parties.

Le premier témoignage que nous ayons d'une action en justice en matière de mandat, concerne des événements qui se situent en 123 av. J.C. Cicéron (*Rhet. ad. Herennium*) raconte qu'à cette date un préteur avait refusé de donner le *judicium mandati* contre les héritiers du mandataire. Cette solution était tout à fait injustifiée : le fait qu'un préteur ait pu commettre une telle erreur laisse à penser qu'à cette date le contrat de mandat n'avait pas encore été défini avec précision par la jurisprudence. De plus le fait qu'un préteur ait pu refuser l'action se comprend plus aisément s'il s'agissait d'une action prétorienne *in factum* que s'il s'était agi d'une action *in jus*. On peut donc supposer qu'en 123 existait en matière de mandat une action prétorienne, de création récente.

L'action *mandati*, civile et de bonne foi ne tarda pas à faire ensuite son apparition. Q. Mucius Scaevola (consul en 95 av. J.C.) la connaissait. Dès cette époque, le mandat fait naître de véritables obligations, reconnues par le *jus civile*.

## § 2 - ELEMENTS ESSENTIELS

Le mandat ne nécessite aucune formalité : Il se forme par le seul accord de volonté des parties. Ce contrat peut se faire par correspondance. Il est possible d'y insérer une modalité : terme ou condition.

L'objet du mandat est un acte que le mandataire s'engage à accomplir. Ce n'est pas, à la différence de ce qui est admis en droit français, nécessairement un acte juridique. En droit romain on peut donner mandat de réparer ou de nettoyer un vêtement : si ce service doit être rendu gratuitement, c'est un mandat. Par contre si ce travail doit être rémunéré, c'est une *locatio operis faciendi* (1).

Le mandat le plus intéressant au point de vue juridique est évidemment celui par lequel on demande au mandataire d'accomplir un acte juridique : acheter, vendre, faire un procès, se porter caution. Les jurisconsultes ont eu souvent recours à l'idée d'un mandat, véritable ou présumé, pour justifier des solutions qu'il était désirable de faire admettre; nous verrons que la cession de créance se réalisait au moyen d'un mandat (*procuratio in rem suam*). Le mandat de prêter de l'argent (*mandatum credendae pecuniae*) est une forme de cautionnement, et c'est encore en invoquant l'idée d'un mandat que la jurisprudence est parvenue à ménager un recours à la caution contre le débiteur principal.

Mais il ne faut pas perdre de vue qu'à l'époque classique le mandat fonctionne sans qu'il y ait une représentation parfaite (ou directe) du mandant par le mandataire : l'acte qu'accomplit le mandataire produit ses effets sur sa propre tête : c'est le mandataire qui devient propriétaire, créancier ou débiteur à la suite des actes qu'il a accomplis en exécution du mandat et les tiers ne connaissent que lui. Des règlements de comptes se font ensuite entre le mandant et le mandataire : le mandant obtient de son mandataire le transfert des choses et des créances acquises pour son compte et rembourse au mandataire ce qu'il a payé pour lui. C'est ce qu'on pourrait appeler une "représentation par cascades successives".

### CONDITIONS DE VALIDITE

1/ L'objet du mandat doit présenter un intérêt  
pour le mandant, ou pour un tiers :-----

C'est ce qui résulte des Institutes de Justinien III.26 pr, texte inspiré de Gaius, mais qui déforme complètement sa pensée.

---

(1) Comme le remarque judicieusement DUMONT ("La gratuité du mandat", Studi Arangio-Ruiz 1952 p. 311) il peut s'agir d'une feinte gratuité : en dissimulant le salaire, les parties parvenaient à transformer un louage d'ouvrage en mandat, ce qui réduisait énormément la responsabilité contractuelle de l'artisan, en cas de perte du vêtement.

Gaius (III.156) procédant à une classification des mandats distingue le mandat *mea, aliena, tua gratia*.

A/ Mea gratia :

Mandat dont l'objet me concerne (moi le mandant) : je vous demande de gérer mes propres affaires (*ut mea negotia geras*) par exemple d'acheter une maison pour moi.

B/ Aliena gratia :

Mandat dont l'objet concerne un tiers : je vous demande de gérer les affaires de Titius (*ut negotia alterius geras*), par exemple d'acheter une maison pour Titius.

Ces deux sortes de mandats sont valables (1). Par contre, nous dit Gaius, le mandat *tua gratia* est nul : c'est un mandat dont l'objet ne concerne que vous, le mandataire : je vous demande de gérer vos propres affaires. C'est superflu, car vous n'avez pas besoin de recevoir un mandat pour administrer vos biens : vous le faites comme bon vous semble.

La jurisprudence avait assoupli dans certains cas la rigueur des principes. D'abord dans le cas du *mandatum credendae pecuniae* : je vous donne mandat de prêter votre argent à Titius, étant bien entendu que si Titius ne vous rembourse pas, je serai responsable, comme mandant, du préjudice que vous aura causé ce mandat. Le *mandator* est une caution, et c'est sur sa garantie qu'est faite l'opération (par exemple le prêt) d'où naîtra l'obligation principale. La validité de ce mode de cautionnement avait d'abord été contestée : les jurisconsultes, à la fin de la République, n'y voyaient qu'un mandat *tua gratia*, radicalement nul. Sabinius le déclara valable, parce que, dit-il, le mandataire n'a consenti le prêt à Titius qu'en considération du recours qu'il pourrait exercer contre le mandant, en cas d'insolvabilité de l'emprunteur.

Une autre entorse fut faite aux principes dans le cas de la *procuratio in rem suam*, qui est un moyen détourné de procéder à une cession de créance. Le cédant donne au cessionnaire mandat d'exiger en justice ce que lui doit le débiteur cédé. Ce mandat d'agir en justice est donné dans l'intérêt du seul mandataire : à tel point qu'après avoir obtenu paiement, il en conserve pour lui tout le bénéfice, sans avoir de comp-

---

(1) La validité du mandat *alterius gratia* peut surprendre : n'est-ce pas un contrat pour autrui ? Cependant si le mandant est un *negotiorum gestor* qui gère les biens de Titius, il peut certainement faire faire un acte de gestion par un mandataire qu'il choisit et qui lui devra des comptes.

tes à rendre au mandant; ce qui est bien naturel, puisque la créance lui a été cédée, mais ce qui est tout de même bien singulier, si l'on songe qu'il s'agit d'un mandat. Le mandataire agit ici "*in rem suam*", pour son propre compte.

Justinien a repris la classification des mandats *mea, aliena, tua gratia*, mais en lui donnant un tout autre sens : Il prend en considération le profit qui résultera de l'exécution du mandat : à qui profite le mandat ? Dans l'intérêt de qui est-il donné ? Comme les intérêts de deux personnes peuvent être envisagés, Justinien invente de nouvelles combinaisons auxquelles Gaius ne pouvait évidemment pas songer : mandat *sua et tua, sua et aliena, tua et aliena gratia* : à la fois dans mon intérêt et le vôtre ou dans mon intérêt et celui d'autrui ou dans votre intérêt et celui d'autrui.

Ainsi lorsque je vous demande de prêter votre argent à Titius, s'il s'agit d'un prêt gratuit, le mandat est *aliena gratia*, dans l'intérêt uniquement de Titius (qui a intérêt à ce qu'un prêt lui soit consenti), mais s'il s'agit d'un prêt à intérêt, le mandat est *tua et aliena gratia* dans votre intérêt à vous mandataire (pour que vous touchiez des intérêts) et dans l'intérêt de Titius. De toutes façons, la difficulté que soulevait la validité du *mandatum credendae pecuniae* est escamotée, les mandats *aliena gratia, tua et aliena gratia* étaient valables.

Justinien n'a pas inventé cette solution : Il l'a trouvée dans les "*Res cottidianae*" (ouvrage tardif, attribué à Gaius) : cf. D. 17.1.2). Le mandat est nul, comme étant dans le seul intérêt du mandataire (*tua tantum gratia*) si je vous donne mandat de prêter votre argent à intérêt, sans vous indiquer à qui : le tiers bénéficiaire restant inconnu, le mandat ne peut pas être considéré comme donné dans l'intérêt d'autrui : c'est un simple conseil que je vous donne, et ce conseil n'engage personne, ni celui qui le reçoit ni celui qui le donne (D. 17.1.6 = l.J. 3.26.6).

2/ Le mandat d'accomplir un acte immoral ou illicite  
est radicalement nul : =====

Si le mandataire subit un dommage du fait de l'exécution d'un tel mandat, aucune action ne lui est accordée contre le mandant, et le mandant ne saurait davantage réclamer du mandataire qu'il lui transmette le produit d'une opération déshonnête.

Si par exemple un individu donne mandat à un autre de commettre un vol, le mandataire ne pourra pas réclamer du mandant réparation du dommage que lui cause l'application des peines prévues contre les voleurs, et le mandant n'a évidemment pas l'action *mandati* pour exiger que le voleur lui cède le produit du vol !

### 3/ Caractère gratuit du mandat et mandat salarié (1) :

Aussi bien par ses origines qu'à cause de l'idée d'amitié qui est sa base, le contrat de mandat s'oppose au louage d'ouvrage.

L'homme libre qui loue ses services fournit des *operae* comparables à celles que l'on pourrait attendre d'un esclave et qui ont une valeur marchande : l'ouvrier a droit à un salaire, prix de son travail. Le mandataire au contraire remplit une mission qu'on ne confierait pas à un esclave : il rend un service d'ami, qui n'est pas appréciable en argent.

Au temps de Cicéron ("*Pro Rosc. Am.*" 38.9.11; "*De officiis*" 1.42.50), ce qui oppose le mandat au louage c'est la nature des services qu'on attend du mandataire : la gratuité du mandat n'est alors qu'une conséquence du caractère des services qui en font l'objet.

Mais avec le développement des affaires, des services qu'on attendait autrefois de ses amis, on en vint à les demander fréquemment à des hommes libres qui faisaient profession de les rendre : ces sortes de mandataires entendaient obtenir une rémunération. Le louage et le mandat risquaient bien, dans la pratique, de ne plus avoir de frontières bien précises. Les jurisconsultes, en hommes de doctrine, désireux de conserver à chaque contrat sa physionomie propre, s'opposèrent à ces menaces de confusion entre le louage et le mandat, en érigeant en principe la gratuité du mandat. A la suite de Javolenus (fin du 1er siècle de notre ère : D. 17.1-36.1) ils soutiennent que le mandat dans lequel on prévoit une rémunération pour le mandataire est nul en tant que mandat, et doit entrer dans une autre catégorie juridique (louage d'ouvrage, ou contrat innomé du type *do ut facias*). Dans cette doctrine classique le mandat se caractérise par sa gratuité et non plus par la nature des services que rend le mandataire : à tel point que selon Gaius (III.162) le même service (raccommoder un vêtement) peut faire l'objet d'un mandat ou d'un louage selon qu'il est rendu gratuitement, ou moyennant un salaire.

Ces efforts doctrinaux ne pouvaient endiguer une évolution irrésistible : en bien des cas il aurait été contraire aux usages reçus et contraire à l'équité d'interdire toute rémunération quand il était au surplus impossible de lui reconnaître le caractère d'un salaire dû en vertu d'un louage d'ouvrage : les jurisconsultes ont imaginé des solutions qui, tout en respectant le principe de la gratuité du mandat, permettaient cependant de rétribuer le mandataire.

---

(1) A. BERNARD : "La rémunération des professions libérales en droit romain" - Paris 1935; DUMONT : "La gratuité du mandat", op. cit. 1952.

La question s'est d'abord posée pour le *procurator* qui se charge, moyennant une rétribution convenue d'avance, d'administrer un patrimoine ou de représenter une personne en justice : de tels services ne pouvaient pas être considérés comme un travail susceptible de faire l'objet d'un louage d'ouvrage. Le *procurator* a d'abord travaillé dans le cadre de la *negotiorum gestio* (1) et la rémunération qu'il recevait ne devait pas soulever de difficultés : celles-ci se manifestèrent lorsqu'on commença à voir dans le *procurator* un mandataire. Papinien fut d'avis de permettre au *procurator* d'obtenir le *salarium* convenu, non pas en exerçant l'action née du mandat, le mandat est en soi gratuit, mais par une procédure administrative, la *cognitio extraordinaria* (D. 17.1.17) : les procureurs impériaux, fonctionnaires de l'Etat, touchaient un *salarium*, sorte de traitement : Papinien a sans doute trouvé équitable de ne pas traiter moins bien les *procuratores* du droit privé, qui travaillaient pour le compte des particuliers.

Ulpien (D. 17.1.6.pr.) précisa la solution proposée par Papinien : la rémunération à laquelle peut prétendre le mandataire prend, sous sa plume, le nom d'*honor remunerandi gratia* : ce n'est pas un salaire, prix des services rendus, mais ce sont des "honoraires", c'est-à-dire un présent destiné à manifester l'estime et la reconnaissance que l'on éprouve envers le gratifié.

Ce genre de rémunération peut être accordé non seulement à des *procuratores*, mais dans diverses hypothèses où il serait choquant de vouloir discerner un louage d'ouvrage : arpenteurs, professeurs de littérature, médecins, nourrices, avocats peuvent recevoir des honoraires (D. 50.13-1) : ils peuvent les réclamer par procédure extraordinaire et le magistrat compétent en fixe lui-même le montant (comme de nos jours les honoraires des auxiliaires de la justice sont "taxés" par le Tribunal) (2).

Enfin une autre façon de tourner le principe de la gratuité consistait, sous couleur de remboursement de frais, à allouer une rémunération au mandataire. Ainsi une personne place un de ses esclaves en apprentissage chez un de ses amis qui est forgeron : aucun salaire n'a été convenu pour paiement de l'apprentissage. Ce n'est donc pas un louage ; c'est un mandat. Mais le forgeron aura droit sur la base même du mandat, non seulement au remboursement des frais d'entretien de l'apprenti, mais à une *merces* pour l'indemniser du temps qu'il a perdu à instruire l'esclave (PAUL : D. 17.1.26.8).

---

(1) Cf. infra, les origines de la *negotiorum gestio*.

(2) Il est très douteux qu'on ait songé à faire entrer ces professions dans le cadre du mandat. Les médecins, qui pour recevoir une rémunération jouissent du système de la *cognitio extraordinaria*, sont à tous autres égards (notamment en cas de faute professionnelle) soumis au régime de la *locatio* (D. 9.2.7.7 : *ex locato ... competere actionem*).



### § 3 - EFFETS DU MANDAT

Le mandat fait naître au profit du mandant le droit d'exiger l'exécution du mandat et de réclamer des comptes. Le mandant peut, à cet effet, exercer contre le mandataire l'action *mandati* : c'est une action civile, de bonne foi, infamante, transmissible. Dans la compilation de Justinien, cette action est qualifiée d'action *mandati directa*.

Le mandat fait naître une autre obligation, en sens inverse, à la charge du mandant; il doit indemniser le mandataire de tous les frais et dommages que l'exécution du mandat a pu lui causer. Dans le droit de Justinien cette obligation est présentée comme n'existant que de façon occasionnelle et elle est sanctionnée par une action distincte, l'action *mandati contraria*, civile et de bonne foi. Ce qui revient à dire que, pour Justinien, le mandat est ce que nous appelons aujourd'hui un contrat synallagmatique imparfait.

En a-t-il toujours été ainsi ? L'existence, dès l'époque classique, de deux actions distinctes en matière de mandat est admise par Lenel, et encore par Arangio-Ruiz. Par contre beaucoup d'auteurs pensent qu'à l'époque classique le mandat était un contrat synallagmatique parfait, d'où découlaient nécessairement des obligations réciproques : ces obligations étaient sanctionnées par une seule et même action, l'action *mandati*, qui pouvait être intentée aussi bien par le mandant contre le mandataire, qu'inversement. Cette doctrine, soutenue par Partsch, Biondo-Blondi, acceptée par Monier, se fonde principalement sur un texte, assez probant, de Gaius (III.155). Reproduisant en partie les termes de la formule de l'action *mandati* ("*quod ... bona fide praestare oportet*"), Gaius les applique aussi bien au cas où l'action est intentée par le mandant qu'au cas inverse : "Lorsque je vous donne mandat de faire quelque chose pour moi ... nous sommes tenus réciproquement l'un envers l'autre à tout ce qu'il convient qu'en bonne foi je réponde envers vous, ou que vous répondiez envers moi".

Qu'il y ait eu une ou deux actions à l'époque classique, le mandat a toujours été susceptible de faire naître des obligations réciproques.

#### A/ Obligation du mandataire :

Le mandataire doit remplir la mission qu'il a acceptée.

Il répond de son dol, c'est-à-dire des actes et des abstentions préjudiciables aux intérêts du mandant, et dont il s'est rendu coupable sciemment et volontairement. Comme il rend gratuitement un service on ne lui en demande pas davantage : à l'époque classique on n'exige pas de lui qu'il fasse preuve d'adresse et de prévoyance : il ne répond pas de sa faute (MODESTIN : "Coll." 10.2.3.).

Justinien s'est montré plus sévère et rendit le mandataire responsable non seulement de son dol, mais aussi de sa faute : il doit se comporter, dans l'exécution du mandat, en homme prévoyant et diligent (D. 50.17.23).

A la fin du mandat, le mandataire doit rendre compte de sa gestion : il doit transmettre au mandant les choses, les droits et les actions qu'il a acquis en exécution du mandat.

#### B/ Obligation du mandant :

Le mandataire ne tire aucun profit de l'opération : mais il est juste qu'il soit entièrement remboursé de tous les frais qu'il a faits et indemnisé de tout le préjudice que le mandat a pu lui causer.

A la fin du mandat, si le mandataire a pris des engagements à l'égard de tiers, le mandant doit le dégager de ces obligations ou lui fournir les moyens de les remplir.

Qu'advient-il si le mandataire a outrepassé ses pouvoirs ?

Chargé par exemple d'acheter tel immeuble pour 100, il l'a payé 150. Le mandataire ne peut évidemment réclamer 150 du mandant, alors que celui-ci lui avait donné mission d'acheter pour 100. Le mandataire peut-il au moins contraindre le mandant à accepter l'opération dans les limites par lui prévues ? Les Sabiniens en pareil cas refusaient complètement l'action *mandati* au mandataire, parce qu'il avait agi "en dehors du mandat". Les Proculiens au contraire considéraient que le mandant devait ratifier l'opération dans la mesure où elle est conforme aux instructions qu'il avait données. Cette solution finit par prévaloir.

Lorsque le mandant ratifie l'activité de son mandataire, il ne peut plus désavouer ce qui a été fait. La ratification ne peut que profiter, et ne doit jamais nuire au mandataire : elle ne peut pas avoir pour effet notamment de l'exposer à l'action *mandati*, qui est infamante, à la place de l'action de gestion d'affaire qui ne l'est pas.

#### § 4 - EXTINCTION DU MANDAT

- a) Le mandat prend normalement fin lorsque le mandataire a terminé sa mission.
- b) Mais le mandat est un contrat basé sur la confiance, un contrat "*intuitu personae*" qui, de ce fait, est fragile. Il prend fin par la mort de l'une ou l'autre des parties. C'est pourquoi on ne peut pas donner au

mandat comme objet un acte qui ne doit être accompli qu'après la mort soit du mandant, soit du mandataire. Le mandat qui doit être exécuté *post mortem mandatarii*, après la mort du mandataire, par ses héritiers, est certainement nul : Gaius l'affirme (III.158). Le mandat *post mortem mandatoris*, c'est-à-dire pour après la mort du mandant, était-il valable ? C'est une question très discutée (1).

- c) Le mandat peut être révoqué par le mandant, et le mandataire peut renoncer au mandat.

Si le mandat s'éteint alors que son exécution n'a pas encore été commencée, il ne produit aucun effet. Mais s'il prend fin par la mort d'une des parties ou par la révocation ou par la renonciation, alors qu'il a déjà reçu un commencement d'exécution, les obligations déjà nées subsistent : l'action *mandati*, relativement aux opérations accomplies du vivant des parties peut être intentée contre leurs héritiers et par leurs héritiers.

La renonciation au mandat, si elle est intempestive et préjudiciable aux intérêts du mandant, rend le mandataire responsable du dommage qu'il cause.

## CHAPITRE QUATRIEME : LES PACTES

### LA NOTION DE PACTE

Le mot *pactum* (qui se rattache au verbe *pacere* et à la forme plus récente *pacisci*) a d'abord servi à désigner des accords conclus entre des personnes déjà juridiquement liées l'une envers l'autre, en vue de rompre

- (1) BONFANTE ("Scrit. Giu." 3.263) considère comme interpolés tous les textes qui admettent la validité du mandat *post mortem mandatoris*. ARANGIO-RUIZ s'est rallié à cette doctrine. Mais en sens contraire : SANFILIPPO dans "Studi Solazzi" 1949 p. 554 et son compte-rendu de l'ouvrage d'ARANGIO-RUIZ dans *IURA* 1950 p. 493. SANFILIPPO soutient la validité du mandant *post mortem mandatoris* sur la base du passage de Gaius III.117 où l'*adstipulator* exécute un mandat donné par un défunt. En réalité ce mandat a été exécuté du vivant du mandant (l'*adstipulatio* a été faite du vivant du stipulant mandant et l'*adstipulator* doit des comptes aux héritiers de son mandant. Que le mandat *post mortem mandatoris* ait été considéré comme valable ou non par les jurisconsultes, ce genre de mandat était connu dans la pratique : nous renvoyons aux documents que nous avons signalés dans notre commentaire du Testament d'Antonius (RHD. 1945, p. 154).

ce lien. C'est en ce sens que la Loi des XII Tables emploie le verbe *pacere* dans une disposition concernant le délit de coups et blessures : la vieille loi dispose que le délinquant doit être exposé au talion, "*ni cum eo pacit*", "à moins qu'il ne fasse un arrangement avec la victime". Le *pactum* c'est l'accord par lequel la victime renonce à son droit de vengeance et fait la "paix", avec le délinquant.

Le *jus civile* a conservé le souvenir de ce genre de pacte : l'action d'injure et l'action *furti* s'éteignent par un simple pacte.

C'est encore le même sens que le préteur donnait au mot *pactum*, dans la célèbre disposition de l'édit "*Pacta conventa servabo*" : "je ferai respecter les pactes conclus entre parties". Par cette disposition, le préteur n'entendait pas sanctionner n'importe quelle convention, mais seulement les accords conclus en vue d'éteindre ou de restreindre les droits dont une des parties se trouvait déjà nantie envers l'autre.

Cette disposition, qui figurait dans l'édit déjà au temps de Cicéron ("*De Officiis*" S.24), concernait le pacte, que l'on connaît à l'époque classique, sous le nom de "*pactum de non petendo*" : c'est une renonciation au droit d'exercer une action.

Le préteur assurait le respect des conventions de ce genre au moyen d'une exception : l'*exceptio pacti conventi*. Si, en dépit du pacte, le créancier poursuivait son débiteur, celui-ci demandait l'insertion de l'exception *pacti* dans la formule : il lui suffisait ensuite de prouver, *in iudicio*, l'existence du pacte pour obtenir son absolution.

Considéré sous cet aspect d'arrangement conclu en vue d'éteindre des droits, le pacte, dès la fin de la République, était valable; en vertu du droit civil (quand il s'agissait d'éteindre certaines obligations délicatues) et dans tous les autres cas, en vertu du droit prétorien, grâce à l'exception *pacti*. Le pacte produisait donc toujours au moins un effet négatif.

Mais la notion de pacte reçut à l'époque classique une plus large extension. Les jurisconsultes considèrent qu'il y a pacte, non seulement en cas de conventions conclues en vue d'éteindre des droits, mais aussi lorsqu'un accord intervient en vue de créer des droits : faire naître une obligation, établir un droit réel. Le pacte peut être une convention dont on attend des effets positifs.

Est-il susceptible de les produire valablement ? En principe non. Les textes classiques répètent que "la propriété se transfère par usucapion ou par tradition et non par un simple pacte" (1). La convention

---

(1) La règle *ex pacto actionem non nasci* était passée en adage, comme l'indique une constitution d'Alexandre Sévère (CJ.2.3-10 : "*quod dici solet ...*". Cette constitution rappelle d'ailleurs que la règle ne concerne que le *pactum nudum* : "*hoc jure utimur cum pactum nudum est*".

qui n'entre pas dans les cadres du droit civil et à laquelle aucun autre élément ne s'ajoute est un *pactum nudum*, un pacte nu, qui en principe est dénué d'effets positifs.

Avec le progrès du droit ce principe reçut de nombreux tempéraments. Si nous laissons de côté les pactes concernant la constitution de droits réels et si nous ne considérons que les pactes destinés à produire des obligations, nous constatons qu'un grand nombre de ceux-ci ont été finalement validés grâce aux efforts conjugués de la jurisprudence, du droit prétorien et de la législation impériale.

Mais pour qu'un pacte puisse produire un effet, négatif ou positif, il est indispensable qu'il remplisse certaines conditions générales.

Le pacte doit être licite. C'est une condition que le préteur n'avait pas manqué de préciser dans son édit : "Je ferai respecter les pactes à condition qu'ils ne soient conclus ni par dol, ni en violation des lois et sénatus-consultes, ni en fraude de ceux-ci".

Le pacte ne doit pas être *contra bonos mores* : contraire à l'ordre public. Sont nuls, comme présentant ce caractère, les pactes qui portent atteinte à la liberté du mariage, ou autorisent une partie à user de dol, ou concernent des successions futures.

## SECTION I : LES PACTES ADJOINTS

Les pactes adjoints sont des pactes ajoutés à un contrat pour en modifier les effets. Les jurisconsultes, interprètes du *jus civile*, ont réussi souvent à valider ces pactes, d'après les principes du *jus civile*, lorsqu'ils peuvent être considérés comme faisant partie d'un contrat (*in esse creduntur*).

La chose n'était évidemment possible que si le pacte n'était pas contraire à la nature du contrat auquel on essayait de l'incorporer.

### ORIGINE

D'après les principes du vieux droit romain, chaque contrat constituait un tout qui se suffisait à lui-même : rien n'y pouvait être ajouté après coup. Les conventions conclues en vue de modifier ou de compléter un contrat n'étaient que des "pactes nus", dépourvus d'effets positifs.

Cependant ces pactes pouvaient, en vertu du droit prétorien, produire un effet négatif : le pacte conclu en vue d'alléger les charges que le contrat imposait au débiteur pouvait être invoqué par celui-ci, en opposant aux prétentions du créancier l'*exceptio pacti*.

Quant aux pactes destinés à augmenter les droits des créanciers, les jurisconsultes cherchèrent dans le droit civil lui-même le moyen de les valider : certains précédents les autorisaient à prétendre que le pacte était inclus dans le contrat et devait ainsi bénéficier de la sanction assurée par l'action du contrat.

Le droit civil avait en effet toujours admis la validité des *leges*, déclarations faites au moment où l'on passe un acte juridique, pour en préciser l'objet; ainsi les *leges mancipi*, clauses jointes à la mancipation en vue de définir l'objet et son statut juridique, étaient d'une validité incontestable, en vertu de la règle "*uti lingua nuncupasset*" ...

A la vérité, ces sortes de *leges* n'étaient pas des pactes : ces déclarations avaient un caractère unilatéral. Mais la jurisprudence fit un rapprochement entre ces déclarations et les conventions ajoutées au contrat par le commun accord des parties.

De cette élaboration doctrinale sortit la théorie subtile des pactes adjoints, qui ne reçut sa forme définitive qu'à la Basse-Epoque.

#### CLASSIFICATION DES PACTES ADJOINTS

- 1°) Il faut distinguer les pactes "*ad augendam obligationem*" (pour augmenter l'obligation) et les pactes "*ad minuendam obligationem*" (pour la diminuer) : autrement dit les pactes dans l'intérêt du créancier et les pactes dans l'intérêt du débiteur : ces derniers, dans la pire des hypothèses, bénéficient toujours au moins d'une sanction prétorienne : l'*exceptio pacti*. Pour sanctionner les autres pactes, il faut une action et il n'est pas toujours possible de l'accorder.
- 2°) Un pacte *in continenti* est celui qui est ajouté au contrat au moment même où il est conclu : ce pacte prend ordinairement la forme d'une clause écrite à la suite du texte du contrat. Le pacte *ex intervallo* est ajouté un certain temps après la conclusion du contrat. Il est plus facile de soutenir que le pacte "fait corps avec le contrat" dans le premier cas que dans le second.
- 3°) Enfin le pacte peut être joint à un contrat de bonne foi ou à un contrat de droit strict. Le contrat de droit strict a des contours précis : il est difficile de les modifier par un pacte.

#### § 1 - PACTES ADJOINTS A DES CONTRATS DE BONNE FOI

A/ *In continenti* : pas de difficultés pour en admettre la validité : ce genre de pacte n'est qu'une clause du contrat.

- a) ad augendam : le créancier peut s'en prévaloir par l'action même du contrat : un contrat de gage est complété d'une cause qui reconnaît au créancier le droit de vendre le gage (*jus distrahendi*) : le créancier usera l'*actio pignoratitia* s'il est gêné par le débiteur dans l'exercice de ce droit.
- b) ad minuendam : le débiteur n'a pas besoin de faire insérer l'*exceptio pacti* dans la formule d'action : poursuivi en justice contrairement au pacte, il peut en invoquer les dispositions comme moyen de défense au fond, à tout moment de la procédure.
- B/ Ex intervallo : on peut difficilement prétendre que le pacte conclu un certain temps après le contrat fait corps avec celui-ci : si les parties veulent modifier le contrat, elles n'ont qu'à l'anéantir et en faire un autre à la place.
- a) Cependant s'il s'agit d'un pacte ad minuendam, le débiteur peut toujours s'en prévaloir au moyen de l'exception *pacti* (PAPINIEN : D. 18.1 72 et Constitution très claire de MAXIMIEN : CJ. 11.3 13, de 236 : "dans les contrats de bonne foi, l'action du contrat ne sanctionne le pacte que s'il est joint *in continenti* : le pacte qu'on a jugé bon d'ajouter par la suite ne fait naître aucune action, mais peut être invoqué par le moyen d'une exception".
- b) Enfin si le pacte est joint à un contrat *consensu*, une interprétation plus favorable peut être admise. Les contrats consensuels présentent en effet cette particularité de se former "*solo consensu*" : ce que le consentement a fait, le simple consentement, le simple pacte suffit à le défaire (D. 50.17-35). Le pacte joint *ex intervallo* à un contrat consensuel peut être considéré comme anéantissant le contrat pour lui en substituer un nouveau (PAUL : D. 18.1-72, note sur Papinien "*nova emptio intercessisse videtur*".

Cette solution n'est possible que si le pacte "rénove" le contrat : il faut en conséquence que le contrat n'ait encore reçu aucun commencement d'exécution (*rebus adhuc integris*); il faut de plus que le pacte modifie un élément essentiel du contrat (par exemple le prix dans la vente); par contre le pacte qui modifie simplement les "*adminicula emptionis*", par exemple la garantie, ne peut pas passer pour rénover la vente.

## § 2 - PACTES ADJOINTS AUX CONTRATS DE DROIT STRICT

Les juriconsultes ont éprouvé beaucoup de difficulté à faire admettre qu'un pacte puisse être considéré comme l'annexe d'un contrat de droit strict. Joint à un contrat de droit strict, le pacte ne peut guère

bénéficiaire que des dispositions générales de l'édit relatif aux pactes : si le pacte est *ad minuendam*, le débiteur pourra s'en prévaloir, en opposant l'*exceptio pacti*.

Mais le pacte *ad augendam* était en principe sans valeur : solution rigoureuse qu'il a été impossible d'amender en ce qui concerne les pactes joints *ex intervallo*. Par contre la jurisprudence est arrivée parfois à faire fléchir les principes, en ce qui concerne les pactes joints *in continenti*, soit au *mutuum*, soit à une stipulation.

a) En matière de *mutuum* :

Les pactes ajoutés au bas d'un acte de prêt ne sont pas tous valables : si la clause concerne l'objet même du contrat, modifie l'étendue de l'obligation, elle est sans valeur. Celui qui a emprunté 100 ne peut pas, par une clause, s'engager à rendre 110. Si le créancier désire toucher des intérêts en plus du capital, il faudra recourir à un contrat *verbis* en bonne forme, à une stipulation d'intérêts. Par contre si le pacte concerne une modalité, on peut le considérer comme incorporé dans la convention de prêt : si par exemple on joint au *mutuum* un pacte *ad minuendam* accordant au débiteur de se libérer par des versements successifs, le créancier commettrait une *plus petitio* en réclamant le remboursement du capital en une seule fois. Le pacte établissant la solidarité entre co-emprunteurs (pacte *ad augendam*) permet au créancier d'agir pour la totalité contre l'un des débiteurs (D. 46-1-71 - itp ?).

b) En matière de stipulation :

Un texte célèbre de Paul (D. 12.1-40 : la loi *lecta*, qui est une *crux juris*) parle d'une affaire qui fut portée devant Papinien, préfet du prétoire. Par stipulation, un débiteur avait promis le remboursement d'un capital à telle date, et en cas de non paiement à cette date des intérêts à 1 % par mois. Puis sous les stipulations, l'acte écrit mentionnait un pacte, accordant au débiteur la faculté de se libérer en 50 versements mensuels de 300 deniers. Le débiteur n'avait rien payé. Si l'on s'en tenait aux stipulations, il devait les intérêts sur l'ensemble du capital à partir du jour du prêt. Par contre Paul soutient que le pacte a transformé le contrat en une stipulation de 50 mensualités et que les intérêts ne sont dûs que pour chacune des mensualités non payées. Le texte attribué à Paul le principe général "le pacte joint *in continenti* à une stipulation est censé en faire partie". Il est peu vraisemblable que Paul ait soutenu pour la stipulation une doctrine qui n'était admise de son temps que pour les contrats de bonne foi. Le texte est très suspect : cf. RICCOBONO : "*Stipulatio et instrumentum*", Z.S.S.43 1922 P.345, et ROUSSIER : "Le pacte adjoint *in continenti* à la stipulation" in "*Studi Betti*" 1962, IV p. 3.



## SECTION II : LES PACTES PRETORIENS

Le préteur a souvent pourvu les pactes d'effets positifs. Nous ne parlerons pas ici des pactes prétoriens générateurs de droits réels (pactes de servitudes, pactes constitutifs d'hypothèques) et n'envisagerons que les pactes susceptibles de faire naître des obligations.

A un certain moment les pactes de ce genre ont dû être fort nombreux : peu à peu leur nombre s'est trouvé réduit, parce que beaucoup de ces pactes ont été érigés à la dignité de contrats. Des opérations comme le dépôt, le commodat ont d'abord été des pactes, sanctionnés par le préteur au moyen d'actions *in factum* avant de devenir des contrats munis d'actions *in jus* et de bonne foi (GATUS IV.47). Les contrats innomés ont été des affaires sanctionnées par le préteur avant de devenir des contrats. Sont restées pactes prétoriens les opérations suivantes :

### § 1 - LE PACTE DE SERMENT

#### Définition :

Deux personnes entre lesquelles s'est élevé un différend peuvent y mettre fin en recourant spontanément à un serment : vous prétendez que je vous dois 10, à mon avis je ne vous dois que 5; mais si vous jurez que je vous dois 10, je ne discuterai plus et vous paierai les 10.

Rien n'obligeait les parties à terminer ainsi leur différend : elles auraient pu faire un procès. Elles ont préféré recourir à cet arrangement amiable : elles ont fait entre elles une convention, un pacte, aux termes duquel elles déclarent s'en remettre au serment.

Le serment, qui est prêté à la suite de ce pacte est volontaire, ou conventionnel. Il faut bien se garder de le confondre avec le serment nécessaire que la procédure romaine prévoit dans certaines actions (comme la *condictio certae pecuniae*) : le serment nécessaire est un procédé admis dans certaines actions pour terminer rapidement le procès : le demandeur a la faculté dans certaines actions de déférer le serment, *in jure*, à son adversaire, qui doit alors jurer ou référer le serment. A la différence du serment nécessaire, le serment volontaire : 1) suppose un accord préalable des parties; 2) peut intervenir dans toutes sortes d'affaires (litiges portant sur des créances ou des droits réels); 3) ne nécessite pas la présence du magistrat; ce serment peut se faire avant tout procès pour l'éviter, ou au cours d'un procès alors qu'il s'agit d'une action qui ne comporte pas l'emploi du serment nécessaire, et c'est alors une façon de terminer rapidement l'affaire; 4) enfin le serment volontaire produit des effets qui sont déterminés par la convention des parties et sanctionnés par le préteur.

Effets :

Quand le serment est prêté à la suite d'un pacte de serment, celui qui l'a déféré est-il obligé de respecter les engagements qu'il a pris ? Il s'est engagé par un simple pacte et l'on sait que "*jure civili*", le simple pacte n'a aucune valeur juridique.

Il a fallu une intervention du préteur pour rendre efficace le pacte de serment : deux sanctions prétoriennes sont mises, selon les cas, à la disposition de celui qui a juré.

1/ Sanction négative :  
*exceptio pacti conventi* :

On emploie cette sanction lorsque le pacte doit produire un effet négatif : une personne s'est engagée à ne plus rien réclamer, si son adversaire jure qu'il ne doit rien. Si cette personne, malgré le serment prêté par l'autre partie, persiste dans sa prétention et exerce une action en justice, son adversaire lui opposera l'exception de pacte.

2/ Sanction positive :  
action *jusjurandi* :

Cette action prétorienne sanctionne le pacte qui produit un effet positif : une personne s'est engagée à donner satisfaction à son adversaire si celui-ci affirme sa prétention sous serment. Si cette personne, malgré le serment prêté par son adversaire, persiste à ne pas payer, on pourra la contraindre à exécuter ce qui était convenu, en exerçant contre elle l'action *jusjurandi* (ou *de jurejurando*) : action prétorienne *in factum*. Cette action ne fait pas disparaître celle qui, normalement, pouvait être exercée pour faire valoir la prétention contestée : celui qui a juré a le choix entre les deux actions.

Ainsi une personne n'arrive pas à se faire restituer une chose dont elle se dit propriétaire. Le possesseur de la chose lui propose cet arrangement : "si vous jurez que vous êtes propriétaire, je vous rends la chose". Le propriétaire jure et n'obtient pas de restitution. Il peut exercer soit la revendication, soit l'action *jusjurandi*. Ou bien, une contestation s'élève à propos d'un prêt : le débiteur propose de faire un pacte de serment ; le créancier jure et n'obtient pas paiement. Il peut agir "*ex mutuo*" (par *condictio*) ou en vertu du serment par l'action *jusjurandi*.

Il est beaucoup plus avantageux d'employer l'action *jusjurandi* : le demandeur n'a pas besoin de prouver l'existence du droit contesté (propriété ou *mutuum* par exemple) : la formule de cette action demande simplement au juge de constater si le demandeur a juré à la suite d'un pacte : "*an ex pacto actor juraverit*"; et cela suffit pour condamner le défendeur. Celui-ci n'a pas la faculté de prétendre que son adversaire a fait un faux serment ; il doit respecter l'arrangement tel qu'il l'a consenti.

Mais comme beaucoup d'actions prétoriennes, l'action *jusjurandi* se prescrit vite : elle est donnée "*intra annum*". Au bout d'un an celui qui a juré ne peut plus exercer l'action *jusjurandi*, mais il peut encore faire valoir l'action qui sanctionne normalement le droit contesté.

### Droit de Justinien :

Les réformes procédurales réalisées par Justinien ont réduit le domaine d'application du pacte de serment. Dans le droit de Justinien, quel que soit l'action que l'on intente, on peut toujours, devant le Tribunal, déférer le serment à son adversaire et celui-ci est alors forcé de jurer ou de référer le serment. Tout serment déféré au cours d'un procès devient, dans le droit de Justinien, un serment nécessaire : le pacte de serment ne peut dès lors être employé qu'avant tout procès, et le serment volontaire qui l'accompagne ne peut plus être qu'un serment extra-judiciaire.

### § 2 - LE CONSTITUT

Le constitut est un pacte par lequel une personne s'engage à payer une dette qui existe déjà, la sienne ou celle d'autrui. Justinien y a vu surtout un mode de cautionnement comparable au cautionnement par stipulation, mais plus commode, parce que non formaliste : ce qui l'amena à modifier profondément l'institution par une constitution de 531 (C. 4.18-2) (cf. ROUSSIER : "Le Constitut" 1958).

#### A/ Origine du droit classique :

C'est à l'origine un pacte qui intervient en matière de prêt d'argent (*mutuum*) et par lequel l'emprunteur prend l'engagement ferme de rembourser à telle date : "*constituere diem*" signifie "fixer une date". Si au jour convenu le débiteur n'a pas payé, l'édit du prêteur prévoit contre lui une action de constitut (*de pecunia constituta*) calquée sur la *condictio* (l'action civile qui existe en cas de *mutuum*), mais plus sévère que celle-ci.

Ainsi validé par le prêteur, le constitut reçut de nombreuses applications :

1) Constitut debiti proprii : constitut de sa propre dette.

a) Façon d'accorder à l'emprunteur un délai de grâce : c'est l'hypothèse envisagée par la "Paraphrase" de Théophile (4.6.68) pour justifier la sévérité de l'action de constitut : le débiteur ne mérite

aucune indulgence s'il manque de parole après avoir obtenu un délai. Cette explication - tardive - ne correspond probablement pas aux raisons qui ont conduit le prêteur à créer l'action de constitut : Roussier (op. cit. p. 43) parle de la "fable racontée par Théophile".

- b) Le constitut a surtout pour fonction de procurer au créancier un droit ferme, difficilement contestable, muni d'une sanction dont la sévérité incite le débiteur à se montrer ponctuel.
- c) Ce peut être aussi une façon de faire bloc de diverses dettes : le paiement de la somme globale est assuré par un constitut.
- d) Le débiteur peut s'engager à payer entre les mains d'un tiers : le caractère classique de ce constitut au profit d'un tiers a été contesté mais il en est déjà question chez Cicéron (cf. ROUSSIER : op. cit. p. 80).

## 2) Constitut debiti alieni :

Le constituant est ici une personne qui s'engage envers le créancier de Titius, à lui payer ce que lui doit celui-ci : il prend ainsi à sa charge la dette de Titius - mais ce peut être aussi une façon de cautionner Titius (D. 13.5.5.3 : caractère classique discuté).

### Conditions de validité =

- 1) A l'origine le constitut ne pouvait avoir pour objet qu'une somme d'argent : mais le mot *pecunia* employé dans l'édit a reçu une interprétation large et peut désigner toutes les choses fongibles qui peuvent faire l'objet d'un *mutuum*.
- 2) Il faut qu'une dette existe et soit valable : par constitut on fixe un jour pour le paiement d'une dette, encore faut-il qu'il y ait une dette ! Le Digeste précise que cette dette peut être pure et simple ou conditionnelle, civile ou même simplement naturelle (les glossateurs ont bâti là-dessus leur théorie des "pactes gémés"; deux pactes successifs font naître une obligation valable; du premier résulte une obligation naturelle (d'après les glossateurs, mais c'est inexact !) et le second est un constitut. En cas de constitut de la dette d'autrui, le constituant peut se prévaloir des moyens de défense et exceptions que le débiteur aurait pu opposer.
- 3) Enfin le constitut doit comporter un terme fixé entre parties pour le paiement.

### Effets :

L'obligation qui découle du constitut est sanctionnée par une action prétorienne, *in factum*, l'action de constitut (*de pecunia constituta*) qui présente les caractéristiques suivantes :

- a) Calquée sur la *condictio certae pecuniae*, elle comporte une pénalité pour le débiteur qui perd le procès : cette pénalité résulte d'une *sponsio* que les plaideurs font au début du procès, devant le magistrat : dans la *condictio* la pénalité était du tiers (*sponsio tertiae partis*); dans l'action de constitut, le prêteur l'a portée à la moitié (*sponsio dimidiae partis*) : autrement dit, si le constituant poursuivi perd le procès, il doit payer 50 % en plus de ce qu'il doit (GAIUS IV.171) : il a le plus grand intérêt à remplir ses engagements et à s'abstenir de chicaner !
- b) Calquée sur la *condictio*, le constitut donne au créancier la faculté de terminer rapidement le procès en déférant le serment au défendeur (serment nécessaire *in jure*, affirmé en matière de constitut par D. 12.2.14). Si le créancier use de cette faculté, il se gardera bien de faire la *sponsio dimidiae partis* car cela l'exposerait à payer 50 % de sa prétention à son adversaire, si celui-ci jure qu'il ne doit rien !
- c) L'action de constitut est annale et intransmissible passivement, comme le serait une action pénale : sans être vraiment pénale, cette action a une certaine coloration pénale.
- d) A l'époque classique, le constitut ne produit pas novation : n'éteint jamais la dette antérieure. Le créancier peut, s'il le préfère, se servir de l'action qui sanctionne la dette antérieure : et c'est elle seule qui subsiste quand s'est écoulé le délai d'un an prévu par l'action prétorienne.

### Droit de Justinien :

Justinien a fait du constitut un procédé commode de cautionnement.

- 1/ Le constitut peut avoir pour objet tout ce qui pourrait faire l'objet d'une stipulation. La constitution de 531 qui supprime l'action *recepticia*, donne au constitut un domaine d'application aussi large que celui qu'avait le *receptum argenterii*. Au Digeste, les textes relatifs à ce *receptum* sont passés au compte du constitut (D. 13.5-12, 26, 27 et 28).

- 2/ La fixation d'un jour pour l'exécution n'est pas indispensable : à défaut de terme prévu dans le pacte, le constituant jouit d'un délai de 10 jours.
- 3/ Les sévérités de l'action de constitut ne se justifient plus lorsqu'il s'agit d'un cautionnement : la pénalité de 50 % disparaît; il semble bien que Justinien ait voulu en faire une action transmissible et perpétuelle (C. ht. 2.1).
- 4/ Le bénéfice de division est étendu aux cautions engagées par constitut (ht. 3).
- 5/ Le constitut (pas plus qu'à l'époque classique) ne produit novation : pour faire novation, il faut une stipulation. Mais dans le système de Justinien, si les parties ont l'intention de nover, il est probable que le constitut éteindra la dette ancienne, par le détour d'une exception de pacte.

### § 3 - LE RECEPTUM

Sous le titre "*De receptis*" le préteur avait réuni dans son édit des dispositions concernant des situations qui, à première vue, ne paraissent avoir entre elles aucun rapport. On y trouve trois sortes de "*recepta*" : celui de l'arbitre, celui des bâtellers, aubergistes et loueurs d'écuries, enfin celui des banquiers.

Ce sont là fonctions et métiers sur lesquels le préteur exerce un contrôle.

Le terme *receptum* désigne probablement un élément commun à ces situations si diverses, mais on est loin d'être d'accord sur cette notion de *recipere*. Pour les uns (Andt) ce serait le fait de recevoir quelque chose (marchandises à transporter, bagages et chevaux des clients) ou une mission (arbitre), tandis que pour d'autres (Ménager), cela signifierait "prendre l'engagement de faire quelque chose", explication qui paraît beaucoup plus acceptable.

#### A/ Receptum arbitri :

Lorsque deux personnes décident de s'en remettre à la décision d'un arbitre qu'elles ont choisi et qui a accepté de remplir cette fonction, différents rapports de droit s'établissent, d'une part entre les parties, et d'autre part entre les parties et l'arbitre.

Entre les parties, il y a un compromis dont il sera question plus loin ("Pacte légitime").

D'autre part, l'arbitre, en acceptant la mission que les parties lui ont demandé de remplir, se trouve obligé envers elles à la mener à bonne fin : à son égard, il y a *receptum* : c'est le *receptum arbitrii*.

Le préteur sanctionnait cette obligation, non au moyen d'une action en justice, mais par voie de contrainte administrative qu'il exerçait sur l'arbitre, en vertu de son *imperium* : le préteur pouvait lui infliger une amende (*multa*), ou procéder à une "prise de gage" sur ses biens.

B/ *Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* :

En vertu des dispositions de l'édit, les bateliers étaient responsables des marchandises chargées sur leur navire, les aubergistes, des bagages apportés par leurs clients dans leur établissement, enfin les loueurs d'écuries, des bêtes que leurs clients logeaient dans leurs écuries.

Dans toutes ces hypothèses, il y a *receptum* : bateliers, aubergistes ont pris l'engagement que les choses de leurs clients seraient conservées en bon état : "*quod saluum fore receperunt*" et cette obligation est sanctionnée au moyen d'une action prétorienne *in factum* : l'action *recepticia*.

On peut se demander pourquoi le préteur s'est soucié d'organiser cette action, alors que les clients pouvaient exercer l'action résultant du contrat de louage. Mais le *receptum* impose aux bateliers, aubergistes et loueurs d'écuries une responsabilité contractuelle bien plus étendue que celle qui résulterait d'un contrat de louage : dans le louage la responsabilité se fonde sur la faute. En matière de *receptum* fonctionne une responsabilité objective, sans faute ("*sine culpa*", dit un texte du Digeste 4.9.3.1) : bateliers, aubergistes, etc. sont, sauf force majeure, responsables de tout ce qui peut arriver aux choses que leurs clients leur remettent : ils répondent non seulement du vol, mais même des dommages (1) commis par des tiers étrangers au navire ou à l'établissement (2).

---

(1) Cela va plus loin que la responsabilité dite de la *custodia*, qui ne semble pas comprendre les dommages causés par des tiers (JULIEN : D. 13.6.19 et 19.2.41).

(2) Ne pas confondre cette responsabilité contractuelle découlant du *receptum* avec la responsabilité quasi-délictuelle que l'édit établit à la charge des bateliers, en cas de vol commis par leurs préposés (esclaves ou libres) : l'action pénale est donnée contre les *exercitores* comme s'ils étaient les auteurs du délit (D. 47.5.1).

Dans la Compilation de Justinien, le contrat qui lie les bateliers, aubergistes etc. à leurs clients paraît bien être un louage : mais le louage aboutit à un système anormal de responsabilité, système établi par le prêteur dans l'intérêt du public, lorsque ce contrat est conclu avec des bateliers, aubergistes, etc., individus suspects, capables de s'entendre avec des voleurs pour dévaliser leurs clients. Ce sont là des explications imaginées par les juristes de la Basse-Epoque qui ne comprenaient plus rien au *receptum* classique. Les recherches entreprises par De Robertis ("*Receptum nautarum*" 1952) puis par Ménager ("*Nautum et receptum*" RHD 1960, 177-213 et 385-411) nous permettent de mieux comprendre ce qu'était le *receptum* dans l'édit du prêteur. Cet édit ne parlait que des *nautae* (bateliers) : l'extension du *receptum* aux aubergistes et loueurs d'écuries s'est faite à une époque plus ou moins tardive. A l'origine, il s'agissait d'un contrat de transport maritime, inspiré de la pratique gréco-orientale, et présentant cette particularité que le transporteur garantissait le chargeur contre tous les risques y compris ceux de la navigation. Validé par le prêteur, ce contrat existait à côté du contrat civil de *locatio*, qui en matière de transport maritime, ne donnait pas au chargeur les mêmes garanties, mais lui coûtait moins cher.

Le fait que l'édit ait employé le mot *nautae* indique qu'il est assez ancien, remonte au temps où le commerce maritime de Rome ne connaissait pas encore de grands navires frétés par de riches *exercitores*. Lorsque ceux-ci sont devenus puissants, ils obtinrent un adoucissement du *receptum*, avec l'exception dite Labéonienne, qui les décharge des risques de la navigation.

#### C/ Receptum argentarii :

C'est un pacte par lequel un banquier (*argentarius*), sur la demande de son client, consent à payer à un tiers une valeur déterminée.

Le *receptum* des banquiers est un mode de cautionnement : une personne qui, pour traiter une affaire, a besoin de crédit, donne la garantie de son banquier. C'est une bonne garantie : le banquier est d'ordinaire un homme connu et solvable.

Comme le constitut *debiti alieni*, le *receptum* est un mode de cautionnement non formaliste : mais il diffère du constitut à bien des égards :

- 1) Le *receptum* est particulier aux banquiers.
- 2) Tandis qu'à l'époque classique le constitut ne peut avoir pour objet qu'une *certa pecunia* (argent ou choses fongibles), on peut garantir par *receptum* les dettes les plus variées : dans l'Antiquité en effet les banquiers faisaient des opérations qui pouvaient porter sur toutes sortes de choses.



- 3) L'engagement du banquier a un caractère abstrait : il vaut par lui-même, indépendamment de l'obligation contractée par son client. Le banquier peut donner sa garantie avant que son client ait contracté la dette; très souvent, c'est la garantie donnée par le banquier qui permet au client de traiter l'affaire qui le rendra débiteur. Que la dette du client soit valable ou non et que ce client ait ou non un dépôt chez le banquier, celui-ci est tenu en vertu du *receptum*. Le banquier se trouvait, avec le *receptum*, dans une situation comparable à celle d'une personne qui, de nos jours, accepte une lettre de change.
- 4) Enfin l'action *recepticia* qui sanctionne le *receptum* ne présente pas les caractéristiques très particulières de l'action de *constitut* ...

C'est, comme l'action de *constitut*, une action prétorienne, *in factum*, mais elle est perpétuelle, transmissible contre les héritiers, ne comporte pas la pénalité de 50 % ni le serment nécessaire.

Une question très discutée est de savoir qui peut intenter contre le banquier l'action *recepticia*. Il ne semble pas que l'action puisse appartenir au tiers créancier, car ce n'est pas avec lui que le banquier a conclu le *receptum*, mais avec son client : c'est donc celui-ci qui doit pouvoir agir en exécution du pacte. Mais si le créancier n'a pas d'action contre la caution, ce cautionnement est illusoire. On peut supposer qu'il y aurait là un engagement par promesse unilatérale du banquier (cf. HILAIRE : RHD 1959), ainsi obligé envers le tiers créancier.

Le *receptum* des banquiers a été supprimé par Justinien : conservant le *constitut*, il a transporté au profit de celui-ci certains avantages que présentait le *receptum* (action perpétuelle, transmissible, possibilité de garantir des dettes portant sur toutes choses):

Justinien (C. 4.18-21) déclare qu'il a aboli le *receptum* des banquiers "à cause de son formalisme archaïque". Cette singulière affirmation a induit en erreur beaucoup de romanistes qui ont cherché quelles pouvaient bien être les "formalités" du *receptum*; en réalité le *receptum* est un pacte qui ne comporte aucune solennité. Comment Justinien a-t-il été amené à commettre une telle erreur ? Le *receptum* des banquiers n'était pas entré dans les usages des orientaux : les compilateurs le connaissaient mal. Le fait que le banquier puisse être tenu, alors même que la dette de son client n'est pas valable, les a choqués. Le caractère abstrait de l'engagement se rencontre dans les vieux actes solennels, et c'est sans doute cela qui a conduit les compilateurs à se figurer que le *receptum* était un vieux acte formaliste.

### SECTION III : LES PACTES LEGITIMES

Les constitutions Impériales ont, à la Basse Epoque, sanctionné divers pactes, que l'on a coutume, pour cette raison, d'appeler pactes légitimes. La sanction qu'accordent les empereurs en pareil cas est une *condictio*, dite *condictio ex lege*, parce qu'elle découle des constitutions Impériales, alors appelées *leges*.

#### § 1 - PACTE DE COMPROMIS

A l'époque classique, la convention par laquelle deux personnes s'engageaient à exécuter la décision qu'allait prendre l'arbitre choisi par elles, prenait force obligatoire au moyen d'une *stipulatio poenae* (promesse d'une somme d'argent au profit de la partie adverse, au cas où l'on ne respecterait pas l'arbitrage).

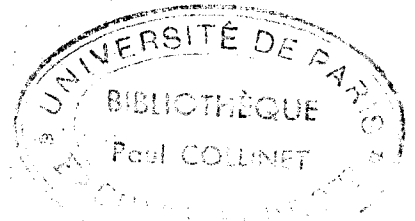
Une constitution de Justinien, de 529 (C. 2.55-4) oblige les parties à respecter le pacte de compromis, si elles l'accompagnent d'un serment : mais la Novelle 82 vint Interdire l'emploi du serment. D'après une constitution de 530 le compromis a force obligatoire si les parties donnent leur adhésion écrite à la sentence prononcée par l'arbitre ou ne l'attaquent pas dans le délai de 10 jours (C. 2.55-5).

#### § 2 - PACTE DE DONATION

##### . Principes généraux sur les donations :

Il n'existait pas en droit romain un acte juridique spécialement organisé en vue de réaliser des donations. La donation pouvait se faire en utilisant toutes sortes de formes juridiques qui pouvaient tout aussi bien être employées pour des actes à titre onéreux. Tout au plus peut-on signaler que la mancipation faite en vue de réaliser une donation ne comporte pas l'indication d'un prix véritable et se fait "*nummo uno*". Encore n'est-ce pas là un signe distinctif de la donation, car la mancipation se fait aussi "*nummo uno*" dans des opérations qui ne sont pas des donations, par exemple en matière de fiducie. On peut faire une donation par tradition ou en consentant à devenir débiteur par stipulation ou par contrat *litteris* ou en faisant gratuitement une remise de dette par *acceptilatio* etc ...

Ce qui caractérise la donation, ce n'est pas la forme de l'acte juridique que l'on emploie, mais le fait que cet acte est accompli "*donandi animo*", dans une intention libérale.



Les donations n'en constituent pas moins une catégorie juridique particulière : elles obéissent à des règles qui leur sont propres.

- 1) La loi *Cincia* (204 av. JC) avait prohibé les donations importantes, sauf entre certains proches parents. Tant que la donation prohibée n'était pas exécutée, le donateur pouvait refuser de remplir sa promesse de donation en opposant l'exception de la loi *Cincia*. Mais une fois qu'il avait exécuté, le donateur ne pouvait revenir sur ce qu'il avait fait : la *condictio* lui était refusée.
- 2) Les donations entre époux étaient interdites et frappées de nullité, en vertu d'une règle établie en coutume vers la fin de la République.
- 3) Le donateur bénéficie de diverses règles bienveillantes :

a. Bénéfice de compétence :

Si la donation s'est réalisée par un acte juridique qui rend le bénéficiaire créancier du donateur (par ex. en vertu d'une stipulation) on ne veut pas que le donataire, en faisant valoir son droit de créance, puisse imposer la contrainte par corps à son bienfaiteur : le donateur ne peut être condamné que "dans la mesure de ses ressources".

- b. Si la donation a été exécutée, le donataire ne peut pas inquiéter le donateur, s'il est évincé par des tiers : le donateur ne garantit pas le donataire contre l'éviction. Le *mancipans*, notamment, ne doit pas l'*auctoritas* quand la mancipation est faite "*nummo uno*".

- 4) Les donations présentent cette particularité qu'elles sont sujettes à révocation, dans diverses hypothèses.

La révocation peut être obtenue par les proches du donateur, lorsque la donation est "inofficieuse", c'est-à-dire contraire aux intérêts de la famille.

La révocation peut être obtenue par le donateur lui-même en cas d'ingratitude grave du donataire.

- 5) Au Bas-Empire la législation impériale s'est souvent occupée des donations. Sous Constantin, la prohibition résultant de la loi fut abolie, mais cet empereur prit des mesures de défiance à l'égard des donations : on peut toujours craindre en effet qu'une libéralité soit le résultat d'une extorsion, ou qu'elle ait pour but de réaliser quelque dissimulation frauduleuse.

A l'époque de Constantin la validité des donations est soumise à des règles sévères : la donation n'est définitive que lorsque le donataire a reçu tradition de la chose donnée. Cette tradition, si l'objet de la tradition est un immeuble, devra se faire en présence des voisins pris à témoin. Les donations nécessitent la rédaction d'un écrit, et cet écrit est soumis à la formalité de l'insinuation, c'est-à-dire de l'enregistrement dans les *acta publica* d'un gouverneur ou d'un magis-

trat local. Ces exigences ne furent pas maintenues, sauf la formalité de l'insinuation : les constitutions, insérées au Code Théodosien, en parlent encore.

Justinien se montra très favorable aux donations, surtout lorsqu'elles sont faites dans un but pieux ou charitable : ces sortes de donations, comme aussi les donations *ante nuptias* et les donations pour le rachat des captifs furent dispensées de la formalité de l'insinuation. Pour les autres donations, Justinien n'exigeait d'ailleurs l'insinuation que si elles étaient assez importantes.

• La Constitution de 530 :

Enfin Justinien donna pleine validité à la simple promesse de donation. Celui qui, sans employer de formalité, promet de donner, doit exécuter sa promesse : le législateur reconnaît à sa charge l'existence d'une véritable obligation, sanctionnée par une *condictio ex lege*. Cette obligation est transmissible activement et passivement.

Cette innovation a été réalisée par Justinien en 530 par une constitution insérée au Code 8.53-35 et résumée dans ses Institutes 2-7-2.

D'après la doctrine traditionnelle, il y aurait là un pacte sanctionné par la législation impériale : un pacte légitime.

Depuis les recherches faites par Ph. Lévy sur la question (1), il semble qu'on doive apprécier tout autrement le sens et la portée de la constitution de 530.

• Doctrine traditionnelle :

Nous exposerons d'abord la doctrine traditionnelle. Les romanistes ont coutume de distinguer deux façons de faire une donation : par *datio* ou par *promissio*.

Il y a *datio* lorsque l'acte juridique utilisé procure immédiatement au donataire tout l'avantage qu'il peut tirer de la libéralité : il a reçu la chose donnée, par mancipation, ou par tradition, ou bien un usufruit a été établi à son profit par un acte régulier, ou bien il profite d'une remise de dette que le donateur a consentie en sa faveur, ou se trouve libéré d'une de ses dettes parce que le donateur a payé à sa place ou bien s'est obligé à sa place (donation par *intercessio*).

---

(1) "Essai sur la promesse de donation", Mém. de Visscher RIDA 1949, pp. 91-136.

Il y a *promissio* quand le donateur, sans se dépouiller immédiatement, promet de livrer plus tard la chose qui fait l'objet de la donation.

A l'époque classique, la promesse n'engageait juridiquement le donateur que si elle prenait la forme d'un contrat susceptible de produire une obligation : stipulation ou contrat *litteris*.

D'après la doctrine traditionnelle, la constitution de Justinien aurait eu pour but de faciliter les donations en dispensant les parties de toute formalité : une simple convention sans forme (un simple pacte conclu entre le donateur et le donataire) suffisait pour mettre à la charge du donateur une obligation juridiquement sanctionnée au moyen d'une *condictio ex lege*.

Justinien a sanctionné  
une pollicitatio :

Ph. Lévy comprend tout autrement la *promissio* dont il s'agit. Jusqu'à l'époque de Justinien, il est très rare qu'une donation mette à la charge du donateur une obligation : cela n'existait que dans l'hypothèse où une stipulation était conclue entre le donateur et le donataire. Or ce genre de stipulation n'était guère employé que dans des hypothèses particulières, quand une exécution immédiate était impossible, notamment lorsque l'objet de la donation était une rente à verser tous les ans. Normalement la donation résultait d'une *promissio*, manifestation unilatérale de volonté, qui n'engageait nullement le donateur : de sorte que la donation ne devenait définitive - *perfecta* - que lorsqu'elle était exécutée.

Il est certain que c'est bien ainsi que les constitutions de Basile-Epoque présentent les choses : la donation n'est *perfecta* qu'à partir du moment où le donataire reçoit tradition de la chose donnée. Tant que la tradition n'est pas faite, la *promissio* est une simple *pollicitatio*, qui laisse toujours à son auteur la faculté de se repentir.

C'est cette faculté de se repentir que Justinien trouve scandaleuse. La constitution de 530 l'enlève à celui qui a manifesté la volonté de donner (réserve faite d'ailleurs de la formalité de l'insinuation, si la donation est importante).

Ce que Justinien a en vue ne serait donc pas un pacte : un pacte est une convention, un accord de volontés. Or Justinien ne s'occupe nullement de savoir si la promesse est acceptée par le donataire. Le texte des Institutes s'exprime assez clairement : "*perficiuntur cum donator suam voluntatem ... manifestaverit*" : "les donations sont définitives quand le donateur a manifesté sa volonté". Autrefois la donation n'était *perfecta* qu'à partir de la tradition : avec la constitution de 530, la donation est parfaite dès que la volonté de donner a été exprimée.

Si nous admettons cette interprétation, ce n'est pas un pacte que Justinien a sanctionné, mais une *pollicitatio*, et la constitution de 530 sur les promesses de donation devrait être étudiée, non à propos des pactes légitimes, mais parmi les cas où la *pollicitatio* suffit à obliger son auteur.

Cette nouvelle doctrine rend bien compte de l'état du droit avant Justinien et paraît justifiée par les termes dans lesquels Justinien s'est exprimé. Nous ne ferons qu'une objection : les Institutes comparent la promesse de donation à la vente (*ad exemplum venditionis*) : ce qui évoque l'idée, non d'une pollicitation, mais bien plutôt d'un contrat qui se conclut "*solo consensu*".

### § 3 - PACTE DE DOT

Pour s'engager à remettre une chose à titre de dot, il n'est pas besoin d'employer la stipulation ou la *dictio dotis* : un pacte suffit et il est sanctionné par la *condictio ex lege*, en vertu d'une constitution de Théodose II de 428.

## CHAPITRE CINQUIEME : LES CONTRATS INNOMES

### Théorie des contrats Innomés

L'étude des contrats Innomés se rattache à celle des pactes : ce sont des pactes bilatéraux. Le Digeste contient un titre qui les concerne (19.5 : "*De praescriptis verbis vel in factum actionibus*"). Mais c'est sous le titre des Pactes (D. 2.14-7) que nous trouvons exposée la théorie générale des contrats Innomés.

Ce texte, qui provient d'Ulpien, s'exprime ainsi :

"Les conventions du *jus gentium* (les pactes) font naître les unes des actions, les autres des exceptions. Celles qui font naître des actions ne conservent pas leur nom de conventions, mais prennent le nom particulier de quelque contrat comme vente, louage, société, commodat, dépôt ou de tous autres contrats. Cependant si l'affaire ne prend pas figure de quelque contrat, et si une prestation a été exécutée, Ariston dans une consultation adressée à Celsus a déclaré qu'il y avait une obligation : comme par exemple si je vous ai donné une chose pour que vous me donniez en retour autre chose, ou si je vous ai donné une chose pour qu'en retour vous me rendiez

un service : c'est ce qu'on appelle un *synallagma*, et de là découle une obligation reconnue par le *jus civile*".

Le texte nous apprend ensuite qu'en pareil cas il y a bien un *contractum* et que l'obligation qui en découle est sanctionnée par une action du *jus civile*, appelée "action *praescriptis verbis*".

### Terminologie

Le texte n'emploie pas, comme on peut le constater, l'expression "contrat innomé" : ces pactes bilatéraux, Ulpien à la suite d'Ariston, les appelle d'un mot grec *synallagma*. Cependant l'expression "*synallagma innomés*" figure déjà dans un commentaire byzantin du VI<sup>e</sup> s. et le terme "contrats innomés" est traditionnellement employé depuis les glossateurs. Il se trouve d'ailleurs justifié par le texte même d'Ulpien, qui oppose les *synallagma* aux conventions "qui prennent le nom particulier d'un contrat".

Il importe de remarquer qu'il est encore question en Droit Civil moderne de contrats innomés : l'article 1167 distingue "les contrats qui ont une dénomination propre et ceux qui n'en ont pas". Mais cela n'a rien de commun avec la théorie romaine des contrats innomés : le législateur moderne oppose simplement les contrats qui ont fait l'objet de dispositions particulières dans le Code Civil à ceux qu'il n'a pas pris le soin de régler de façon particulière : mais les uns comme les autres se forment de la même façon, par l'accord de volonté.

### Comparaison avec les contrats *re*

En droit romain, au contraire, les contrats innomés se forment d'une façon particulière : ces pactes ne deviennent contrats et ne sont munis de sanction qu'à partir du moment où l'une des parties exécute spontanément la prestation convenue.

Comme les contrats *re*, les contrats innomés ont besoin, pour se former, de la réalisation d'un fait matériel : le fait qu'une prestation a été effectivement fournie.

La comparaison avec les contrats *re* ne doit pas d'ailleurs être poussée plus loin : les contrats innomés appartiennent à une conception réaliste du droit, mais ne se confondent pas avec les contrats *re*.

1) Dans les contrats *re*, celui qui a reçu une chose doit restituer cette chose ou son équivalent, tandis que, dans les contrats innomés, celui qui bénéficie de la prestation effectuée par son partenaire doit non pas restituer mais exécuter à son tour la contre-prestation prévue à sa charge.

- 2) Dans les contrats *re*, l'élément "réel" consiste en un transfert de la propriété ou de la possession d'une chose corporelle. Dans les contrats innomés, la prestation qui valide la convention peut être un *dare* (un transfert), mais aussi un *facere* (un service).

### Classification

Les textes de la Compilation distinguent deux sortes de prestations qui peuvent faire l'objet d'un pacte synallagmatique : *dare* et *facere*. *Dare*, c'est remettre une chose corporelle; *facere*, c'est rendre un service.

Cela permet de classer les contrats innomés en 4 catégories :

1. *Do ut des* : je vous donne une chose, pour que vous m'en donniez une autre.
2. *Do ut facias* : je vous donne une chose pour que vous me rendiez un service.
3. *Facio ut facias* : service contre service.
4. *Facio ut des* : je vous rends un service pour que vous me donniez une chose.

Il serait évidemment possible de faire entrer dans ces cadres tous les contrats synallagmatiques, même ceux qui sont "nommés" : mais cette classification n'est utilisée que pour les conventions synallagmatiques qui n'entrent pas dans les cadres des contrats connus et nommés. Ces conventions sont en nombre illimité : la pratique peut toujours imaginer de nouvelles opérations qui entrent dans l'une des quatre catégories que nous venons de définir.

Nous sommes par conséquent ici en présence d'un principe d'une portée générale : toute convention synallagmatique que le droit n'a pas déjà érigée en contrat devient un contrat efficace et valable dès que l'une des parties exécute.

La théorie des contrats innomés n'a pris cette forme dogmatique et générale qu'à la Basse Epoque : elle a été élaborée par les compilateurs en utilisant des matériaux déjà préparés par la jurisprudence classique.

### § 1 - ORIGINE ET HISTOIRE DES CONTRATS INNOMES

#### L'action en restitution (*condictio*) :

Lorsqu'une *datio* est faite en vue d'obtenir une contre-prestation, si celle-ci n'a pas lieu, l'individu à qui la *datio* a été faite et qui ne donne rien en retour s'enrichit injustement.



Les romains ont rapidement compris qu'il serait équitable de contraindre cet individu à restituer ce qu'il a reçu.

Se plaçant, non pas au point de vue contractuel, mais au point de vue quasi-contractuel de l'enrichissement injuste, les romains ont d'abord songé, dans le cas d'une *datio*, à accorder au *dans* une action en restitution, une *condictio*. Il est question de cette *condictio* dans de nombreux textes de la Compilation, qui lui donne tantôt le nom de "*condictio ob rem dati*", tantôt celui de "*condictio causa data causa non secuta*", ce qui signifie : "action en répétition de ce qu'on a donné en vue d'une chose (qu'on n'a pas obtenue)" ou "action en répétition, une chose ayant été donnée et la prestation espérée ne s'en étant pas suivie".

Cette action en restitution existait sans doute déjà dès la fin de l'époque républicaine. Mais son domaine était assez limité. On pouvait l'intenter pour reprendre ce qu'on avait donné, mais on ne pouvait pas "reprendre" un service qu'on avait rendu : "*nemo potest condictere factum*", on ne peut pas demander restitution d'un *facere*. Les romains ont fini par admettre en pareil cas la possibilité de réclamer un dédommagement, mais ce recours n'a commencé à être connu que vers la fin du Premier Siècle (sous Trajan) sous le nom d'action *civilis incerti* et prendra à la Basse Epoque celui de *condictio incerti*.

L'action en exécution

(*praescriptis verbis*) :

La *condictio* aboutit à un résultat peu satisfaisant. Nous convenons d'échanger mon boeuf contre vos deux moutons : je vous donne le boeuf et vous gardez vos moutons. Avec la *condictio* je peux reprendre le boeuf (ou plutôt sa valeur), mais je n'obtiens pas les moutons : or si j'ai convenu avec vous de cet échange, c'est que je n'ai que faire de mon boeuf et que j'ai besoin des deux moutons. Pour que j'obtienne satisfaction, il faudrait que je puisse vous contraindre à exécuter la convention et à me fournir les moutons.

Cette action en exécution, nous la trouvons dans les textes du Digeste où elle porte le nom d'action "*praescriptis verbis*" : on la présente tantôt comme étant une action *in factum*, tantôt comme étant une action civile, *incerta* et de bonne foi. Certains textes la qualifient même d'action "*civilis in factum*". Il n'est pas possible que des jurisconsultes classiques aient tenu ce langage : à l'époque classique, si une action est civile, elle ne peut pas être *in factum*; si elle découle du *jus civile*, elle ne découle pas du droit prétorien; si sa formule est rédigée dans les termes du *jus civile* avec un *oportere*, elle n'est pas *in factum*. Les juristes de la Basse Epoque, qui ne voyaient plus fonctionner sous leurs yeux la procédure formulaire, n'attachaient plus le même sens à ces expressions techniques : pour eux, une action *in factum* est une action que l'on donne en dehors des cadres prévus; pour combler des lacunes : si la lacune est comblée par le *jus civile*, l'action civile est tout de même, à leurs yeux, une action *in factum*.

Le sens que ces expressions prennent dans certains textes du Digeste décèle l'intervention des juristes de Basse-Epoque : les textes sur l'action en exécution des contrats Innomés ont été très fortement Interpotés. Aussi est-il bien difficile de retracer l'histoire de cette action et de déterminer le caractère qu'elle avait à l'époque classique.

### Les hypothèses :

Bien des hypothèses ont été proposées sur la formation historique des contrats Innomés et l'origine de l'action *praescriptis verbis*.

- 1°) La doctrine d'Accarias eut au siècle dernier un grand succès : classant chronologiquement les textes relatifs à l'action *praescriptis verbis*, cet auteur avait cru pouvoir retracer les étapes de son histoire :

Cette action aurait d'abord été proposée par Labéon (D. 19:5-1.1) dans des cas où il y a certainement contrat connu et nommé, mais où on hésite sur la formule qu'il convient d'employer : par exemple, quand on hésite à définir une opération comme louage de chose plutôt que comme louage d'industrie, on ne sait si l'on doit demander au prêteur l'action *conducti* ou l'action *locati* : pour éviter toute erreur, on demande une formule spéciale, avec des *praescripta verba*, c'est-à-dire un exposé de l'affaire en tête de la formule.

Puis les jurisconsultes auraient songé à étendre cette action dans des cas où il n'y a certainement pas de contrat connu : d'abord dans le cas du *do ut des* et du *do ut facias*, dès l'époque de Trajan; puis pour le *facio ut facias* au temps de Paul (premières années du III<sup>e</sup> s.), enfin pour le *facio ut des* (sous Alexandre Sévère).

La théorie générale des contrats Innomés aurait donc déjà reçu son complet développement vers la fin de l'époque classique.

Mais la découverte de nombreuses Interpolations rend actuellement la doctrine d'Accarias insoutenable. Tous les romanistes s'accordent à reconnaître : 1. que la théorie générale des contrats Innomés, avec leur classification en quatre groupes, est une invention tardive; 2. que le nom *actio praescriptis verbis* donné à l'action en exécution est Inconnu à l'époque classique, et n'apparaît, en dehors de la Compilation, que chez les juristes de Beyrouth.

- 2°) Les auteurs qui ont poussé avec le plus d'audace la recherche des Interpolations (De Francisci-Beseler) arrivent à cette conclusion : le principe que la prestation fournie en vue d'une contreprestation crée la faculté d'exiger celle-ci est un principe propre au droit de Jus-

tinien : le droit classique accordait simplement à l'auteur de la prestation, soit une action pour réclamer la restitution (*condictio ob rem dati*), soit le remède pénal de l'action *doli*. Dans quelques cas, voisins de contrats connus, le prêteur a pu, dès l'époque classique, accorder parfois une action *in factum* en exécution, comme cela semble s'être produit en matière d'*aestimatum*, opération qui tenait à la fois de la vente et du louage d'industrie : les opérations ainsi sanctionnées étaient des *negotia* du droit prétorien : faute de sanction civile, ce n'étaient pas des contrats (1).

- 3°) M. Giffard (2) lui aussi pense que pour obtenir exécution des conventions synallagmatiques qui n'étaient pas des contrats connus, les classiques en étaient réduits à recourir à des expédients : l'action *doli*, ou des actions *in factum* accordées par le prêteur dans divers cas particuliers, en dehors des prévisions de l'édit (actions décrétales). M. Giffard, lui aussi, considère comme une invention de Justinien l'action en exécution, civile et de bonne foi, dite *praescriptis verbis*.

Par contre, il admet le caractère classique de l'action *civilis* dont il est question dans les Sentences de Paul (5.6.10) à propos du précaire et dans le Code (C. 8.53-9 et 22) à propos des donations avec charge : selon M. Giffard, il s'agirait là, non pas d'une action de bonne foi en exécution, mais d'une action de droit strict en restitution, l'action *civilis incerti*. Justinien l'a identifiée avec l'action en exécution : il a fusionné sous le nom d'*actio praescriptis verbis* deux choses qui étaient très différentes à l'époque classique : l'action *in factum* et l'action *civilis incerti*.

- 4°) Plus modéré est le système proposé par Collinet (3) en se basant sur le texte d'Ulpien (D. 2.14.7 dont nous avons donné plus haut la traduction). Dès le début du II<sup>e</sup> s. les jurisconsultes se sont souciés d'organiser une action en exécution, mais ils n'étaient pas d'accord sur la forme qu'il convenait de lui donner : là où Julien était d'avis d'employer une action *in factum*, Ariston préconisait une action civile. Ce jurisconsulte du début du II<sup>e</sup> s. peut être considéré comme le père des contrats innomés puisque c'est lui qui, le premier, soutint que le pacte bilatéral faisait naître une véritable *obligatio* et devenait par conséquent un contrat dès que l'une des parties exécutait.

L'existence de cette action civile à l'époque classique est confirmée par une scholie de Stéphane insérée aux *Basiliques* (HEIMBACH I, p. 560 : "Scholie Mathon"). Ce juriste du VI<sup>e</sup> s., qui connaissait

---

(1) ARANGIO-RUIZ : Ist. 10ème édition 1951, p. 318.

(2) GIFFARD : Précis II, n° 247.

(3) COLLINET : "L'invention du contrat innomé" - Mél. Pappoulias, Athènes 1934, pp. 73-100.

blen les auteurs classiques, fournit une indication sur la formule de l'action en matière de contrats innomés : formule *in jus*, avec une *intentio incerta* (1).

Cette doctrine de Collinet permet d'expliquer pourquoi l'action *praescriptis verbis* est qualifiée parfois d'action *civilis in factum* : les compilateurs ont réuni en une seule et même action les deux sanctions - l'une civile, l'autre prétorienne - entre lesquelles les classiques hésitaient.

Les compilateurs ont, d'autre part, imaginé une théorie générale là où les classiques n'avaient vu que des cas d'espèce. Enfin - comme nous allons le voir - ils ont établi entre l'action en exécution et l'action en restitution un lien qui n'existait probablement pas à l'époque classique.

## § 2 - LA SANCTION DES CONTRATS INNOMES DANS LE DROIT DE JUSTINIEN

Arrivés à leur complet développement dans le droit de Justinien, les contrats innomés donnent lieu à trois actions :

### A/ L'action en exécution *praescriptis verbis* :

Celle des deux parties qui a accompli la *datio* ou le *facere* peut exiger que l'autre exécute à son tour : elle peut l'y contraindre en exerçant une action dite "*praescriptis verbis*". Cette action est *in factum* en ce sens qu'elle est en dehors des cadres normaux et demande un exposé particulier de l'affaire dans chaque cas particulier : ce qui ne l'empêche pas d'être dans le droit de Justinien une action civile : elle est *incerta* et de bonne foi.

### B/ La *condictio ob rem dati* :

Mais Justinien n'a pas fait disparaître des textes l'action en répétition. La partie qui a exécuté et qui n'obtient pas satisfaction a par conséquent le choix entre deux solutions : soit exiger qu'on donne ou qu'on fasse ce qui était convenu, soit réclamer restitution de la prestation qu'elle a fournie.

---

(1) M. GIFFARD par contre soutient que Stéphane décrit la formule de l'action *civilis incerti* (action en restitution) et non celle d'une action en exécution.

Dans le droit de Justinien, cette *condictio* n'est plus une action sanctionnant une obligation quasi-contractuelle : c'est une sanction du contrat, une action en résolution pour inexécution. On ne peut réclamer la résolution que si l'inexécution est fautive. Par conséquent lorsque la chose due périt par cas fortuit, celui qui a exécuté le premier ne peut plus rien réclamer : ni exécution ni restitution de ce qu'il a lui-même donné. Ce qui revient à dire que les risques sont pour lui, bien qu'il soit créancier de la chose; ici comme dans la vente "*res perit creditori*" (C. 4.6-10 itp. et PAUL D 19.5.5.1 itp).

Il en était autrement à l'époque classique quand la était fondée sur l'idée extra-contractuelle d'enrichissement injuste (CELSUS : D 12.4-16).

### C/ La *condictio propter poenitentiam* :

Enfin, dans le droit de Justinien, celui qui exécute le premier peut, tant que son partenaire n'a pas exécuté, reprendre ce qu'il a déjà donné, simplement parce qu'il a changé d'avis et ne veut plus donner suite au contrat.

Ce *jus poenitendi*, cette faculté de dédit, peut paraître extraordinaire : elle rend le contrat innomé bien fragile : en somme il ne devient définitif et irrévocable que lorsqu'il a été exécuté de part et d'autre.

Beaucoup d'auteurs modernes ont peine à croire qu'une telle faculté de dédit ait pu jouer d'une façon générale dans tous les contrats innomés : ils pensent qu'elle ne devait exister que dans certaines hypothèses où, pour des raisons particulières, elle peut se justifier. Ainsi, Justinien parle de cette *condictio* dans le cas où je donne de l'argent à une personne pour qu'elle fasse un voyage : tant qu'elle n'est pas partie, je peux anéantir la convention et reprendre l'argent : cette solution se justifie parce qu'on se trouve dans une situation très voisine du mandat de faire un voyage; or le mandat est révocable.

En réalité la Compilation parle de cette *condictio propter poenitentiam* sans lui reconnaître le moins du monde un caractère exceptionnel : il y a tout lieu de croire que Justinien a voulu lui donner la plus large extension : il a introduit dans les contrats innomés un *jus poenitendi* qui est tout à fait en harmonie avec les conceptions helléniques en matière de contrats.

### § 3 - ETUDE DE QUELQUES CONTRATS INNOMES

Les contrats "innomés" portent souvent un nom : mais ce nom n'a pas de valeur technique : il ne correspond pas à celui d'une action.

1/ Aestimatum :

Ce contrat était d'utilisation courante. Un fabricant, pour écouler sa marchandise, la confie à un colporteur, sans lui en transférer la propriété et il fixe, d'accord avec lui, une valeur d'estimation de cette chose. Le colporteur doit rapporter soit la chose, soit le prix d'estimation. S'il réussit à la vendre beaucoup plus cher, c'est son bénéfice; mais s'il perd la chose, même par cas fortuit, il doit tout de même payer au fabricant le prix d'estimation : c'est son risque.

Comme on ne savait trop si cette opération était un louage d'ouvrage ou un mandat, le préteur prit le parti de prévoir une action spéciale dont l'édit fournissait le modèle : de tous les contrats innomés, c'est le seul qui ait été prévu de façon permanente dans l'édit.

2/ Permutatio (échange) :

Type par excellence du "*do ut des*". Transfert de propriété, contre transfert de propriété. Nous avons vu que les Sabiniens avaient essayé, mais sans succès, de l'assimiler à la vente.

L'échange est différent de la vente :

- a) L'échange ne se fait pas "*solo consensu*" : ce contrat n'est conclu qu'à partir du moment où l'une des parties a effectué la *datio* prévue à sa charge.
- b) On peut vendre la chose d'autrui; on ne peut pas offrir dans un échange la chose d'autrui, car il faut transférer la propriété, faire une *datio*, pour que le contrat se forme (Pédius chez PAUL : D. 19.4.1.3).
- c) La résolution de la vente pour non exécution ne peut exister qu'en vertu d'une clause expresse (*lex commissoria*). Dans l'échange, celui qui, ayant exécuté le premier, n'obtient rien en retour, a le choix entre deux solutions : ou réclamer la contreprestation convenue en exerçant l'action *praescriptis verbis*, ou poursuivre la résolution du contrat et reprendre ce qu'il a donné en exerçant la *condictio ob rem dati* (C. 4.64.7).

Mais le droit de Justinien marque une tendance à rapprocher l'échange de la vente.

Au point de vue des risques, celui qui le premier fait la *datio* supporte la perte fortuite de la chose qu'il espérait obtenir en retour. N'obtenant rien il ne peut reprendre ce qu'il a lui-même don-

né (nous l'avons signalé à propos du mécanisme de la *condictio*) : sa situation s'est alignée sur celle de l'acheteur.

Les compilateurs ont étendu à l'échange la garantie contre l'éviction et contre les vices.

Contre l'éviction : si celui qui exécute le premier n'est pas propriétaire de ce qu'il donne, le contrat d'échange, comme nous l'avons vu, ne se forme pas, faute d'une *datio* véritable. Mais s'il fait une *datio* correcte, il jouit en ce qui concerne la prestation qu'il reçoit de la même garantie qu'un acheteur : il peut exiger les stipulations de garantie (D. 12.4.16 *in fine* itp.) et s'il est évincé exercer une action "*ad exemplum ex empto*" (C. 4.64.1).

Quant à la garantie contre les vices, elle fonctionne au profit des deux échangistes, parce qu'on peut les considérer comme étant, l'un comme, l'autre, à la fois acheteur et vendeur (D. 21.1-19.5).

### 3/ Précaire :

Le précaire, concession à titre gratuit et révocable, est une très vieille institution. Celui qui avait donné une chose en précaire avait primitivement, pour la reprendre, l'interdit *de precario*.

A la Basse-Epoque, le précaire est considéré comme un contrat qui met à la charge d'une partie l'obligation de restituer : en Occident, on y voit un contrat voisin du commodat : on le sanctionne au moyen d'une action *civilis*, sans doute calquée sur l'action *commodati* (Sentences de Paul, éditions Wisigothiques, 5.6.10). En Orient, le précaire est devenu un contrat innomé sanctionné par l'action *praescriptis verbis* que quelques textes confondent avec la *condictio incerti* (D. 43.26.19.2).

### 4/ Donation sub modo :

Dans la donation avec charge, le donateur fait tradition de la chose donnée en ajoutant une clause (*lex*) qui met à la charge du donataire certains services au profit du donateur (par exemple payer certaines dettes ou lui fournir des aliments). C'est une opération du type "*do ut facias*".

Si la charge n'est pas exécutée, le donateur a le choix entre deux solutions : soit en exiger l'exécution en exerçant l'action *praescriptis verbis*, soit reprendre ce qu'il a donné en exerçant la *condictio*.

## 5/ Transaction :

Une personne renonce à un droit contesté moyennant une prestation que son adversaire s'engage à lui fournir. C'est une façon de terminer à l'amiable un différend. A l'époque classique il fallait recourir à des stipulations pour donner force obligatoire à la transaction, sinon cette convention n'était qu'un pacte nu, sanctionné simplement par l'*exceptio pacti* : celui qui avait renoncé à ses droits n'avait pas d'action pour exiger ce que l'autre partie lui avait promis. Cependant une constitution de 230 (C. 2.4.6.1) permet, à défaut de l'action *ex stipulatu*, d'exercer une *actio utilis*, qui pour Justinien n'est autre que l'action *præscriptis verbis* : dans la Compilation, la transaction est devenue un contrat innomé du type "*facio ut des*".

La théorie des contrats innomés n'est pas passée dans notre droit moderne : notre principe du consensualisme permet de valider les conventions sans qu'il soit besoin d'attendre qu'une des parties ait exécuté.

Les contrats innomés présentent malgré tout un grand intérêt historique : nous trouvons là le premier exemple d'un système général embrassant quantité de conventions. De plus, ce sont les textes relatifs aux contrats innomés qui ont fourni à nos vieux auteurs les éléments qui sont à la base de la théorie moderne de la cause et la résolution des contrats pour inexécution.

---

## TITRE SECOND

### THEORIE GENERALE DES CONTRATS

Les questions que nous allons étudier maintenant intéressent tous les contrats : ce sont d'abord les règles qui régissent les conventions; elles concernent tous les contrats, puisque ceux-ci comportent tous une convention : la preuve des contrats est aussi une question qui se pose pour tous les contrats.



## CHAPITRE PREMIER : LA CONVENTION

### DEFINITION

Les mots *conventio*, *convenire*, ont en latin un sens concret, très près de leur étymologie. Comme le remarque Ulpien (D. 2.14.1.3), on dit *convenire* de personnes qui, partant de lieux différents, se réunissent et se rencontrent en un même endroit. Dans la langue juridique, ces mots ont un sens abstrait : Ulpien ajoute : "... de même dit-on de ceux qui, poussés par des mobiles différents, tombent d'accord sur une même chose".

La convention, c'est l'accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes, qui désirent ensemble obtenir un certain effet juridique. Convenir, c'est arriver à un vouloir commun, c'est consentir.

Ainsi définie, la convention est une notion très large, une notion "générale" comme le dit Ulpien.

Toute convention n'est pas un contrat : la convention peut avoir pour objet autre chose que la création d'une obligation (elle peut intervenir pour créer des droits réels, éteindre des droits). Lorsque la convention est conclue pour créer des obligations, elle ne devient un contrat que si elle entre dans les cadres des contrats reconnus par le droit positif. Une convention peut n'être qu'un "pacte nu".

Par contre, tout contrat suppose une convention : comme Pedius le dit avec élégance, "il n'y a pas d'obliteration, pas de contrat, *re* ou *verbis*, qui ne contienne en soi une convention : la stipulation, qui se forme par la prononciation de certaines paroles, est sans valeur si elle n'a pas à sa base un consentement véritable des parties" (1).

---

(1) D. 2.14.1.3 - PEDIUS est de peu antérieur à GAIUS. Ce texte célèbre présente de grosses difficultés : dire que "toute obligation" requiert une convention, c'est ignorer les obligations délictuelles et les obligations quasi-contractuelles. Faut-il alors supposer que Pedius ignore encore l'extension du concept d'obligation aux délits ? Supposer qu'il donne au mot *contractus* (comme Labéon le faisait pour *contractum*) le sens étroit de contrat synallagmatique et l'oppose aux "obligations" *re* et *verbis* ? Supposer que l'obligation de restituer l'indu est pour lui une obligation *re*, résultant d'un acte conventionnel, le paiement (fait par l'un, accepté par l'autre) ? Nombreux sont les auteurs qui escamotent les difficultés en proposant de nombreuses interpolations. Pour GROSSO : "*Da Pedio ai Byzantini*", *Studi Volterra* 1969 I pp. 55 sq.) la classification des obligations a donné lieu à une évolution doctrinale et Pedius représente un stade intermédiaire entre Labéon et Gaius. Le texte intéresse d'autre part l'"*elegantia*", qui signifie, non une élégance de style, mais un sens parfait de la technique juridique.

Les éléments essentiels des conventions sont par conséquent les éléments essentiels de tout contrat. D'après notre Code Civil (art. 1408) "quatre conditions sont essentielles pour la validité des conventions : le consentement de la partie qui s'oblige - sa capacité de s'obliger - un objet certain qui forme la matière de l'engagement - une cause licite dans l'obligation".

Le droit romain considérait déjà les trois premiers éléments comme essentiels : il est par contre douteux qu'il ait fait à la notion de cause une place aussi importante. La capacité de s'obliger est une question qui appartient au droit des personnes. Nous nous occuperons ici du consentement, de l'objet et de la cause.

## DIVISION I : LE CONSENTEMENT ET LES VICES DU CONSENTEMENT

### INTRODUCTION

Une manifestation unilatérale de volonté ne suffit pas pour faire naître une obligation : il faut un accord de volonté.

### A/ CONVENTION ET POLLICITATION

La promesse unilatérale engage-t-elle son auteur avant même d'être acceptée ? La doctrine de "l'engagement par manifestation unilatérale de volonté", lancée par Siegel en 1874, se prononce pour l'affirmative. Du point de vue logique on conçoit en effet qu'une volonté puisse lier son auteur sans attendre l'intervention de la volonté d'autrui. Du point de vue moral, le fait que la promesse soit acceptée importe peu : celui qui fait une promesse doit tenir parole. Mais cette doctrine présente un danger : elle risque de confondre l'offre, qui n'est encore qu'un projet de contrat - projet encore sujet à discussion - avec la promesse irrévocable et définitive. C'est pourquoi cette doctrine ne peut être utilisée qu'avec prudence. Les civilistes s'en servent pour expliquer les effets du titre au porteur, pour valider les promesses de récompenses, ou pour déterminer le moment où se forme l'obligation dans les contrats par correspondance.

Dans ces limites, certaines législations admettent actuellement la validité de la promesse unilatérale (Code civil allemand - Code fédéral suisse des obligations - Projet franco-italien d'un Code des obligations en 1936).

La doctrine française est, dans son ensemble, assez réticente : les civilistes remarquent que dans le Code Civil, la manifestation unilatérale suffit pour produire certains effets (acquisition de propriété par occupation, accession, renonciation à une succession, etc.) : mais en matière

d'obligations, si elle peut rompre un lien (mandat 2003 - contrat de travail, 1780 - Société 1809) elle n'est jamais considérée comme source d'obligations.

En droit français la manifestation unilatérale de volonté ne fait pas naître d'obligations à la charge de son auteur : cette conception nous vient du Droit romain.

### • La pollicitation :

Les romains employaient le mot *pollicitatio* pour désigner la simple promesse non encore acceptée. Ulpien (D. 50.12-3) oppose ainsi *pollicitatio* à *pactum* : "le pacte c'est le consentement et la convention de deux personnes, la pollicitation, c'est la promesse de celui-là seul qui fait une offre" (*offerentis solius promissum*).

Or, selon Paul (Sentences 5.12.7) : "*ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur*" : d'une simple pollicitation ne naît aucune action. Le principe paraît donc bien établi en droit romain : la promesse unilatérale n'oblige pas.

Il existe cependant quelques exceptions à cette règle (cf. VILLERS RHD 1939.1 - ROUSSIER RIDA 1949.295 et "Studi Arangio-Ruiz" 2.31) :

#### 1) En droit public :

Un titre du Digeste (50.12) est entièrement consacré à l'étude de la "pollicitation" : il s'agit là d'une institution du droit public. L'offre, faite à une cité, oblige son auteur. Le candidat à une magistrature municipale qui, pour emporter les votes, promet de bâtir à ses frais un édifice public, est obligé d'exécuter sa promesse, alors même que les magistrats en fonction auraient négligé de l'accepter. Cette règle avait été imaginée pour que la Cité n'eût pas à souffrir des négligences, peut-être intéressées, des magistrats en fonction. Cette solution avait un caractère exceptionnel : admise en faveur des Cités, elle ne l'était pas au profit du fisc impérial. De plus, pour obliger son auteur, la pollicitation devait être déterminée par un bon motif, une *justa causa* : honneurs que l'on brigue, désir de secourir une cité éprouvée par un désastre, etc ... Il n'était d'ailleurs plus nécessaire d'établir l'existence d'une *justa causa*, lorsque le pollicitant avait commencé à exécuter, ou lorsque la cité avait déjà préparé l'emplacement destiné à recevoir le monument.

#### 2) En droit religieux :

Le voeu (*votum*) oblige son auteur envers les dieux. Les romains avaient transporté dans leurs rapports avec les dieux les notions et même le vocabulaire du droit : l'individu qui promettait une offrande

à un dieu pour en obtenir une faveur, s'engageait envers le dieu par un *votum* ou *voti sponsio* : il en résultait une obligation. L'auteur du voeu était "*voti reus*", débiteur envers le dieu; mais sa dette était conditionnelle : elle ne devait être exécutée que si le dieu accordait la faveur : en ce cas, le *vovens* devenait "*voti damnatus*" et il ne lui restait plus qu'à "payer" (*solvere votum*).

A considérer les choses d'un point de vue moderne et positif, le voeu est un engagement par manifestation de volonté du seul promettant. Mais les Anciens n'envisageaient sans doute pas les choses de cette façon : ils pensaient que le dieu, en accordant la faveur, acceptait l'offre qui lui était faite : le voeu était par conséquent une sorte de contrat - une *sponsio* - conclue entre le *vovens* et le dieu.

Ce contrat se distinguait des actes de droit privé par sa sanction qui ne pouvait être que religieuse : le *vovens* qui n'exécutait pas son voeu s'exposait à la colère du dieu : sanction efficace, car l'individu qui croit possible une intercession bienfaisante du dieu, doit également craindre sa colère.

### 3) En droit privé :

La promesse de récompense adressée à une personne incertaine est un cas où la manifestation unilatérale de volonté produit des effets.

Des découvertes archéologiques ont permis d'établir que ces promesses étaient en usage chez les romains. On a retrouvé de petites médailles que l'on suspendait au cou des esclaves dont on craignait la fuite : sur ces médailles le maître fait connaître son nom et promet une récompense à quiconque lui ramènera l'esclave fugitif. Sur les murs de Pompéi, on a pu lire cette inscription : "Il a été volé dans telle taverne un vase de bronze : récompense de 15 sesterces à qui le retrouvera, récompense de 20 sesterces à qui fera connaître le voleur". Mais les textes juridiques ne s'occupent guère de cette pratique et l'on peut se demander si, en droit, ces promesses de récompense obligeaient leurs auteurs.

Par contre la promesse de récompense faite à une personne déterminée est présentée au Digeste (D. 19.5.15) comme un contrat innomé, sanctionné par l'action *praescriptis verbis* : le texte envisage le cas d'une "*pactio ob indicium*" : un maître promet une certaine somme à un individu pour que celui-ci lui révèle l'endroit où se cache son esclave fugitif.

Enfin, comme nous l'avons signalé, le pacte *receptum argentarii* repose peut-être sur une promesse unilatérale du banquier, et dans le droit de Justinien, la promesse de donation serait dans le même cas si l'on admet l'interprétation que M. Ph. Lévy propose pour la constitution de 530.

En conclusion, la promesse unilatérale n'a été prise en considération par le droit privé que dans des hypothèses très rares et d'ailleurs discutables. Le principe romain est donc bien celui-ci : pour faire naître une obligation il faut le concours de deux volontés. Cette conception a trouvé, dès une époque ancienne, son expression la plus claire dans le formalisme de la stipulation : le dialogue du contrat *verbis* est bien fait pour rendre sensible l'accord de deux volontés.

B/ QUALITES  
QUE LE CONSENTEMENT DOIT PRESENTER

Pour qu'un contrat soit valable, le consentement doit présenter les caractères suivants :

1) Le consentement doit être exprès :

Un consentement tacite, une présomption de volonté suffisent pour éteindre une obligation : ainsi le pacte de remise peut résulter du seul fait que le créancier se démet du titre (*cautio*) qui lui permet de prouver sa créance (LABEON, chez PAUL : 2.14.2); le créancier qui remet au débiteur le titre de créance est censé renoncer à son droit.

Par contre pour faire naître une obligation, un consentement tacite ne suffit pas : la volonté de s'obliger ne se présume pas; il faut qu'elle s'exprime expressément.

Le fait de se taire est parfois considéré comme une façon d'exprimer une volonté. Sans doute le silence de celui qui ignore de quoi il s'agit est dénué de toute valeur : mais celui qui se tait, alors qu'il sait, ne peut-il pas être considéré comme consentant, selon l'adage "qui ne dit mot consent" ? En droit romain cette attitude porte un nom : cela s'appelle "*patientia*" et la *patientia* est susceptible de produire certains effets juridiques : en matière de constitution de servitudes par quasi-tradition, il est question d'une *patientia* du propriétaire du fonds servant; en cas de dommage causé par un esclave, la *patientia* du maître a pour conséquence de rendre celui-ci personnellement responsable du dommage envers les tiers. Mais à l'époque classique la *patientia* n'est pas prise pour une forme de volonté : pour conclure un contrat il fallait une "*voluntas*" (1).

---

(1) DONATUTI : "Le silence comme manifestation de volonté" - Mél. Bonfante 1930, 4 p. 459. Il serait intéressant de voir comment on est passé de la notion de *scientia* (connaissance de cause) à celle de *patientia* (laisser faire) - cf. ALBANESE : "*Sulla resp. del dominus sciens*" BIDR 1967 p. 119. Sur la femme qui (à propos de la restitution de dot à un tiers) "*passa est stipulari*", GANDOLFI : "*Oggetto dei legati*" 1 p. 225; il y aurait à examiner le cas du maître qui laisse son esclave exercer un commerce (*a. tributoria*), le cas du débiteur qui "se laisse" cautionner par autrui.

Dans le droit de Justinien au contraire, le silence est volontiers considéré comme une forme de volonté : c'est la volonté de ne pas s'opposer. Elle suffit parfois pour perpétuer ou même pour faire naître des obligations : ainsi le louage peut, à l'expiration du contrat, se renouveler par "tacite reconduction"; ou bien lorsqu'un capitaine de navire se fait remplacer dans ses fonctions au su et vu de l'armateur, la *patientia* de ce dernier a pour effet de l'exposer à l'action *exercitoria*, en raison des dettes contractées par le nouveau préposé qu'il a tacitement accepté; lorsqu'un fils de famille devient décurion au su et vu de son père, celui-ci est considéré comme ayant consenti tacitement à cautionner des dettes de gestion de son fils; enfin nous avons déjà vu que dans le droit de Justinien, la stipulation n'est pas nulle si le débiteur promet moins que ce que le créancier a stipulé : le créancier est censé, en ne protestant pas, accepter le contrat sur les bases nouvelles proposées par le débiteur.

2) Le consentement doit être sérieux :

Le consentement donné "*jocandi causa*", par plaisanterie, n'oblige pas : ainsi en est-il de l'acteur qui, pour jouer son rôle, doit prononcer les paroles de la *sponsio*. Le formalisme avait primitivement une telle force qu'on pouvait se demander si les paroles de la *sponsio* n'obligeaient pas nécessairement celui qui les prononçait, fût-ce par jeu. Mais dès la fin de la République, Varron (LL. 6.72) est déjà d'avis qu'une *sponsio* prononcée sur la scène n'a aucune valeur juridique et l'on retrouve la même opinion chez Paul (D. 44.7.3.2).

3) Le consentement ne doit pas être simulé :

Lorsque des particuliers feignent de passer entre eux un contrat pour dissimuler l'opération qu'ils font en réalité, il est à craindre qu'ils soient mus par des mobiles inavouables, le désir de tromper un tiers - ou de tourner la loi (1).

Avec le formalisme ancien, les actes fictifs étaient cependant valables; du moment qu'ils étaient faits en bonne forme, il n'y avait pas à rechercher les réalités qu'ils dissimulaient : on ne se préoccupait pas de la volonté véritable des parties, mais seulement de la volonté que l'accomplissement des formalités avait manifestée.

Lorsque s'établit, vers la fin de la République, la prohibition des donations entre époux, il devint nécessaire d'abandonner cette conception. La jurisprudence fut d'avis que les époux qui, pour déguiser

---

(1) Il importe cependant de ne pas confondre simulation et fraude à la loi : cf. ROTONDI : "*Gli atti in frode alla legge*" (1911) : les actes frauduleux sont nuls.

une donation prohibée, passaient entre eux une vente fictive, ne faisaient rien de valable. Mais il ne semble pas qu'à l'époque classique cette solution ait été admise en dehors du cas spécial des donations entre époux. En principe l'acte apparent était valable, sans qu'on ait à rechercher l'intention véritable des parties.

A la Basse-Epoque, c'est la solution inverse qui finit par prévaloir. Une constitution de Dioclétien de 293 déclare nul l'acte fait en fraude de la loi. L'acte apparent est sans valeur. Mais si l'acte que les parties ont dissimulé n'est pas illicite, il est valable : c'est ce qu'exprime Dioclétien par la maxime : "*simulata non valent, dissimulata valent*" (C. 22.1-2 et 2.4.21).

Notre droit moderne a repris cette idée : la simulation n'est pas elle-même une cause de nullité dans les rapports entre parties.

#### 4) Le consentement doit être exempt de vices :

### LES VICES DU CONSENTEMENT

Le droit civil français frappe d'une nullité relative les contrats entachés de certains vices du consentement. Ces vices sont l'erreur, le dol, la violence et dans certains cas, la lésion.

Le système moderne trouve son origine dans le droit romain, mais en droit romain, les choses se présentaient sous un angle assez différent : en droit romain, lorsqu'un vice du consentement est pris en considération, la sanction n'est pas nécessairement la nullité du contrat; d'autres solutions sont possibles et lorsque le *jus civile* admet la nullité, c'est une nullité radicale : les romains n'ont pas connu une théorie des nullités aussi nuancée que celle qui figure dans nos législations modernes, avec la distinction des nullités absolues et des nullités relatives. Ce que l'on trouve en droit romain, c'est une opposition entre les actes déclarés nuls "*ipso jure*", par le droit civil, et les actes privés pratiquement d'effets par des procédés prétoriens (notamment *exceptiones*).

#### § 1 - L'ERREUR

L'erreur consiste à croire une chose qui est contraire à la réalité. Il peut y avoir erreur de droit ou erreur de fait.

• L'erreur de droit : ne peut pas, en principe, être invoquée par celui qui l'a commise : nul n'est censé ignorer la loi. Le droit romain se montre cependant en cette question beaucoup moins rigoriste que notre droit moder-

ne : les mineurs, les femmes, les soldats ne devaient pas souffrir les conséquences dommageables de leur ignorance du droit : ces personnes pouvaient invoquer l'erreur de droit pour éviter une perte; mais elles ne le pouvaient pas pour réaliser un gain.

• L'erreur de fait ne constitue pas nécessairement un vice du consentement. Le droit romain ne tient compte que de l'*error essentialis*, l'erreur qui exclut le consentement. L'erreur est essentielle lorsqu'elle porte sur un élément essentiel du contrat :

1. Ce peut être une erreur in negotio, portant sur la nature de l'acte juridique auquel on consent : par exemple on se figure recevoir une chose à titre du prêt à usage, alors qu'en réalité elle est remise en dépôt : il n'y a ni dépôt ni commodat.
2. Ce peut être une erreur in persona, portant sur l'identité de la personne avec laquelle on contracte. Dans la plupart des contrats cette erreur n'est pas considérée comme essentielle : peu importe que le vendeur soit Seius ou Titius, du moment qu'on obtient bien la chose qu'on désire acheter.

L'erreur sur la personne n'est essentielle que dans les contrats conclus "*intuitu personae*", comme le mandat, la société, et dans les contrats désintéressés, ou de bienfaisance comme la *fiducia cum amico*, le prêt à usage, le dépôt. Il en est de même en matière de *mutuum*, qui est en soi un prêt gratuit : Celsus considère que le *mutuum* n'est pas valable si le prêt est consenti par une autre personne que celle de qui l'emprunteur comptait recevoir les deniers : l'obligation de restituer découle alors non du contrat de *mutuum*, mais du principe de l'enrichissement sans cause (*condictio Iuventiana* cf. D. 12.1-32).

3. Enfin on considère comme essentielle l'erreur in corpore, portant sur l'identité même de l'objet du contrat : "Si tu croyais vendre le fonds Sempronien alors que moi je croyais t'acheter le fonds Cornélien, la vente est nulle parce que nous ne sommes pas d'accord sur l'objet" (ULPIEN 18.1.9).

Lorsqu'une erreur essentielle se produit chez l'un des contractants, les deux volontés ne se sont pas rencontrées; le contrat ne peut pas se former : il est radicalement nul. Si une prestation a été déjà fournie en exécution du contrat, elle a été fournie à tort et peut être reprise au moyen d'une *condictio* : on a payé ce qui n'était pas dû.

Il faut bien remarquer que l'erreur sur l'objet n'est essentielle que si elle porte sur l'identité de l'objet (*error in corpore*) : l'erreur sur la qualité de l'objet n'empêche pas en principe le contrat d'être valable. Cette solution est affirmée aussi bien en matière de vente, contrat de bonne foi (D. 19.1-21.2) qu'en matière de stipulation, contrat de droit strict (D. 45.1-28).



Cette solution, sévère pour la victime de l'erreur, reçut, du moins en matière de vente, d'importants correctifs :

- Tout d'abord l'erreur sur certaines qualités fut considérée comme portant sur la nature même de l'objet : ainsi l'erreur sur le sexe de l'esclave que l'on achète est une erreur essentielle. Par contre il n'y a pas d'erreur essentielle si l'on s'est trompé sur l'âge de l'esclave, ou si l'on a cru vierge une femme esclave qui ne l'était pas (ULPIEN : D. 18.1-1).

De plus les juriconsultes se sont occupés particulièrement de l'erreur *in substantia* : l'erreur sur la matière dont la chose est faite.

a) En matière de stipulation,

contrat de droit strict, il n'était guère possible de prendre ce genre d'erreur en considération. Si le stipulant craignait de se tromper sur la matière, il n'avait qu'à prendre ses précautions, en introduisant une stipulation de peine, ainsi conçue : "me promets-tu en outre 10.000 sesterces si cet objet que j'ai stipulé de toi n'est pas en or ?".

Ou bien si le stipulant craignait d'être trompé par son partenaire, il pouvait ajouter au contrat une "stipulation relative au dol" (*cautio de dolo*) : mais il n'obtenait alors de dommages-intérêts qu'en prouvant qu'une escroquerie avait été commise par son partenaire qui lui avait fait par exemple prendre du bronze doré pour de l'or.

b) En matière de vente,

une solution plus avantageuse pour l'acheteur fut admise à l'époque classique. Julien (début du II<sup>e</sup> s.) fut le premier à soutenir que l'erreur sur la matière devait entraîner la nullité de la vente, alors même que le vendeur serait de bonne foi (D. 18.1-41.1). Mais cette opinion ne fut pas partagée par tous les juriconsultes : Marcellus (milieu II<sup>e</sup> s.) était d'avis que "la vente est valable, alors même qu'on s'est trompé sur la matière de l'objet vendu" (cité par ULPIEN : D. 18.1-9.2).

Ulpian, qui critique cette doctrine, se rallie à l'opinion de Julien, en faisant intervenir des notions philosophiques. A la base de toutes ces discussions nous trouvons en effet de profondes divergences philosophiques : les disciples d'Aristote considéraient que la forme est ce qu'il y a d'essentiel en toutes choses : une table est une table, qu'elle soit de bois ou d'argent. Telle était l'opinion soutenue par Marcellus.

Les stoïciens, au contraire, pensaient que c'est la matière qui constitue la nature essentielle, "*ousia*", des choses : la forme ne fait qu'ajouter à la matière des qualités accidentelles. L'or est toujours de l'or, qu'on en fasse un vase, un collier ou une statue. C'est l'opinion que professe Ulpien : si l'on achète une chose que l'on croit en or alors qu'elle est en bronze, il y a erreur sur la "substance", sur la nature essentielle de la chose; cette erreur est exclusive du consentement; la chose qu'on vous offre n'est pas celle que vous aviez en vue.

L'expression "erreur sur la substance" qui figure dans l'art. 1110 de notre Code civil vient de ce texte d'Ulpien, transmis par Pothier. Mais Pothier et nos civilistes modernes entendent par là "l'erreur qui tombe sur les qualités que les contractants ont eu principalement en vue"; alors que pour Ulpien, il s'agissait uniquement de l'erreur sur la matière dont la chose est faite.

De plus, en droit moderne, l'erreur sur la substance peut être invoquée dans toutes sortes de contrats : en droit romain, il n'en est question qu'en matière de vente. Les solutions proposées par les juristes à propos de la vente peuvent, peut-être, concerner aussi d'autres contrats consensuels, mais elles ne s'appliquent pas aux contrats *re* : l'erreur sur la matière dont est faite la chose donnée en gage n'entraîne aucunement la nullité du contrat de *pignus*. Enfin elles ne sauraient évidemment être étendues aux contrats de droit strict.

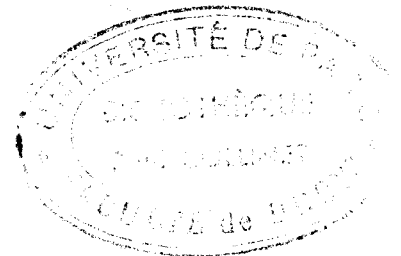
Ainsi limitée à quelques contrats, la théorie de l'erreur sur la substance y est appliquée de façon assez restrictive : les textes du Digeste admettent la validité de la vente d'une chose en or, alors que l'or n'a pas le titre que l'on croyait, ou si la chose n'est que partiellement en or. Marcien et Paul déclarent que la vente est valable si la table vendue n'est pas en citronnier comme on le croyait, ou si le vase est de vermeil alors qu'on le croyait en or (D. 18.1.45; 19.1-21.2).

Mais il est fort possible que ces textes aient été remaniés par les compilateurs : dans le droit de Justinien en effet, plutôt que d'admettre la nullité de la vente, on préfère la déclarer valable et accorder à l'acheteur l'action *empti* pour qu'il obtienne des dommages intérêts en invoquant la théorie de la garantie contre les vices, comprise à cette époque de façon très large.

## § 2 - LE DOL ET LA VIOLENCE

### Principes généraux :

Celui qui contracte sous l'empire d'une contrainte n'est pas libre. Celui qui contracte sous l'empire du dol est victime de manœuvres trompeu-



ses. On peut présumer que ces personnes n'auraient pas consenti, si leur volonté avait été libre et éclairée. C'est pourquoi le droit moderne voit dans le dol et la violence des vices du consentement, et édicte la nullité relative des actes juridiques conclus par des personnes dont le consentement a été ainsi extorqué.

Mais ces considérations étaient étrangères au vieux droit romain : dans l'ancien droit romain les actes juridiques entachés de dol ou de violence étaient parfaitement valables. Les vieux romains pensaient que l'individu qui consentait pressé par une contrainte, consentait tout de même : "*co-actus volui, tamen volui*". La victime de la violence faisait un choix : elle préférait passer l'acte juridique plutôt que de subir de mauvais traitements : elle manifestait ainsi sa volonté.

Quant au dol, les vieux romains n'y voyaient qu'un bon tour joué par un homme habile à un partenaire trop naïf : la victime n'avait qu'à s'en prendre à elle-même d'avoir été assez sotte pour se laisser duper.

Ces conceptions simplistes furent abandonnées avec les progrès de la civilisation. L'apparition des contrats de bonne foi manifesta déjà le souci de faire triompher l'honnêteté dans les rapports juridiques. Dans ces sortes d'affaires les parties doivent se comporter selon l'usage des honnêtes gens : rien n'est plus contraire à la bonne foi que d'extorquer un consentement par menaces ou tromperies. Les actions qui sanctionnent ces contrats donnent au juge la mission d'apprécier ce qui est dû, conformément à la bonne foi : le juge doit donc tenir compte du dol ou de la violence dont l'une des parties a pu être victime.

Dans les contrats de droit strict le créancier pouvait se prémunir contre le dol de son partenaire, en insérant dans le contrat une "*cautio de dolo*", une stipulation par laquelle le débiteur s'engageait formellement à ne commettre aucun dol. De plus la loi *Plaetoria* s'était occupée de réprimer, sous le nom de *circumscriptio*, le délit qui consiste à abuser de l'inexpérience d'un mineur de 25 ans.

Mais c'est à l'initiative du préteur que revient tout l'honneur des dispositions capitales en matière de dol et de violence. Dans sa forme définitive l'édit du préteur contenait en matière de dol et de violence des mesures symétriques : pour le dol comme pour la violence, trois recours prétoriens étaient prévus au profit de la victime : une action, une exception, une *restitutio in integrum*.

Le recours le plus ancien est l'action. Considérant le dol et la violence comme des agissements délictueux - le préteur avait d'abord organisé une répression de ces délits au moyen d'actions pénales : sous couleur de peine pécuniaire, ces actions aboutissaient à procurer à la victime une réparation du préjudice qu'elle avait subi du fait du dol ou de la violence.

Enfin le prêteur ne s'en tint pas à cette mesure répressive : il corrigea le système de droit civil. Au moyen de l'exception et de la restitution *in integrum*, il frappa d'une invalidité prétorienne des actes qui, bien que conclus sous l'empire du dol ou de la violence, étaient valables d'après le *jus civile*. Au moyen de l'exception la victime pouvait refuser d'exécuter le contrat; au moyen de la *restitutio in integrum* elle obtenait la rescision du contrat : sa libération, si elle n'avait pas encore exécuté ou, si elle avait exécuté, la restitution de ce qu'elle avait payé.

A/ Le dol :

. Définition :

L'expression "*dolus malus*" correspond dans la langue juridique à deux notions distinctes. Très souvent, on entend par là l'intention mauvaise, la volonté de nuire : nous rencontrerons ce sens du mot dol quand nous nous occuperons des délits : d'ordinaire l'auteur d'un acte délictueux n'est punissable que s'il a agi "*dolo malo*", c'est-à-dire intentionnellement. Nous trouverons aussi ce sens du mot dol dans l'expression "*praestare dolum*" = répondre de son dol : lorsque l'exécution d'une obligation est devenue impossible, le débiteur est responsable si, "*dolo malo*", il l'a rendue impossible, par exemple en détruisant volontairement la chose due.

Mais le dol dont nous avons à nous occuper ici, comme vice du consentement, est autre chose. Labéon le définit ainsi : "toute supercherie, toute fraude, toute machination employées en vue de tromper, de décevoir autrui" (D. 4.3.1.2).

. Dol et erreur :

Le dol est le moyen employé pour provoquer une erreur. La notion de dol ne fait pas cependant double emploi avec celle d'erreur. D'abord il peut y avoir erreur sans dol, si l'une des parties se trompe elle-même : en cas de dol, la victime est trompée par son partenaire. De plus l'erreur n'est pas toujours prise en considération : nous avons vu que d'ordinaire l'erreur sur la qualité n'empêche pas le contrat d'être valable; mais si cette erreur a été provoquée par les manœuvres de l'un des contractants, l'autre peut se prévaloir des mesures qui protègent la victime du dol.

. Quelle sorte de dol prend-on en considération ?

- a) Toute tromperie n'est pas nécessairement un dol dont on puisse faire état : le droit n'attache de conséquence qu'à la tromperie qui est vraiment susceptible d'induire en erreur. Ainsi le marchand qui van-

te sa marchandise, qui la présente de façon à la rendre plus plaisante, agit selon des usages qui ne doivent tromper personne : c'est un *dolus bonus*.

- b) Le droit civil français fait une distinction entre le dol principal et le dol incident : le dol principal rend le contrat annulable tandis que le dol incident ouvre simplement au profit de la victime le droit d'obtenir des dommages intérêts.

Il y a dol principal "lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident, que sans ces manoeuvres l'autre partie n'aurait pas contracté (art. 1116 C.C.). C'est ce que les glossateurs appelaient le "*dolus causam dans contractui*" : le dol qui a incité à contracter. Le dol est incident lorsqu'il n'a pas déterminé la volonté de contracter, mais a incité la victime à consentir des conditions plus onéreuses pour elle.

Cette distinction n'est pas romaine : les rédacteurs du Code Civil l'ont empruntée à Pothier, et Pothier s'était inspiré des glossateurs. Ceux-ci avaient imaginé cette distinction pour expliquer un texte obscur du Digeste dont nous parlerons plus loin. Le droit romain classique et, semble-t-il aussi le droit de la Compilation, attachent au dol les mêmes effets, sans qu'on ait à savoir si, à défaut de tromperie, la victime se serait ou non abstenue de conclure le contrat.

- c) Enfin - et c'est un point sur lequel on ne saurait trop insister, la victime du dol n'a de recours que contre l'auteur même du dol. Cette solution est passée dans notre législation moderne.

Si en contractant, une des parties est victime d'un dol commis par un tiers, elle n'a aucun recours contre l'autre partie : il est possible que celle-ci ait profité du dol, mais si elle ne l'a pas commis elle-même, elle n'en est pas responsable. La victime en pareil cas ne peut trouver dans le contrat aucun remède contre le dol. Mais le droit romain considère que le tiers, auteur du dol, a commis un délit et cela peut justifier, au profit de la victime, l'exercice d'une action étrangère au contrat - l'action du dol - contre l'auteur du dol.

-----

De quelle façon le droit romain parvenait-il à protéger la victime du dol ? Dans les contrats de bonne foi le dol était pris en considération, en vertu des règles mêmes du *jus civile*, qui régissent les actions de bonne foi.

Lorsque ces règles ne pouvaient pas être invoquées - notamment dans les contrats de droit strict - le préteur venait au secours de la victime. Il y avait donc deux systèmes en matière de dol : l'un civil, l'autre prétorien.

. Système du *jus civile* :

Dans les contrats de bonne foi, d'après les principes du *jus civile*, le dol ne rendait le contrat ni nul ni même annulable. L'idée que le dol puisse être une cause de nullité est tout à fait étrangère au droit romain classique et probablement au droit de Justinien.

Il n'existe dans toute la Compilation qu'un seul texte (D. 4.3-7 pr) qui parle d'une nullité de la vente pour cause de dol : ce texte obscur a toujours embarrassé les commentateurs. Le romaniste hollandais, M. Van Oven (1) est parvenu à démontrer que la phrase où il est question de la nullité de la vente est une glose ajoutée au texte d'Ulpien par quelque juriste de Basse-Epoque, avant Justinien. Les juristes orientaux ont été parfois tentés de voir dans le dol une cause de nullité des contrats de bonne foi : cette conception apparaît encore aux Basiliques, dans une scholie de l'Anonyme sur ce texte du Digeste (Bas. 10.3.7 - Heimb. 1 p. 498). Mais cette conception n'était certainement pas celle des jurisconsultes classiques, ni même des Compilateurs : c'est par inadvertance qu'ils ont reproduit la glose obscure qui figurait déjà dans l'édition d'Ulpien dont ils se sont servis pour rédiger le Digeste.

Si le dol n'entraînait pas la nullité des contrats de bonne foi, quel était donc son effet ?

Ces contrats étaient sanctionnés par des actions, dont la formule, avec la clause "*ex fide bona*", invitait le juge à apprécier l'existence et l'étendue de l'obligation du défendeur, en tenant compte de la bonne foi : le juge avait ainsi le pouvoir de prendre en considération le dol commis soit par le demandeur, soit par le défendeur. Bien entendu, il ne pouvait pas s'occuper du dol commis par un tiers.

a) Le débiteur - défendeur au procès - se prétend victime d'un dol commis par le demandeur : il n'a pas besoin pour s'en prévaloir de faire insérer l'exception de dol dans la formule : il peut invoquer le dol comme un moyen de défense au fond. Si le juge constate que le défendeur a été victime d'un dol commis par le demandeur, il en tirera les conséquences que l'équité paraît imposer : le juge peut absoudre complètement le défendeur, s'il apparaît qu'en bonne foi il

---

(1) VAN OVEN : D. 4.3-7 pr : "Contribution à l'histoire du dol" dans "Studi Albertario" 1950 p. 275. C'est pour expliquer ce texte que les glossateurs ont imaginé leur distinction du dol principal et du dol incident.

ne doit rien. Il peut aussi, selon nous, se contenter de réduire la condamnation.

- b) Le créancier a été victime d'un dol : il peut se servir de l'action même du contrat pour réclamer des dommages-intérêts. Nous avons rencontré de nombreuses applications de cette solution en matière de vente : l'acheteur peut exercer l'action *empti* pour réclamer des dommages-intérêts lorsque le vendeur l'a trompé soit en lui faisant croire qu'il lui cédait la propriété qu'il n'avait pas, soit en dissimulant un vice caché.

• Système prétorien :

Lorsque l'action du contrat ne permet pas de secourir la victime du dol, le préteur met à sa disposition divers moyens : action *doli*, exception *doli*, *restitutio in integrum ob dolum*. Ces moyens entrent en jeu lorsque le contrat est de droit strict, sans clause de dol ; ou bien encore lorsque dans un contrat de bonne foi l'une des parties a été victime d'un dol commis par un tiers.

1°) Action *doli* :

Cette action a été créée par Aquilius Gallus, ami de Cicéron et préteur pérégrin en 66 av. JC. (CIC : "*De Off.*" 3.1.1).

Elle est dirigée contre l'auteur du dol : contre la personne avec laquelle la victime a contracté, si le dol émane de celle-ci - ou contre un tiers, si le dol n'émane pas du co-contractant.

L'action *doli* est infâmante : elle entraîne l'infâmie pour celui qui est condamné. Elle revêt même à certains égards l'aspect d'une action pénale : elle se prescrit rapidement (annale) ; elle se donne "*noxaliter*" contre le père ou le maître si le dol a été commis par son fils ou son esclave. Ces particularités laissent supposer qu'aux yeux du préteur le dol était un délit.

Cependant l'action *doli* remplit une fonction indemnificatrice et de ce fait son caractère pénal se trouve atténué : la victime obtient en effet une somme d'argent calculée au simple (préjudice subi). L'action *doli*, dans le droit de Justinien tout au moins, est arbitraire : l'auteur du dol est d'abord invité par le juge à procéder à des restitutions en nature et c'est seulement s'il n'obtempère pas qu'il est condamné à une somme d'argent.

Contrairement à ce qu'on trouve ordinairement dans les actions pénales, l'action *doli* se transmet contre les héritiers, tenus seulement il est vrai dans la mesure de l'enrichissement que leur procure l'acte dolosif du défunt.

Enfin l'action *doli*, non seulement ne se cumule pas avec les autres voies de droit qui appartiennent à la victime, mais a même un caractère subsidiaire : le prêteur ne l'accorde que si la victime n'a pas d'autre moyen d'obtenir réparation du préjudice.

Cette solution est sans doute dictée par le désir de ne recourir à une action infâmante qu'en dernier état de cause. Pour la même raison l'action *doli* est donnée sous une forme particulière, "*in factum*" non infâmante, dans des cas où le prêteur juge opportun d'éviter l'infâmie au défendeur, notamment lorsque l'auteur du dol est un proche parent de la victime.

Prévue par le prêteur avec une certaine parcimonie, l'action *doli* reçut, sous l'impulsion de Labéon, de très nombreuses applications. Labéon en préconise l'octroi dans toutes sortes d'hypothèses où il ne s'agit nullement de tromperies dans un acte juridique, mais d'agissements répréhensibles qui ne tombent sous le coup d'aucune loi. Cette jurisprudence fit de l'action *doli* une panacée, un remède auquel on avait recours pour combler des lacunes du droit positif, toutes les fois qu'il paraissait équitable de trouver une sanction.

## 2°) L'exception *doli* :

Elle a été établie soit en même temps que l'action, soit très peu de temps après sa création. C'est une exception perpétuelle et péremptoire.

En faisant insérer l'exception de dol dans la formule, le défendeur obtient son absolution, s'il parvient à prouver devant le juge que le demandeur a commis un dol à son égard. Le débiteur qui a contracté sous l'empire du dol peut de cette façon refuser d'exécuter : le contrat entaché de dol, alors même qu'il est valable "*jure civili*", est frappé d'une sorte de nullité prétorienne : l'exception en paralyse les effets.

Lorsqu'un débiteur prétend en justice que son consentement a été extorqué par dol, il invoque un dol contemporain du contrat, par conséquent un dol passé : *dolus praeteritus*.

Mais on peut aussi recourir à l'exception *doli* lorsque le demandeur commet un dol au moment du procès et par le fait même qu'il ose faire le procès : le dol est alors un dol "présent" : *dolus praesens*. Ce genre de dol n'est pas une manoeuvre trompeuse, mais consiste dans le fait d'exercer une action en justice quand il serait honnête de ne pas le faire.

L'exception "de dol présent" est une exception générale qui peut être utilisée dans des hypothèses très diverses : elle remplace toutes les exceptions particulières, car c'est commettre un dol qu'in-



tenter une action quand une exception particulière peut être opposée. Nous trouverons une application de cette exception *doli* en matière de compensation : c'est au moyen d'une "exception *doli praesentis*" que le débiteur peut, dans les actions de droit strict, contraindre le créancier à opérer la compensation.

- 3°) La *restitutio in integrum ob dolum* ne fonctionne que dans de rares hypothèses. Ce moyen a été introduit dans l'édit assez tardivement pour compléter le système de l'action et de l'exception et en combler quelques lacunes.

### B/ La violence :

A l'époque des guerres civiles les préteurs furent amenés à prendre des mesures contre les individus qui extorquaient le bien d'autrui en usant de violences. S'inspirant sans doute des lois "*de repetundis*", qui prévoyaient les extorsions commises par les magistrats au détriment de leurs administrés, les préteurs appliquèrent la peine du quadruple aux particuliers qui s'emparaient du bien d'autrui par violence. C'est cette peine du quadruple que Lucullus introduisit dans l'édit en 76 av. JC. pour punir - sous la dénomination de *rapina* - les actes de brigandage commis sur la propriété d'autrui. Nous reviendrons sur la *rapina* à propos des délits.

En 71, après la dictature de Sylla, le préteur Octavius s'occupait de façon particulière des violences employées en vue de déterminer une personne à passer un acte juridique. Le préteur déclarait qu'il ne tiendrait pas pour valables les actes conclus sous l'empire de la violence : "*quod metus causa gestum erit, ratum non habebō*".

Le terme employé par l'édit n'est pas le mot *vis* (violence), mais bien le mot *metus* = crainte inspirée par la violence. Il peut s'agir d'une contrainte physique, mais aussi de menaces. Le préteur ne tient compte de la violence que si elle est considérable, de nature à ébranler un homme courageux (*homo constantissimus*).

L'Édit de Julien prévoyait en matière de *metus* trois moyens qui paraissent bien avoir été imaginés par des préteurs successifs, dans l'ordre suivant :

- 1) L'action *metus causa*  
ou action *metus* :

Créée par Octavius : c'est la "*formula Octaviana*" dont parle Cicéron.

La *metus* est un délit prétorien : l'action *metus* présente même un caractère pénal beaucoup plus accentué que l'action *doli*. Comme l'action *doli*, elle est annale, se donne *noxaliter*, mais à la différence de l'action *doli* elle aboutit à une véritable peine pécuniaire très supérieure à la valeur du préjudice : elle est au quadruple du dommage causé si on l'intente dans l'année du délit : elle est ensuite au simple.

L'action *metus* remplit cependant une fonction indemnificatrice qui l'oppose à certains égards aux vraies actions pénales.

Elle peut être exercée contre les héritiers : ceux-ci, il est vrai, ne sont tenus que dans la mesure de leur enrichissement au simple.

Contrairement aux véritables actions pénales elle ne se cumule pas lorsqu'il y a plusieurs coupables, et son cumul avec les autres voies de droit est ordinairement écarté. Ainsi Julien n'admet pas qu'on puisse opposer l'exception de violence quand on a déjà exercé l'action *metus*.

Enfin dans le droit de Justinien, l'action *metus*, comme l'action *doli*, est arbitraire : elle n'aboutit à la peine du quadruple que si le défendeur ne procède pas aux restitutions qui lui sont d'abord ordonnées par le juge. Le but poursuivi est donc, moins de punir, que d'obtenir l'anéantissement des effets de l'acte juridique entaché de violence.

Il existe entre l'action de dol et l'action de violence une différence remarquable; tandis qu'on ne peut exercer l'action *doli* que contre l'auteur du dol, on peut poursuivre par l'action *metus*, non seulement celui qui a commis la violence, mais toutes les personnes qui ont profité de l'acte entaché de violence, même les tiers acquéreurs de bonne foi : c'est pourquoi un texte du Digeste dit que cette action est "*in rem scripta*" (MARCELLUS chez ULPYEN : D. 4.2-8.8), bien qu'il s'agisse évidemment d'une action personnelle.

## 2) Exception metus :

Par l'action, la victime prend l'initiative d'attaquer l'acte qui lui a été extorqué : par l'exception, au contraire, elle se défend, si on veut l'obliger à exécuter sa promesse. L'exception de violence est perpétuelle et péremptoire.

## 3) In integrum restitutio ob metum :

Ce moyen est accordé par le préteur avec une certaine prudence : "*cognita causa*", après avoir examiné lui-même l'affaire. Par la *restitutio*, la victime prend l'initiative d'attaquer l'acte entaché de violence, mais sans demander l'application d'une peine. La *restitutio* a pour effet de produire la rescision de l'acte. Ce moyen est parfois plus avantageux

que l'action : notamment lorsque le bénéficiaire de l'acte attaqué est un insolvable : la peine du quadruple n'offre pas grand intérêt si celui qui doit la payer est insolvable. La *restitutio in integrum* au contraire efface les aliénations qui ont été faites et permet d'exercer des actions réelles qui, "restituées" contre les tiers, permettent de reprendre la chose.

### § 3 - LA LESION

Il est d'usage d'étudier la lésion à la suite du dol et de la violence; la lésion n'est cependant pas un vice du consentement : c'est une notion économique.

La lésion n'est pas autre chose que le préjudice qu'éprouve une des parties, dans un acte à titre onéreux, lorsqu'il existe une disproportion marquée entre la prestation qu'elle obtient et le sacrifice qu'elle consent : il y a lésion quand, par exemple, un acheteur achète trop cher, ou quand un vendeur vend à trop bas prix.

La lésion ne peut pas exister dans les contrats de bienfaisance (comme le dépôt, le commodat, le mandat) : dans des contrats qui ne comportent pas de prestations réciproques, il n'y a pas à essayer de savoir si elles sont équivalentes.

Il ne peut davantage être question de lésion dans les contrats aléatoires : par leur nature même ces contrats impliquent des risques acceptés par les parties, de leur plein gré.

En définitive la lésion n'intéresse que les contrats à titre onéreux et commutatifs.

Est-il opportun que le législateur fasse de la lésion une cause de nullité dans les contrats de cette catégorie ? D'un point de vue moral, lorsque les prestations réciproques sont trop inégales, le contrat n'est pas honnête et ne mérite pas la protection des lois. Tel était le point de vue des canonistes avec leur doctrine du "juste prix", et le Code civil allemand considère comme "contraire aux bonnes moeurs" l'acte dans lequel l'équivalence des prestations fait défaut "de façon anormale".

D'un point de vue simplement juridique, il y aurait un avantage technique incontestable à faire de la lésion une cause de nullité : ce serait une façon de compléter la théorie des vices du consentement : d'ordinaire le consentement d'une personne qui passe un contrat qui la lèse est un consentement vicié de quelque manière : dans des cas où il peut être difficile de prouver une erreur, un dol ou une violence, la lésion, qui laisse supposer l'existence d'un de ces vices, pourrait être une cause opportune de nullité.

Mais on peut objecter qu'une législation qui admettrait facilement l'annulation des contrats pour cause de lésion risquerait de lui enlever toute stabilité. Sous prétexte de lésion il serait possible de les attaquer toutes les fois qu'on regretterait de les avoir conclus. Ce danger se trouve encore aggravé par le fait qu'il est très difficile d'apprécier la valeur des choses. La notion de valeur est complexe. Il serait imprudent de faire dépendre la validité des contrats d'une notion aussi sujette à discussion.

C'est pourquoi notre Code Civil ne tient compte de la lésion qu'à titre tout à fait exceptionnel, "dans certains contrats et à l'égard de certaines personnes" (art. 1118).

Cette solution moyenne était déjà celle du droit romain qui ne tient compte de la lésion que dans les cas suivants :

1. Lorsque la victime est un mineur de 25 ans : elle peut obtenir la *restitutio in integrum ob aetatem*, c'est-à-dire la rescision de l'acte, à condition que la lésion ait pour cause son inexpérience.
2. Les majeurs ne peuvent attaquer, pour cause de lésion, que les actes suivants :
  - a) En matière de société, lorsque les associés s'en remettent à un arbitre pour déterminer la répartition des bénéfices : si la répartition lèse un associé, il lui est permis d'attaquer la décision de l'arbitre.
  - b) En matière de vente d'immeubles : le vendeur peut demander la rescision du contrat si le prix n'atteint pas la moitié de la valeur de la chose vendue. Mais l'acheteur peut éviter la rescision et conserver l'immeuble en versant un complément de prix.

Cette solution est passée dans notre droit moderne (lésion des 7/12 dans les ventes d'immeubles). Elle apparaît dans des constitutions de Dioclétien (285 à 293). Il est possible que la crise économique qui a conduit Dioclétien à protéger les acheteurs en tarifant les denrées (édit du Maximum) - ait aussi incité cet empereur à organiser, en faveur des vendeurs d'immeubles, la rescision pour cause de lésion.

Mais il est fort possible aussi que Justinien, qui a reproduit ces constitutions, les ait interpolées (C. 4.44-2 à 14); Justinien a bien senti le besoin, non pas, comme on l'a dit parfois, de faire triompher la doctrine chrétienne du juste prix - mais de protéger les "*humiliores*" qui, accablés par la misère, étaient tentés de vendre leurs terres à vil prix à des "*potentes*".

Bien que les constitutions ne s'expriment pas nettement sur ce point, la rescision de la vente pour cause de lésion semble bien n'avoir concerné que les ventes d'immeubles : la constitution C. 4. 44.2, après s'être exprimée en termes généraux, ne parle ensuite que de fonds de terre.

- c) Enfin le droit du Bas Empire admet la rescision des partages pour cause de lésion (DIOCLETIEN : C. 3.38.3 = Col. 2.6) l'article 887 CC ne l'admet que si la lésion est de plus d'un quart.

## DIVISION II : L'OBJET DE L'OBLIGATION

Pour la commodité du langage on appelle "objet du contrat" ce qui en réalité constitue l'objet de l'obligation : pour qu'un contrat soit valable, il faut que l'obligation que les parties conviennent d'établir entre elles ait un objet remplissant certaines conditions.

A considérer les choses de plus près, on peut même remarquer qu'on s'exprime improprement quand on dit que l'obligation a pour objet telle chose, par exemple l'esclave Stichus. En réalité, quand un débiteur s'engage à "*dare Stichum*", son obligation a pour objet une *datio*, c'est-à-dire un transfert qu'il réalisera par mancipation ou tradition; Stichus est l'objet de cette mancipation ou de cette tradition que le débiteur doit accomplir.

Cette précaution étant prise, nous pourrions parler de l'objet des contrats, sachant que c'est une façon commode, mais elliptique de s'exprimer.

### § 1 - CLASSIFICATION DES OBLIGATIONS D'APRES LEUR OBJET

Il existe une classification des obligations - et par le fait même des contrats - d'après leur objet.

- 1°) L'obligation peut consister à *dare*, ou à *facere*, ou à *praestare*.

Cette classification tripartite était susceptible, à l'époque classique, d'embrasser toutes les prestations possibles (PAUL : D. 44. 7.3). Mais il n'est pas toujours aisé de préciser le sens que les jurisconsultes entendaient donner à ces trois termes. Ordinairement *da-*

*re*, c'est transférer la propriété, *facere* c'est faire quelque chose, rendre un service, et *praestare* c'est fournir une prestation quelconque sans transférer la propriété. Mais la terminologie juridique est loin d'avoir toujours cette rigoureuse précision.

*Facere*, au sens large, englobe services et abstentions (*non facere*), englobe aussi - ce qui est plus grave - des prestations que l'on désigne aussi par le mot *praestare*. Cela tient sans doute à des raisons historiques : sous la République - à l'époque où le préteur a été béli le modèle de la plupart des formules d'actions, l'ensemble des prestations possibles était alors défini par les deux verbes *dare* et *facere* : l'*intentio* des actions de bonne foi est ordinairement ainsi conçue "*quidquid ... dare facere oportet ex fide bona*" (1). Avec cette classification bipartite, on devait faire entrer dans le *facere* tout ce qui plus tard devint le domaine du *praestare*.

*Dare*, d'autre part, n'indique pas nécessairement un transfert de propriété. Ce mot figure dans l'*intentio* de l'action *empti*; or l'obligation de vendeur ne consiste pas à transférer la propriété de la chose vendue, mais seulement la "*vacua possessio*". Les expressions "*dare pignus*", "*pignori dare*" sont courantes pour désigner la constitution de gage (cf D. 20.1-1 pr, 1.2.3.4 etc.) : or le gage ne comporte nullement un transfert de la propriété et rend le créancier gagiste simplement possesseur. Alfenus parle même de "*dare operas*" à propos des services dus par l'affranchi à son patron (D. 38.1-26.1).

La notion de *praestare* soulève des difficultés encore plus graves. La réunion des trois verbes : *dare*, *facere*, *praestare* se rencontre pour la première fois dans le chapitre 22 de la *lex Gallia Cisalpina* (49-42 av. JC) mais suivie d'un quatrième verbe : *restituere* : la classification tripartite n'avait pas encore pris sa forme définitive. Dans cette classification, que signifie *praestare* ? Son sens le plus original - et peut-être le plus voisin de son étymologie (*praes*) est celui de responsabilité : *praestare dolum*, *praestare culpam*, c'est répondre de son dol ou de sa faute. Mais il arrive aux jurisconsultes d'employer le verbe *praestare* à propos de toutes sortes de services et de prestations qui pourraient être appelés *facere* : services d'un mandataire ou d'un affranchi, obligation du bailleur ou du colon. Il importe cependant de remarquer que les jurisconsultes, lorsqu'il s'agit d'une obligation de droit strict préfèrent s'en tenir au terme *facere* : c'est dans le cadre des actions de bonne foi que la notion de *praestare* s'est introduite tantôt pour désigner un genre de responsabilité qui était étranger aux opérations de droit strict, tantôt pour désigner une catégorie d'activité détachée du domaine ancien du *facere*.

---

(1) Telles sont les formules des actions *depositi*, *empti*, *locati* (cf. GAIUS IV.47, IV.131 a). Pour les actions *pro socio* et *mandati*, LENEL (édit. § 108, 109) propose "*Quidquid ... dare, facere, praestare oportet*". Si cette reconstitution est exacte on devrait considérer les actions *mandati* et *pro socio* comme plus récentes, ce qui est discutable.

2°) L'objet peut être un *genus* ou un *species*.

. *Genus* = chose de genre, chose dont l'individualité n'est pas prise en considération par les parties.

. *Species* = chose d'espèce, chose dont les parties ont envisagé l'individualité.

Cette classification présente un grand intérêt en matière de responsabilité contractuelle : "*genera non pereunt*" : les choses de genre sont censées ne jamais périr (on peut les remplacer par d'autres).

3°) L'objet peut être certain ou incertain. Une stipulation peut être *certa* ou *incerta* selon son objet.

Gaius (D. 44.1.74) à propos de la stipulation, définit ainsi l'objet certain : "l'objet est certain lorsque les termes de la stipulation permettent de déterminer ce qu'est la chose (*quid*), de quelle qualité elle est (*quale*), et quelle est la quantité promise (*quantum*)". Cette façon de parler ne convient qu'aux choses de genre. En ce qui concerne les choses d'espèce il n'y a pas à parler de leur qualité ni de leur nombre : il s'agit en effet d'une chose que les parties ont envisagée dans son individualité propre : cet objet est certain si les parties s'en font une idée précise : c'est tel esclave. Mais si l'on donne pour objet au contrat l'enfant que telle femme esclave mettra au monde, cet enfant, qui n'existe pas encore, est une "*res incerta*".

Est "certain" l'objet parfaitement déterminé sous tous les rapports au moment où se forme l'obligation.

- L'obligation qui consiste à "*dare rem*" est *certa* ou *incerta*, selon que la "*res*" est *certa* ou *incerta*. L'obligation qui a pour objet le transfert de propriété de telle chose d'espèce ou d'une chose de genre dont on connaît le *quid*, *quale*, *quantum* - est une obligation *certa*. Est encore *certa* l'obligation de constituer une servitude pré-diale déterminée.

Par contre l'obligation de *dare* est *incerta* si l'on s'est engagé à transférer la propriété d'une chose future, ou d'une chose de genre dont on n'a pas précisé la qualité ou la quantité, ou si l'on a promis une rente viagère, ou un usufruit.

- L'obligation qui consiste en un *facere* ou un *praestare* est toujours incertaine.

La distinction des obligations certaines et incertaines présente un intérêt considérable au point de vue procédural. Les obligations certaines sont sanctionnées par des actions de droit strict, la *condic-*

*tio certae pecuniae* et la *condictio certae rei*. Dans ces actions, le demandeur court le risque de commettre une "*plus petitio re*" - et les pouvoirs d'appréciation du juge sont limités. Les obligations incertaines sont sanctionnées soit par des actions de droit strict (action *ex stipulatu incerti*) - soit par des actions de bonne foi. Ces actions laissent au juge un plus grand pouvoir d'appréciation et la *plus petitio re* n'est pas à craindre.

4°) Obligation cumulative, obligation alternative, obligation facultative.

Cette classification concerne des hypothèses où plusieurs objets sont donnés en même temps au contrat.

- L'obligation est cumulative lorsque le débiteur s'engage à fournir tous les objets envisagés dans le contrat : il a promis par exemple de fournir Stichus et Pamphile.
- L'obligation est alternative lorsque le débiteur ne doit fournir que l'un des objets envisagés dans le contrat : le contrat accorde au débiteur la faculté d'opter entre l'une des deux choses. Ainsi le débiteur a promis de fournir Stichus ou Pamphile. Le contrat n'a en réalité qu'un seul objet, une seule des deux choses est due, mais elle reste indéterminée : l'objet se trouvera déterminé par le choix que fera le débiteur au moment d'exécuter.

Si l'un des deux objets périt par cas fortuit, le débiteur reste tenu de fournir l'autre, aussi bien en cas d'obligation cumulative que d'obligation alternative.

- Il en est autrement dans l'obligation facultative : deux choses sont encore mentionnées dans le contrat, mais une seule constitue l'objet de l'obligation, l'autre n'est indiquée que pour ménager au débiteur une facilité de paiement : cette seconde chose n'est pas "*in obligatione*", mais "*in solutione*" : elle est mentionnée dans le contrat, non comme objet de l'obligation, mais "*in facultate solutionis*", comme mode possible de paiement. Par conséquent si l'objet dû à titre principal périt, le débiteur est complètement libéré.

5°) Obligations successives, et non successives.

L'obligation est successive lorsque l'objet consiste en une suite d'actes susceptibles d'être accomplis pendant un certain laps de temps : ainsi en matière de louage - ou bien encore toutes les obligations de ne pas faire. Les obligations non successives au contraire s'exécutent en une seule fois.



§ 2 - CONDITIONS  
QUE L'OBJET DOIT REMPLIR

Pour qu'un contrat soit valable il faut que son objet remplisse plusieurs conditions :

- 1) L'objet doit être le fait du débiteur. Deux personnes qui passent entre elles un contrat ne peuvent pas prévoir une obligation qui serait à la charge d'un tiers. Les promesses pour autrui sont nulles, sauf accords que nous verrons plus loin.
- 2) L'objet doit être possible. Nous avons trouvé des applications particulièrement intéressantes de ce principe en matière de vente, avec la distinction de l'impossibilité de fait et de l'impossibilité de droit. Il s'agit là d'une règle qui concerne toutes les obligations : comme le dit Celsus (D. 50.17-185) : "*impossibilium nulla obligatio*"; l'obligation dont l'objet est impossible est nulle.
- 3) L'objet doit être licite. Nous l'avons constaté pour la vente : c'est également vrai pour tous les autres contrats.
- 4) L'objet doit être suffisamment déterminé.

Cette condition n'est pas en contradiction avec le fait qu'il existe en droit romain des "obligations incertaines" parfaitement valables, par exemple celle qui résulte d'une "*stipulatio incerti*".

Un contrat dont l'objet est "incertain" est dénué de valeur s'il ne contient aucun élément qui permette de déterminer par la suite ce qui est dû. Si par exemple on a stipulé du blé sans indiquer la quantité, le contrat est nul, parce que le promettant pourrait se libérer en offrant un grain de blé.

De même, si dans une vente on décide que le prix sera fixé par un arbitre, le contrat est nul si les parties n'ont pas choisi l'arbitre.

Par contre un contrat est valable quoique son objet soit "*incertum*", s'il contient les éléments qui permettent dans la suite de déterminer ce que le débiteur doit fournir ou doit faire.

Si dans une vente le prix doit être fixé par un arbitre déjà désigné dans le contrat, le prix est inconnu le jour où le contrat est passé, mais on connaît déjà les moyens qui permettront de le déterminer. De même si une femme se constitue une dot sans fixer le montant, elle est valablement obligée : le juge déterminera le montant de la dot en considération des ressources de cette femme et de la condition sociale du mari.

Les obligations ayant pour objet un *facere, praestare*, sont toutes incertaines : cela ne les empêche pas d'être valables, si le juge trouve dans le contrat des éléments qui lui permettent de déterminer leur étendue : ainsi, celui qui s'engage à bâtir une maison contracte une obligation de *facere*, obligation "*incerta*" : pour que le contrat soit valable, il faut que l'on ait précisé l'importance de la construction envisagée, et même, selon Marcellus, que l'on ait déjà connaissance du terrain sur lequel s'élèvera la construction : sans quoi l'objet ne serait pas suffisamment déterminé.

Les contrats de bonne foi ont tous pour objet un *incertum* : ils sont valables si les parties sont tombées d'accord sur les éléments essentiels du contrat (par exemple prix et chose dans la vente) car le juge est ainsi en mesure de déterminer l'étendue de toutes les obligations qui sont susceptibles d'en découler.

5) L'objet doit présenter un intérêt pour le créancier.

Si le créancier n'a aucun intérêt à obtenir l'exécution du contrat, aucune action ne lui sera accordée si le débiteur ne remplit pas ses engagements : pas d'intérêt, pas d'action. C'est pour cette raison que la stipulation pour autrui est nulle.

A l'époque classique il faut même un intérêt pécuniaire, c'est-à-dire appréciable en argent. Dans la procédure formulaire le juge ne pouvait condamner qu'à une somme d'argent : il fallait par conséquent qu'il puisse procéder à une estimation pécuniaire. Le contrat qui ne présentait pour le créancier qu'un intérêt moral ou d'affection était dépourvu de sanction. C'est bien ce qu'affirme Ulpien : "on ne peut faire entrer dans une obligation que ce qui peut se payer et se fournir en argent" (D. 40.7-9.2).

Quelques textes du Digeste apportent à cette règle des tempéraments. Ainsi Papinien tient compte de l'intérêt d'affection en matière de mandat (D. 17.1-54 pr) : on a donné mandat d'affranchir un esclave dont on est le père naturel : Papinien accorde l'action de mandat pour obtenir exécution.

Paul (D. 21.2-71) envisage le cas d'un père qui dote sa fille avec un immeuble qu'il vient d'acheter : ce père peut faire valoir la garantie contre l'éviction car il a un intérêt d'affection à ce que sa fille soit dotée, même si la dot ne doit jamais faire retour entre ses mains à lui.

Il est possible qu'en matière de contrats la procédure extraordinaire ait permis d'exercer des actions en se basant sur un simple intérêt d'affection, au moins dans quelques cas, dès l'époque classique.

Les compilateurs ont généralisé et appliqué cette solution à toutes les actions de bonne foi. On peut les suspecter d'avoir ajouté, au texte de Papinien déjà cité (D. 17.1.54), cette parenthèse : "les meilleurs jurisconsultes sont d'avis que dans toutes les actions de bonne foi il faut tenir compte de l'intérêt d'affection". Par contre la Compilation s'en tient encore à la solution classique en matière d'obligations délictuelles : ainsi, en matière de dommages, l'action *legis Aquiliae* ne permet pas d'obtenir réparation d'un préjudice moral ou d'affection (D. 9.2-33 pr). Sur cette question, cf. MACQUERON : "L'intérêt moral ou d'affection dans les obligations délictuelles en Droit Romain" (Etudes Audinet, 1968 p. 173).

### DIVISION III : LA CAUSE

Le Code Civil (art. 1108 et 1131) fait de la cause un élément essentiel des conventions : il n'est pas nécessaire qu'elle soit exprimée (art. 1132) mais il faut qu'elle existe et qu'elle soit licite. En était-il ainsi en droit romain ? C'est une question discutée (1). Qu'entend-on d'abord par là ? En droit moderne il semble qu'il s'agisse de la cause finale, le but que le débiteur veut atteindre lorsqu'il consent à s'obliger. Le but est connu des deux parties et se distingue en cela des motifs individuels. Par exemple Titius vend son argenterie parce qu'il a grand besoin d'argent et qu'il est coulé de dettes : voilà le motif. Par le contrat de vente il s'est obligé à livrer l'argenterie à son acheteur : cette obligation de délivrance a été consentie en vue d'obtenir le prix convenu : voilà le but. L'obligation de l'acheteur (de payer le prix) est la cause qui justifie l'obligation du vendeur (de livrer la chose).

Le droit romain faisait-il une place à la notion de cause ainsi définie ? Il n'en a certainement pas fait une condition essentielle d'une façon générale pour toutes les conventions. La question demande à être examinée séparément pour diverses catégories de contrats.

### SECTION I

#### § 1 - LA CAUSE DANS LES CONTRATS FORMELS

Ces contrats sont abstraits, unilatéraux : la contre-prestation qu'espère obtenir celui qui s'engage n'entre pas dans le contrat, et n'a au-

---

(1) Sur la cause en droit romain : J. MACQUERON : "La cause illicite ou immorale" 1924, et dans l'ouvrage de CAPITANT : "La Cause" 1927, l'exposé historique de M. LE BRAS.

cune influence sur sa validité. Le contrat ne laisse même pas entrevoir si le débiteur espère obtenir un avantage quelconque.

La notion de cause a donc été tout d'abord absolument étrangère à ces sortes de contrats. Celui qui s'engage par stipulation est tenu, en vertu des paroles qu'il a prononcées : il importe peu que sa promesse ait ou non une cause.

Mais il devint bientôt nécessaire de s'occuper de la cause, le jour où le législateur romain commença à soumettre les donations à des règles particulières. La loi *Cincia*, en 204 av. JC., se montre défavorable aux donations : les donations importantes sont prohibées.

Or, en droit romain, rien, au point de vue formel, ne distingue la donation d'un acte à titre onéreux : les mêmes actes juridiques, mancipation, tradition, stipulation, etc ... sont employés aussi bien pour faire une libéralité que pour réaliser une opération à titre onéreux.

L'acte à titre gratuit ne se distingue des autres que par le but qui inspire l'auteur de la donation ou de la promesse : c'est l'intention libérale qui, en droit romain, permet de caractériser la donation.

En droit français, quand nous disons que l'intention libérale est la cause de la donation, nous nous livrons à un verbiage inutile : nous exprimons par là tout simplement que la libéralité ... est une libéralité ! En droit romain au contraire, lorsque nous disons qu'une stipulation est faite "*donandi causa*", dans une intention libérale, cette constatation est du plus grand intérêt : elle nous permet de dire que cette stipulation est une donation et se trouve ainsi soumise aux règles spéciales qui régissent cette catégorie juridique.

La stipulation, conclue en vue de réaliser une donation prohibée par la loi *Cincia*, est une stipulation dont la cause est illicite. C'est à propos des donations prohibées que le droit romain s'est d'abord occupé de la cause : il s'agissait, on le voit, de la cause illicite.

Le promettant, en cas de donation prohibée, pouvait refuser d'exécuter la stipulation, en invoquant le caractère illicite de la cause. A l'époque classique, le prêteur mettait à sa disposition un moyen de défense : l'exception "*legis Cinciae*". Mais s'il exécutait, la loi *Cincia* ne lui permettait pas de revenir sur ce qu'il avait fait : elle ne lui accordait aucune action en restitution.

Tel fut le point de départ.

A l'époque classique la cause, sans être reconnue comme un élément essentiel des contrats solennels, est tout de même prise en considération : quand une stipulation n'a pas de cause, ou lorsque sa cause est illicite, elle est "*jure civili*" valable, mais deux remèdes permettent de corriger ce principe : l'exception de dol et les *condictiones*.

. Exception de dol :

L'exception de dol est un remède prétorien. La jurisprudence classique considère que c'est une malhonnêteté - un dol - de réclamer en justice l'exécution d'un contrat qui n'a pas de cause - ou dont la cause est vicieuse.

Gaius (IV.116) envisage le cas d'une personne qui, espérant obtenir un prêt, s'engage déjà par stipulation à rembourser. Si le créancier réclame l'exécution de cette stipulation, alors qu'il n'a pas prêté les deniers, le débiteur peut lui opposer l'exception de dol. Paul (D. 12.5-8) accorde l'exception de dol à celui qui s'est engagé par une stipulation dont la cause est honteuse (*turpis causa*).

Par le détour de l'exception *doli*, en invoquant l'idée de dol, la jurisprudence était donc arrivée à tenir compte de la cause dans les contrats formels : le débiteur obligé sans cause ou en vertu d'une cause illicite pouvait refuser d'exécuter.

. Les condictiones :

La *condictio* est une action que l'on peut exercer pour revenir sur une *datio* que l'on a faite. Si la *datio* a été accomplie "*sine causa*", ou pour une "*causa turpis*", la jurisprudence admet la possibilité de "répéter" - de réclamer la valeur de la chose que l'on a transférée. Celui qui a reçu est obligé de restituer, parce qu'il s'est enrichi injustement, c'est une obligation quasi-contractuelle.

C'est à propos des *condictiones* que les juristes ont sans aucun doute possible compris l'importance et l'utilité de la notion de cause. Ils ont procédé à une classification des *dationes*, d'après la cause, d'après le but poursuivi par l'auteur de la *datio* : la *datio* peut être faite *ob rem* (en vue d'obtenir une contrepartition) - *ob causam* (pour une cause antérieure, par exemple pour exécuter un contrat).

On parvenait aux résultats suivants :

1. Supposons d'abord une stipulation sans cause. Par exemple j'ai promis 10 parce que je comptais recevoir ces 10 à titre de prêt : ils ne m'ont pas été versés. J'exécute l'obligation résultant de la stipulation, me figurant avoir reçu les 10.

Ayant payé, alors que j'aurais pu opposer une exception de dol, j'ai payé l'indû : je peux donc réclamer du créancier restitution, en me servant de la *condictio indebiti*.

2. Supposons maintenant une stipulation dont la cause est illicite ou immorale.

Si le promettant exécute, il ne pourra pas toujours exercer la *condictio ob turpem vel injustam causam* : Il faut en effet distinguer selon qu'il y a turpitude pour les deux parties ou seulement pour celui qui reçoit.

- a) Un individu promet 10 pour que quelqu'un commette un crime, puis paie cette somme. La *datio* faite pour rémunérer un crime est *turpis*, aussi bien pour celui qui donne que pour celui qui reçoit. Les juristes trouvent qu'il est en pareil cas bien inutile de faire un effort pour protéger celui qui a fait la *datio*. Quand les deux parties ne sont pas plus intéressantes l'une que l'autre, le mieux est encore de laisser les choses en l'état où elles sont : "*in pari causa turpitudinis melior est causa possidentis*" : "à égalité de turpitude, on doit donner la préférence à celui qui est en possession".

Cette solution est passée dans notre jurisprudence actuelle, mais on la justifie en invoquant une maxime différente, qui n'est pas romaine et qui se rencontre pour la première fois chez les canonistes du XIV<sup>e</sup> s. : c'est la maxime "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*".

- b) Si la turpitude n'existe que du côté de celui qui a reçu, celui qui a donné peut intenter la *condictio*. Ainsi j'ai promis à un individu 10 pour qu'il ne commette pas un crime : j'ai fait une bonne action en incitant un malfaiteur à rester tranquille : mais lui, il a commis une turpitude en exigeant de l'argent pour s'abstenir d'un crime. Si j'ai payé les 10, je peux en réclamer la restitution : les 10, reçus par le malfaiteur, constituent en effet pour lui un enrichissement injuste.

- c) Nullité du contrat :

Il est permis de se demander si la jurisprudence classique n'est pas allée plus loin : elle paraît bien avoir admis la nullité "*jure civili*" du contrat formel, au moins dans l'hypothèse de donations immorales ou illicites.

Cette tendance s'était déjà manifestée dans un procès qui fut plaidé au I<sup>er</sup> s. ante JC. - et que nous connaissons par Valère Maxime (8.2.2). Un certain Visellius Varro, se croyant près de mourir et désirant faire une libéralité à une dame qui avait eu pour lui des complaisances, dissimula la donation sous couleur d'un contrat *lit-*

*teris* : il consentit à figurer comme débiteur, sur le Codex de son amie, pour une forte somme (1).

Il s'agissait en l'espèce d'une donation immorale. Ce personnage ne mourut pas aussi rapidement qu'on pouvait le penser et la dame, qui était aussi cupide que peu vertueuse, poursuivit notre homme en justice, pour exécution du contrat *litteris*. Valère Maxime nous apprend que le juge, qui n'était autre que le célèbre jurisconsulte Aquilius Gallus, fut fort embarrassé. En droit strict, Varron devait être condamné à exécuter le contrat. Mais il paraissait regrettable de donner gain de cause à une demanderesse aussi peu digne d'intérêt : finalement il débouta la demanderesse.

Dans ce cas particulier, Aquilius Gallus, comme juge, avait admis la nullité du contrat *litteris* en raison du caractère immoral de sa cause. Cette décision était assez peu conforme aux principes du droit en vigueur et il est probable qu'elle resta isolée.

Mais ce point de vue finit par triompher dans le cas de donations entre époux. La stipulation faite en vue de réaliser ce genre de donation prohibée, est un contrat dont la cause est illicite : or Ulpien affirme qu'une telle stipulation est radicalement nulle, *ipso jure*, d'après les principes du droit civil (D. 24.1.3-10).

On voit donc se dessiner, dès l'époque classique, en matière de contrats formels, la solution qui est passée dans notre droit moderne : le caractère immoral ou illicite de la cause entraîne la nullité du contrat.

Cette solution ne se rencontre, il est vrai, qu'en matière de donations : c'est dans ce domaine d'élection que la notion de cause avait fait son apparition : c'est aussi dans ce domaine qu'elle devait réaliser les plus rapides progrès.

En ce qui concerne les stipulations à titre onéreux, il ne semble pas que la jurisprudence classique ait songé à une nullité "*jure civili*", en raison du caractère immoral de la cause : elle se contentait des remèdes qu'apportaient l'exception de dol et les *condictiones*.

C'est seulement à l'époque de Dioclétien que nous voyons la législation impériale refuser purement et simplement l'action en justice au créancier qui se prévaut d'une stipulation dont la cause est immorale (C. 4.1-5 et 8.39-9). Avec la procédure extraordinaire, le système de la nullité radicale du contrat finit par l'emporter sur celui de la nullité prétorienne, résultant de l'*exceptio doli*. Dans

---

(1) Sur ce texte, cf. thèse MACQUERON, op. cit. - et GALLET : RHD 1942, p. 48.

le droit de Justinien, la stipulation "*ob turpem causam*" est nulle : c'est ce qu'affirme un texte, probablement interpolé, de Papinien (D. 45.1.123) (1).

Par contre, le défaut de cause, même dans le droit de Justinien, n'entraîne pas la nullité *ipso jure* de la stipulation. Le défaut de cause permet seulement au débiteur d'opposer l'exception *doli*, et dans certains cas la *querela non numeratae pecuniae*.

## § 2 - LA CAUSE DANS LES CONTRATS NON FORMELS

Dans les contrats non formels l'engagement consenti sans cause ou pour une cause immorale n'oblige pas celui qui l'a pris : mais ce résultat s'obtient la plupart du temps sans qu'il soit besoin de faire intervenir l'idée de cause.

### 1) Contrats *re* :

Dans les contrats *re*, l'obligation a pour cause la "*res*" : le débiteur consent à restituer parce qu'il a reçu. Mais la remise de la chose est "cause efficiente" du contrat, la source de l'obligation.

Ainsi, dans le *mutuum*, si l'emprunteur n'a pas reçu les deniers, le contrat n'existe pas; il en est ainsi parce que la *mutui datio* est un élément essentiel de ce contrat *re* : inutile d'invoquer l'idée de cause.

La cause dont il est parfois fait état en matière de *mutuum* n'est pas vraiment la cause de l'obligation, mais le motif. Le motif illicite peut justifier l'octroi d'une exception : ainsi l'individu qui emprunte pour se livrer à un jeu d'argent peut opposer l'exception de jeu et Justinien (C. 3.43-2. de 529) prévoit la confiscation des gains réalisés en jouant aux petits chevaux (*equi lignei*).

### 2) Contrats *Innomés* :

La situation est assez voisine de celle que nous trouvons dans les contrats *re*.

- Celui qui exécute le premier fait une *datio ob rem* : la contre-prestation qu'il escompte est bien la cause de sa *datio*. Aussi, s'il n'obtient rien, peut-il reprendre ce qu'il a donné, en exerçant la *con-*

---

(1) GIFFARD : c.r. de la thèse MACQUERON (RHD 1927, p. 321)...



*dictio ob rem dati*. Mais ce n'est pas ici la cause d'une obligation, mais d'une *datio*.

- D'un autre côté, celui qui bénéficie de cette *datio* doit exécuter : il se trouve obligé, et son obligation a pour cause la *datio* qui lui a été faite : mais cette *datio* est en réalité cause efficiente, source de son obligation, l'élément qui permet au contrat innomé de se former.

En somme la notion de cause, envisagée comme cause finale, but qui justifie l'obligation, n'intervient pas ici. C'est cependant en partant des textes relatifs aux contrats innomés que Domat a jeté les fondements de la doctrine moderne de la cause : dans ces textes les jurisconsultes s'étaient en effet beaucoup préoccupés de la "*causa*" en vertu de laquelle la *datio* est accomplie.

### 3) Contrats consensuels :

Les jurisconsultes ne font pas intervenir l'idée de cause pour expliquer l'interdépendance qui existe entre les obligations réciproques qui découlent de ces contrats synallagmatiques.

Si par exemple la chose vendue a cessé d'exister avant que le contrat soit passé, l'acheteur n'a pas à payer de prix : en droit moderne nous disons que son obligation est nulle pour défaut de cause. Paul se contente de dire que l'acheteur ne doit rien, parce qu'il n'y a pas de vente (*nihil vendisse* : D. 18.1-57 pr) - Le principe de la simultanéité d'exécution (ce qu'on appelle improprement l'exception *non adempti contractus*) se rattache de nos jours à l'idée de cause : les romains la justifient par l'idée de bonne foi : il serait contraire à la bonne foi d'exiger l'exécution quand on n'est pas soi-même disposé à exécuter.

On rencontre au surplus, en matière de vente, des solutions qui montrent assez que le droit romain n'avait pas établi entre les obligations de l'acheteur et du vendeur une interdépendance absolue : ceci apparaît clairement dans la façon de régler la question des risques. De telles solutions indiquent assez que les romains ont organisé la vente sans se soucier de l'idée de cause.

Dans le louage, l'interdépendance des obligations est beaucoup mieux respectée : les solutions que proposent les textes sont en harmonie avec la théorie de la cause, mais celle-ci n'est à la vérité jamais invoquée pour les justifier.

De même on serait tenté de retrouver l'idée de cause dans les textes qui déclarent nulle la société léonine : l'associé qui accepte les charges sans participer aux gains s'oblige sans cause. Mais la nullité

de la société léonine s'explique en droit romain tout simplement par cette idée que l'égalité est de l'essence de la société.

#### 4) Pactes :

Paul semble, à première vue, frapper de nullité le pacte dont la cause est immorale : D. 2.14-27.4 "*Pacta quae turpem causam continent non sunt observanda*". Mais l'exemple qu'il fournit nous indique ce qu'il entend par "*causa turpis*" : "Si je fais avec vous un pacte dans lequel je renonce à intenter contre vous l'action *furti* ou l'action d'injures au cas où vous commettriez ces délits ...". Une convention de ce genre n'a pas à proprement parler une cause illicite, mais elle est contraire à l'ordre public : celui-ci exige en effet que la crainte d'une peine retienne les délinquants éventuels.

## SECTION II : LA PREUVE DES CONTRATS

### INTRODUCTION

Il ne suffit pas qu'un contrat remplisse toutes les conditions de fond et de forme requises pour sa validité : il faut encore que son existence puisse être prouvée. Si cette preuve ne peut pas être apportée, la validité du contrat reste toute théorique, son exécution dépend du bon vouloir du débiteur. On peut faire la même remarque au sujet des actes destinés à éteindre une obligation : le débiteur qui paie a besoin de pouvoir prouver qu'il s'est définitivement libéré.

L'étude des preuves se rattache à la procédure : la preuve n'est autre chose qu'un procédé employé en vue de convaincre le juge de la vérité d'un fait. Si un acte juridique peut être facilement prouvé il est probable qu'il n'y aura pas de contestation à son sujet ; il n'en demeure pas moins vrai qu'une preuve ne mérite ce nom que si elle est susceptible, le cas échéant, d'être produite en justice et d'emporter la conviction du juge. Depuis la publication des Décrétales, les canonistes s'occupent des preuves à propos de la procédure et c'est bien la place la plus convenable. Mais une tradition qui remonte à la compilation de Justinien a conduit les rédacteurs du Code Civil à placer les articles qui concernent les preuves sous le titre "Des Conventions". Nous ferons de même ; décidés toutefois à ne pas sortir des cadres de la théorie des contrats, nous ne ferons pas ici une étude générale des preuves, et nous nous bornerons à parler de la preuve des contrats (1).

---

(1) La question des preuves est beaucoup trop négligée par les romanistes. Nous signalerons la thèse très utile de M. KROELL : "Du rôle de l'écrit dans la preuve des contrats en droit romain" Nancy 1906 - La thèse de M. LEVY-BRUHL : "Le témoignage instrumentaire en droit romain" Paris 1910 - Ph. LEVY : "La formation de la théorie romaine des preuves" Studi Solazzi 1948 et "L'Autorité des *Instrumenta publice confecta*" Mél. Dumas Aix 1950 - "Les actes d'état-civil romains" RHD 1952 pp. 445 sq., "L'évolution de la preuve" Recueil de la Sté J. Bodin XVII.9 1965.

## EVOLUTION DU REGIME DES PREUVES

Pendant toute l'époque classique cette matière est restée règlementée de façon assez sommaire; au Bas-Empire au contraire, elle a souvent attiré l'attention du législateur. Ce phénomène n'est pas fortuit : il est en liaison étroite avec la transformation de la procédure.

On peut distinguer en matière de preuves, deux groupes de systèmes possibles, entre lesquels se répartissent les diverses législations.

### 1) Système de la liberté de la preuve : =====

Lorsque la justice est rendue par de simples citoyens, le système généralement admis est celui de la liberté de la preuve, qu'accompagne le principe de l'intime conviction du juge. Il serait en effet imprudent d'obliger de simples citoyens, qui ne sont pas des juristes, à respecter des règles compliquées en matière de preuves; de plus les simples particuliers auxquels on confie la fonction judiciaire jouissent de la confiance de la société ou des plaideurs : on s'en remet à leur conscience et on leur laisse la faculté d'apprécier les preuves selon leur intime conviction.

Tel est encore actuellement le point de vue de notre législation à l'égard des jurés en Cour d'Assises. Telle fut pendant des siècles l'attitude du droit romain à l'égard du *judex unus* : tant que la procédure ordinaire fut en vigueur, la réglementation des preuves fut réduite à peu de chose. On trouve dans le vieux droit romain quelques principes qui font honneur au bon sens des Anciens : la règle "*actori incumbit probatio*" (le fardeau de la preuve incombe au demandeur), bientôt complétée par cette autre règle "*reus in excipiendo fit actor*" (le défendeur qui oppose une exception doit apporter la preuve et devient ainsi demandeur).

Quelques lois de l'époque républicaine, des sénatus-consultes du temps de Néron avaient pris d'utiles précautions pour rendre plus difficile la falsification des preuves écrites. Mais le juge pouvait accepter toutes sortes de preuves et il les appréciait en toute liberté : comme le dit encore un rescrit d'Hadrien adressé à un juge (D. 22.5-3.2) : "vous devez apprécier les preuves d'après votre intime conviction (*ex sententia animi tui*)".

La réglementation des preuves, assez réduite, ne devait guère attirer l'attention des jurisconsultes; ils n'ont jamais songé à en faire un exposé complet, ni à consacrer à cette matière une partie déterminée de leurs traités de droit : la question des preuves leur paraissait appartenir plus au domaine de la rhétorique qu'à celle du droit, plus à l'art de l'avocat qu'à la science du juriste. C'est chez des rhéteurs, comme Quintilien, que l'on peut trouver un exposé méthodique des différentes sortes de preuves :

mais les rhéteurs ne s'embarrassaient guère de règles juridiques; leur but était d'enseigner aux orateurs l'art de convaincre les juges.

## 2) Système des preuves légales :

Lorsque la justice est rendue par des fonctionnaires, un système de preuves légales, compris de façon plus ou moins étroite, s'impose presque fatalement. On ne peut pas faire une confiance illimitée à des juges de ce genre : le législateur prend des précautions pour protéger les justiciables contre l'arbitraire ou la négligence toujours possibles des fonctionnaires investis du pouvoir de juger : l'administration des preuves se trouve ainsi soumise à une réglementation minutieuse - réglementation qui au surplus ne présente pas d'inconvénient puisqu'elle s'adresse à un juge de métier, en principe capable de comprendre une législation compliquée.

Cette réglementation peut aller jusqu'à enlever au juge la liberté d'apprécier à sa guise la valeur démonstrative des preuves. A cet égard le système des preuves légales peut être compris d'une façon plus ou moins rigoureuse : dans notre ancien droit, le pouvoir d'appréciation du juge était limité très étroitement : certains témoignages ne comptaient que pour 1/2 ou 1/4 de témoin ! Le rôle du juge consistait moins à apprécier qu'à additionner et deux témoins concordants constituaient une preuve que le juge devait tenir pour suffisante.

Notre droit moderne fait davantage confiance au juge. En certaines matières cependant (en matière de filiation par exemple) certaines preuves sont seules admises et il existe une hiérarchie des preuves. Pour les contrats dont l'objet dépasse un certain taux, la preuve par témoins ne suffit pas, il faut un écrit.

En droit romain, avec la procédure extraordinaire, la fonction judiciaire se trouva exercée par des fonctionnaires : aussi au Bas-Empire les constitutions commencent à établir une réglementation des preuves, assez importante pour qu'on puisse en faire un exposé méthodique : dans le Code Théodosien un titre est consacré aux témoignages et aux preuves par écrits; Justinien expose la théorie des preuves dans trois titres du Digeste (D. 22.3, 4 et 5) et dans trois titres du Code (C. 4. 19, 20 et 21), placés après des titres consacrés à divers contrats.

C'est à la lumière de ces notions sur l'évolution du régime des preuves que nous allons nous occuper de la preuve des contrats.

## . Preuves préconstituées :

A l'époque classique l'existence d'un contrat pouvait être prouvée par tous les moyens : témoignages, écrits, aveu, serment, indices, présomptions ... Nous bornerons notre étude aux preuves préconstituées. Ce

sont des moyens de preuve que les parties ont pris la précaution d'établir avant toute contestation, le plus souvent au moment même où le contrat a été conclu.

Pour assurer la preuve d'un contrat, nous trouvons deux procédés possibles :

1. L'un consiste à passer le contrat en présence de témoins; ceux-ci, en cas de contestation, pourront témoigner de ce qui a été dit et fait.
2. L'autre consiste à rédiger un écrit, susceptible de faire foi de ce qui a été convenu et conclu.

### § 1 - LA PREUVE PAR TEMOINS

Tant que l'écriture n'a pas été à Rome d'utilisation courante, on se ménageait la preuve des actes juridiques en les accomplissant devant des témoins. Les vieux actes romains étaient oraux : il est bien naturel qu'on ait eu recours à la parole, c'est-à-dire au témoignage oral, pour les prouver.

Lorsqu'on commença à se servir de l'écriture, le témoignage continua à jouer un rôle prépondérant, jusque dans les documents écrits; ceux-ci ont longtemps joué le rôle de *memento*, destinés à faciliter l'administration de la preuve par témoins.

Les témoins qui assistent à la confection d'un acte juridique peuvent, selon les cas, jouer des rôles différents :

- 1) Ils interviennent "*ad solemnitatem*" quand leur assistance constitue une des formalités nécessaires à la validité de l'acte. Ainsi, pour que la mancipation soit valable, le *jus civile* exige qu'elle soit faite en présence de cinq témoins.

Ces témoins pourront le cas échéant apporter la preuve de l'acte, mais ce n'est pas leur fonction principale : ils interviennent moins pour assurer la preuve que pour donner à l'acte une certaine publicité, peut-être même pour le contrôler. Le vieux droit romain, en exigeant la présence de témoins citoyens et pubères, entendait par là soumettre ces actes au contrôle de l'opinion publique représentée par les témoins (1).

---

(1) On donne parfois aux témoins qui prêtent leur assistance à la confection d'un acte juridique le nom de "témoins instrumentaires", pour les distinguer des témoins judiciaires, qui viennent déposer devant les tribunaux. Cette terminologie (que M. LEVY-BRUHL a adoptée dans sa thèse) est discutable : les témoins instrumentaires, à proprement parler, sont ceux qui collaborent à la confection d'un *instrumentum*, c'est-à-dire d'un document écrit : ce nom convient parfaitement aux témoins qui, pour donner force probante à un acte écrit, apposent leurs cachets sur des Tablettes, ou qui participent à la clôture d'un testament écrit. Par contre, il me paraît abusif de désigner de cette façon les cinq témoins de la mancipation, acte en soi oral.

- 2) Les témoins interviennent "*ad probationem*", quand leur assistance a été désirée par les parties pour faciliter la preuve d'un acte juridique, alors que leur présence n'était pas une condition de validité. Ainsi, la stipulation se fait ordinairement en présence de témoins parce que le créancier tient à pouvoir prouver l'existence du contrat; mais ce n'est pas un élément essentiel, car même faite sans témoin, la stipulation pourrait être valable.

En droit romain, nous rencontrons des témoins "*ad solemnitatem*" en matière de transfert de propriété ou de puissance et en matière de testament civil; par contre l'assistance des témoins n'est pas un élément essentiel des contrats, pas même des contrats solennels (sauf dans le cas de fiducie, parce qu'elle nécessite une mancipation).

Nous ne rencontrons par conséquent, dans les contrats romains, que des témoins "*ad probationem*".

Etant donné le principe de la liberté des preuves - qui est resté en vigueur pendant l'époque classique - la loi ne déterminait pas le nombre de témoins qu'il fallait produire devant le juge pour établir la preuve d'un contrat. On était par conséquent libre de faire assister à la confection du contrat le nombre de témoins qu'on voulait. Mais il est évident qu'on avait intérêt à ce qu'ils fussent nombreux : d'abord parce que les témoins sont mortels; en appelant un grand nombre de témoins, on peut espérer qu'ils ne seront pas tous morts quand on aura besoin de les faire témoigner devant le juge. De plus des témoignages nombreux et concordants ont plus de chance d'emporter la conviction du juge.

L'usage s'était donc établi de faire intervenir d'assez nombreux témoins, souvent sept. Lorsque le législateur fut amené à fixer le nombre des témoins pour certains actes, c'est toujours ce nombre sept qu'il retint : différentes lois qui prévoient des "*significationes*" ou des "*constats*", "*testationes*" ou "*denuntiationes*" exigent sept témoins : loi *Aelia-Sentia*, pour prouver le mariage de l'affranchi de moins de trente ans; loi *Julia de adulteris*, pour la preuve du *repudium* (GATUS 1.29; D. 24.2. 9 et 38.11.1.1) etc ...

Les lois ne se contentaient pas de déterminer, pour certains actes, le nombre des témoins : elles exigeaient qu'ils fussent citoyens et pubères, comme les témoins *ad solemnitatem* du vieux droit romain. Mais il n'est pas certain que cette exigence ait concerné les témoins appelés à assister à la conclusion d'un contrat entre particuliers.

Il ne faut pas croire que le droit du Bas-Empire ait été défavorable à la preuve par témoins : une constitution de Constantin, conservée par Justinien dans son Code (C. 4.21.15) affirme que la preuve par témoins n'est pas inférieure à la preuve par écrit. Justinien a conservé dans sa Compilation des actes oraux - testament nuncupatif, donation "*sine litterarum suppositione*", vente *sine scriptura* - actes dont la preuve ne pouvait guère se faire autrement que par témoins.

Mais la législation du Bas-empire prend des précautions pour rendre ce moyen de preuve plus sûr. Constantin a emprunté à la Bible la règle "*testis unus, testis nullus*" (C. Th. 11.36.3) : cette constitution de 334 ne figure d'ailleurs pas dans le Code de Justinien. Mais bien souvent Justinien exige, pour prouver un acte juridique, cinq témoins, à défaut d'écrit (en matière de donation *mortis causa*, de quittance). Il insiste souvent pour qu'on ne prenne comme témoins que des gens de bonne réputation (*probatae et integrae opinionis*) : il allonge la liste des personnes incapables de témoigner; le témoignage des petites gens et des étrangers ne lui paraît pas sûr.

Il est cependant des cas où Justinien considère l'écrit comme une preuve supérieure au témoignage; des cas où il ne permet pas d'anéantir, au moyen de témoignages, la preuve apportée par écrit : il en est ainsi, en matière de stipulation écrite et pour les écrits contre lesquels on n'a pas opposé la *querela non numeratae pecuniae* dans les délais légaux.

## § 2 - LES ECRITS PROBATOIRES

L'écriture qui joua un rôle si important chez les Orientaux, dès la plus haute Antiquité, ne devint d'usage courant à Rome qu'assez tardivement. Dès le début de la République, les romains se servaient déjà de l'écriture pour assurer la conservation de leurs lois, peut-être aussi pour les revêtir d'une sorte d'autorité magique (la Loi des XII Tables a été écrite et affichée et la tradition la situe en 449 av. JC).

Mais ce n'est guère que vers le II<sup>o</sup> s. avant notre ère qu'on se mit à Rome à confectionner des écrits pour faciliter la preuve d'actes juridiques entre particuliers. Cette pratique, peut-être empruntée aux Grecs, s'avéra très commode. Au I<sup>o</sup> s. av. JC., Cicéron constate qu'on employait couramment la preuve par écrit, même en matière de stipulation (acte en soi oral "*verbis*").

L'écrit destiné à faciliter la preuve d'un acte juridique porte le nom général d'*instrumentum* : l'écrit qui apporte la preuve d'une dette porte le nom particulier de *cautio*. Tandis que l'écrit qui constate un paiement s'appelle *apocha* (quittance).

La façon de rédiger ces écrits n'a pas toujours été la même : il y eut, en cette matière, toute une évolution.

### A/ Les instruments de type classique romain :

Des documents des I<sup>o</sup> et II<sup>o</sup> siècles de notre ère ont été découverts en assez grand nombre. Ils nous permettent de connaître les ca-

ractéristiques de la pratique romaine classique, en quoi elle est différente par exemple des pratiques mésopotamienne et égyptienne (1)

. Les Tabulae :

Tandis que les Babyloniens ont employé l'argile, les Egyptiens le papyrus, les Romains, pendant toute l'époque classique, se sont servis du bois revêtu de cire pour confectionner leurs "*instrumenta*". Il est probable qu'à l'origine ils ont utilisé ce matériau parce qu'ils n'en avaient pas de plus commode à leur disposition. Puis, lorsque les relations commerciales avec l'Orient s'intensifièrent, le papyrus importé d'Egypte fut connu en Italie. Mais on s'en servit surtout pour éditer les "*libri*", dont les rouleaux, au temps de Cicéron, garnissaient les bibliothèques (comme celle des Pisons, découverte à Herculaneum). Mais encore au I<sup>o</sup> s. de notre ère on se servait normalement de tablettes pour écrire des lettres, prendre des notes (comme le prouvent les portraits de la boulangerie et d'une jeune fille trouvés à Pompéi) et sous Trajan, Pline le Jeune raconte que pendant une partie de chasse il a pris des notes sur de petites tablettes qu'il emportait toujours sur lui.

Les tablettes étant restées d'usage courant dans le monde romain, il est normal qu'on ait continué à s'en servir pour la rédaction des actes juridiques. Lorsqu'en 61 le sénatusconsulte néronien impose certaines précautions, ce sont uniquement des documents sur bois que le législateur envisage : à partir de cette date, il faudra se servir de tablettes si l'on veut faire un "*instrumentum*" conforme aux exigences du droit romain. C'est ainsi qu'elles seront employées dans des provinces lointaines et même en Egypte, pays du papyrus, parfois parce que les parties vivent sous l'empire de la loi romaine, souvent aussi parce qu'elles se piquent de suivre les façons de faire des Romains.

Les "*tabulae ceratae*" sont des tablettes (ordinairement assez petites, de l'ordre de 10 cm x 15 cm environ) sur lesquelles s'étend une fine pellicule de cire noire (2). Là où la cire a été coulée, le bois a été légèrement creusé, en laissant une marge autour de la tablette : la cire se trouve ainsi en retrait par rapport au bois qui l'encadre.

- 
- (1) Les triptyques de Transylvanie (II<sup>o</sup> s.) : C.I.L. III pp. 924 sq.; les Tablettes de Pompéi (I<sup>o</sup> s.) : C.I.L. IV sup. n<sup>o</sup> 3340. On trouve certains de ces documents reproduits dans Bruno, *Fontes*; Textes Gérard, *FIRA III*; les Tablettes d'Herculaneum (T.H) du I<sup>o</sup> s. (publiées dans une revue napolitaine, "*Parola del passato*", de 1946 à 1961; nouvelles Tablettes de Pompéi, en voie de publication (cf. BOVE, *Rend. Acc. Napoli* 1970, pp. 25 sq.); les tables trouvées en Egypte ont été publiées dans diverses collections papyrologiques.
- (2) Le terme "*tabulae ceratae*" est employé par les Anciens, alors même que la matière employée n'est pas de la cire : les tablettes de Pompéi sont en réalité revêtues de gomme-laque (cf. AUGUSTI : "Les Tablettes de Pompéi ..." *Archeologia* 1966, p. 43).



De cette façon ce sont les marges de bois (le cadre) qui supportent les pressions et frottements et non la cire, matière fragile. Elle est si fragile qu'on doit toujours la protéger, en plaçant sur la face cirée une autre tablette : de sorte que les documents sur cire comportent nécessairement au moins deux tablettes : ce sont des diptyques, des triptyques, plus rarement des polyptyques (testaments). Sur les faces internes du document se trouve la cire : l'écriture y est gravée au moyen d'un poinçon (*graphium, stilus*). Les faces externes sont en bois nu : si l'on désire y porter des écritures, elles le seront à l'encre (*atramento*) (1).

• Précautions  
pour assurer l'authenticité  
des écritures :

Sauf dans le cas des chirographes, les actes n'étaient pas de la main des parties, mais rédigés par les scribes, écrivains publics, tabellions, qui n'avaient aucun caractère officiel et ne conservaient aucune trace, aucune "minute" des actes qu'ils avaient établis : le document, une fois terminé, était remis à celle des parties qui en avait besoin pour prouver ses droits (le créancier qui a prêté l'argent, ou l'acheteur en cas de contrat de vente). Pour authentifier les écritures, les parties n'y ajoutaient pas une "signature" - chose inconnue dans l'Antiquité -. Si l'on ajoute à cela qu'il était extrêmement facile d'effacer ce qui était écrit sur cire, on comprend qu'il fallut imaginer diverses précautions pour rendre les fraudes moins aisées. On pouvait craindre la confection d'actes supposés; on pouvait craindre aussi la falsification d'actes rédigés correctement, et abusivement modifiés après coup par un faussaire. Pour donner aux tablettes une valeur probante, les Romains ont compté sur les témoins : ils assistent à la confection des écritures, et procèdent à la clôture des tablettes. Ils mettent leur cachet (*signum*) sur une goutte de cire qui tient collé le fil de clôture, et à côté de leur cachet, ils écrivent leur nom (ordinairement au génitif = "ceci est le sceau de un Tel"). Si une contestation s'élève au sujet de la sincérité de l'acte, les témoins sont appelés. Dans le cas où l'acte a été faussement fabriqué, cachets et noms

---

(1) On peut se demander pourquoi les Romains ne se sont pas contentés d'écrire à l'encre sur le bois des tablettes ? Ils auraient ainsi économisé la cire; d'autre part l'expérience prouve que les écritures "*atramento*" sur bois se conservent mieux que les écritures "*graphio*" sur cire. Il est possible que les Romains, habitués à voir le texte des lois gravé sur pierre ou sur bronze, aient eu ce préjugé qu'un texte gravé, fût-ce sur cire, était plus digne de respect qu'un texte écrit à l'encre ? De toute façon, par divers progrès techniques, les Romains ont, dans leurs tablettes, essayé d'agrandir la partie cirée et de réduire les écritures à l'encre : triptyques préférés aux diptyques, meilleure utilisation de la page 4 des triptyques.

de témoins sont faux : les personnes dont le nom a été abusivement écrit sur le document, diront que le cachet n'est pas le leur et qu'elles n'ont jamais concouru à pareil acte. Quant aux corrections frauduleuses, elles sont impossibles une fois que les tablettes sont closes et scellées : pour modifier le texte il faudrait couper le fil, ou briser les cachets et de tels dégâts enlèvent toute valeur probante au document. Pour plus de sûreté encore, le sénatusconsulte néronien ordonna de faire passer le fil de clôture dans des trous ménagés dans les marges des tablettes : avec des "*tabulae pertusae*" (trouées) il devenait impossible de substituer une fausse tablette à une vraie.

Grâce à ces précautions, les écritures se trouvaient à l'abri de l'entreprise des faussaires, mais une fois les tablettes closes et scellées, il devenait impossible de les consulter.

Cette difficulté trouva de bonne heure une solution, avec le procédé qui consiste à rédiger l'acte deux fois sur les tablettes, à le faire en deux originaux réunis : c'est ce que les Allemands appellent le "*Doppelurkunde*" = le document en double. Une des deux rédactions sera inaccessible lorsque les tablettes sont scellées : c'est l'écriture intérieure (*scriptura interior*). L'autre rédaction, écriture extérieure (*scriptura exterior*) se trouve dans la partie du document qui reste accessible même après clôture des tablettes. Ce texte peut à tout moment être lu, invoqué, mais matériellement rien n'empêche un faussaire de le modifier, mais le faux sera vite évident : le juge fera ouvrir l'écriture intérieure, restée intacte, et les corrections frauduleuses apportées à l'écriture extérieure seront rendues patentes, en comparant les deux textes. L'écriture intérieure garantit l'authenticité de l'écriture extérieure. De plus, sur cette dernière, le débiteur ajoutait parfois son *signum*, son cachet, ce qui était chez les Anciens leur façon de signer.

Compte tenu de ces précautions, les documents se présentent ainsi :

1. Les diptyques, avec 2 tablettes ont 4 faces ou pages : sur les pages 2 et 3, écriture intérieure sur cire. Le fil de clôture passe sur la page 1, dans une petite rainure : les deux extrémités du fil se rejoignent sur la p. 4, où est ménagée une rigole où les "*signatores*" mettent leur cachet, sur le fil : ils écrivent leur nom à l'encre à droite de leur cachet. A gauche de la rigole et parallèlement au fil, est portée, à l'encre, l'écriture extérieure qui, si elle est longue, peut se terminer, également à l'encre, sur la page 1.
2. Les triptyques : 3 tablettes, 6 faces ou pages.

Les faces externes (1 et 6) en bois nu, ne sont pas, en principe, utilisées : écriture intérieure sur cire aux pages 2 et 3. Lorsque le document est clos, les deux premières tablettes sont liées entre elles, par un fil dont les extrémités sont nouées sur la p. 4.

La troisième tablette est un volet qui reste libre, même quand l'acte est scellé : l'écriture extérieure est portée sur la cire de la page 5, mais débute parfois sur la page 4. Cette page 4 se présente de façon différente dans la région du Vésuve au I<sup>o</sup> s., et en Transylvanie (II<sup>o</sup> s.). De toute façon la page 4 d'un triptyque présente, pour recevoir le fil et les cachets, une gorge plus importante que la rainure que l'on trouve sur la page 4 des diptyques.

Dans les triptyques de type Vésuvien, la page 4 (sauf cas exceptionnels) ne reçoit pas de cire et les écritures y sont faites à l'encre. Bien souvent ces écritures ne donnent pas autre chose que le nom des "*signatores*", soit à droite des cachets, soit de part et d'autre des cachets. Mais parfois, les noms n'occupent que le côté droit, et le côté gauche est utilisé pour donner, à l'encre, un troisième exemplaire de l'acte, qui peut en cas de besoin se terminer - à l'encre - sur les pages 1 ou 6. Cette écriture à l'encre, dans les actes d'Herculanum, s'est beaucoup mieux conservée que les deux autres écritures sur cire. S'agit-il d'un résumé assez développé de l'acte ? ou d'un troisième exemplaire ? Et pourquoi cette écriture extérieure supplémentaire ? Aucune explication certaine n'a pu en être jusqu'à présent fournie.

Les triptyques de Transylvanie ont profité d'un progrès technique visible: on est parvenu à trouver une plus grande place pour rédiger - sur cire - l'écriture extérieure. On y est parvenu en déplaçant un peu la gorge où passe le fil et la page 4 a été dotée de deux compartiments qui peuvent recevoir de la cire : l'un à droite, pour les noms des signataires, l'autre à gauche, et plus large, contient le début de l'écriture extérieure (sur cire), qui se prolonge (sur cire) à la page 5.

#### . Le style des actes :

Les "*instrumenta*" ont d'abord été conçus comme des témoignages écrits : ce sont des constats, des procès-verbaux - *testationes* -, rédigés en style impersonnel (à la 3<sup>ème</sup> personne) : "Un Tel reconnaît avoir reçu en prêt, etc ...". Comme toute la force probante de ces documents repose sur les témoins, on en fait intervenir un assez grand nombre pour sceller les tablettes (assez souvent 8 témoins). Ces actes se terminent par "*actum*" et indication des lieux et date (par les consuls). Mais la pratique romaine, s'inspirant d'usages grecs, se mit à employer le chirographe : c'est un aveu rédigé en principe par celui à qui il peut être opposé. L'acte est en style personnel (à la 1<sup>ère</sup> personne) : "Moi Un Tel, j'ai écrit que j'ai reçu de Titius, etc ...". Le chirographe, aveu écrit de la main du débiteur, pouvait, de façon très opportune, renforcer le constat authentifié par les témoins : on en vient ainsi à réunir sur les tablettes une *testatio* et un chirographe (T + C) : les deux écritures ne sont plus identiques, l'écriture extérieure (chirographe) reprend en style personnel ce qui a été exprimé

en style impersonnel (*testatio*) dans l'écriture intérieure. Mais de bonne heure on fit des actes dont les deux écritures sont en forme de chirographes (C+C) (1).

Le chirographe inspire confiance parce qu'il porte la marque de l'intervention personnelle de celui à qui il est opposable : il l'a rédigé de sa propre main (2) : on fait cependant intervenir des témoins pour sceller les tablettes, mais il n'est pas nécessaire qu'ils soient nombreux : un ou deux témoins suffisent. A côté de leur cachet, l'auteur du chirographe appose le sien (souvent plusieurs fois), agissant, non pas certes comme témoin, mais comme *signator*, participant à la clôture de l'acte et à son authentification.

. Pratiques mixtes :

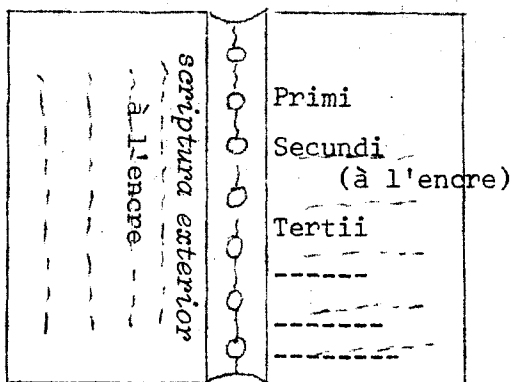
Dans les provinces, les usages romains ont été, dès l'époque classique, contaminés par les pratiques étrangères, tant au point de vue du fond que de la forme des actes. On y trouve des clauses qui se rattachent à des conceptions juridiques beaucoup plus orientales que romaines : confusion entre prêt et dépôt, ou reconnaissance de dette sans employer la stipulation, etc ...

Pour nous en tenir aux questions de forme, deux faits sont à constater : 1. rédaction des actes en grec, 2. emploi du papyrus.

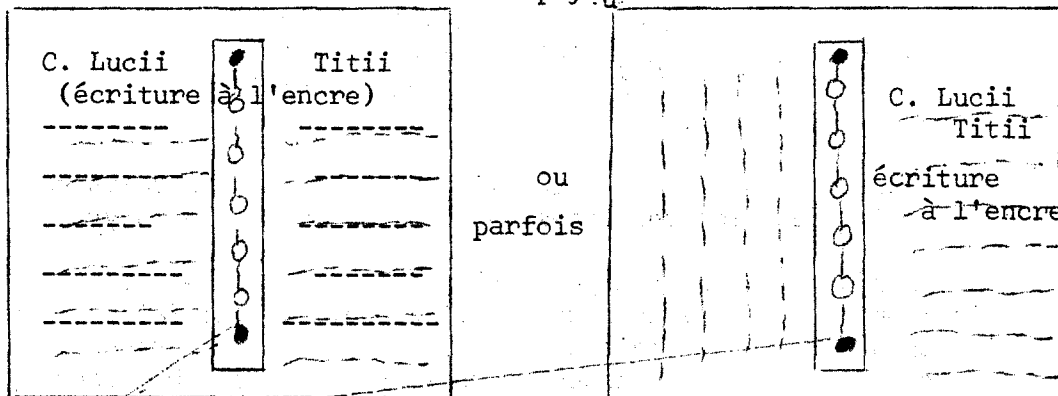
La rédaction en grec peut très bien se concilier avec le droit romain : Gaius (III.93) ne nous dit-il pas qu'on peut faire une stipulation en grec ? Et de fait on a trouvé des actes qui reproduisent en grec des clauses très connues en droit romain (3). Par contre, avec l'emploi du papyrus on se trouve en dehors des prévisions du sénatus-consulte néronien : celui-ci imposait l'emploi de "*tabulae pertusae*" (tablettes perforées). Il exigeait aussi la rédaction en deux écritures, l'une intérieure, l'autre extérieure : quelques actes sur papyrus respectent cette exigence : une partie de la page de papyrus, roulée et scellée, contient une écriture intérieure (4). Mais le plus souvent,

- 
- (1) BOVE : "*A proposito di nuove tabulae Pompeianae*", Napoli 1970 p. 43 : un acte de l'an 37 (T. Pomp. N° 7) est déjà rédigé sur le type C+C et porte un *index* qui le qualifie de *chirographum*. Nous ne croyons pas vérifiée l'hypothèse selon laquelle la pratique romaine, partie du type T+T, aurait fait une place au chirographe, sous l'influence grecque, en passant par la forme intermédiaire T+C.
  - (2) Pour confirmer cette intervention, l'auteur du chirographe appose souvent son cachet à côté de l'écriture intérieure ou extérieure.
  - (3) FIRA III N° 133 : cette vente, faite en Pamphylie en 151 p.C., a donné lieu à la rédaction d'un acte en forme de *testatio*, où les clauses les plus connues de la pratique romaine sont fidèlement traduites en grec. Mais cet acte, rédigé sur papyrus, est authentifié par des procédés qui n'ont rien de romain.
  - (4) FIRA III N° 132 de l'année 166 p.C. L'acte rédigé en latin contient des "*subscriptions*".

Page 4 d'un diptyque



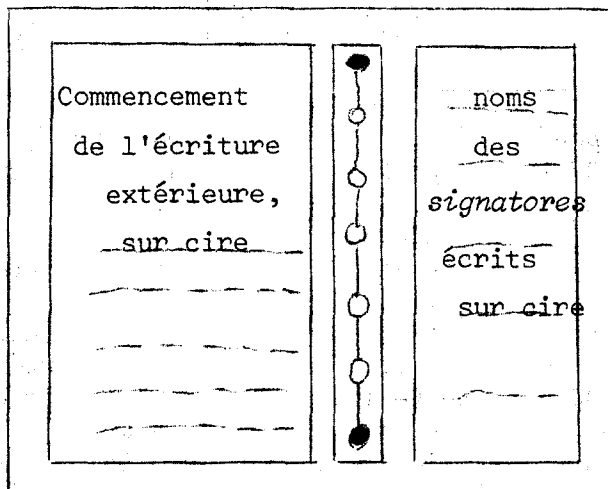
P. 4 d'un triptyque vésuvien



Trou exigé

par le s.c. néronien

P. 4 d'un triptyque transylvanien



les documents sur papyrus ne comportent qu'un seul exemplaire de l'acte : la personne à laquelle l'acte est opposable (par exemple le débiteur) y ajoute de sa propre main une "*subscriptio*" : c'est une formule d'approbation qui répète ce qu'il y a d'essentiel dans l'acte. Cette *subscriptio* n'est pas à proprement parler un chirographe (un chirographe est un acte complet avec indication de lieu et date), mais en a les vertus : c'est une écriture olographe (1). Sous cette *subscriptio* les témoins, de leur propre main, écrivent la leur, très courte (par exemple : "Moi Untel, je suis témoin" ou "j'ai été présent"). Le procédé qui consiste à authentifier les écritures en les faisant approuver par une *subscriptio* de la partie intéressée s'est généralisée : on en trouve des exemples même en Italie (2).

### B/ Les instrumenta au Bas-Empire :

A la Basse-Epoque, les actes juridiques sont le plus souvent rédigés sur papyrus (*chartae*), plus rarement sur parchemin (*membranae*), matière trop onéreuse. Les tablettes revêtues de cire n'étant plus guère en usage (3), les règles classiques qui les concernaient sont tombées en désuétude : plus de double écriture, plus d'écriture scellée. Les actes sont authentifiés par des *subscriptions* que les parties et les témoins y ajoutent de leur propre main : on fait confiance à l'écriture olographe. Ces *subscriptions* peuvent être très longues, elles peuvent répéter l'essentiel de l'acte (4); elles peuvent aussi se réduire à un

- 
- (1) FIRA. III N° 121 de 153 p.C. Cet acte de prêt est un chirographe en forme de lettre missive adressée par l'emprunteur au créancier. Cet acte rédigé en latin, est établi comme une "homologie" de la pratique égyptienne : le débiteur reconnaît qu'il a emprunté (*fateor* = le *homologō* des actes gréco-égyptiens). Cet acte latin n'est pas de la main du débiteur : celui-ci a ajouté en grec sa *subscriptio* : ce n'est donc pas un chirographe véritable puisque l'écriture n'en est pas olographe, mais la *subscriptio* l'est. En Egypte, lorsqu'on rédigeait un acte en latin pour une personne qui savait mal cette langue, on ne manquait pas de lui faire une "hypographie" (*subscriptio*) en grec, par laquelle elle approuvait ce qui avait été écrit en latin (ainsi dans le prêt sus-indiqué, de même dans le testament d'Antonius Silvanus).
  - (2) FIRA. III N° 95 de 295 p.C. : donation de Statia Irené.
  - (3) La constitution de Constantin (Fg.Vat. 249.6) envisage encore en 316 qu'un acte de donation puisse être fait sur des *tabulae*. A la fin du V<sup>e</sup> s., les Tablettes Albertini sont des documents sur bois : leurs rédacteurs, faute de mieux, ont gratté et réemployé de vieilles tablettes, dépourvues de cire, et ils ont écrit à l'encre sur le bois, sans songer à réaliser deux écritures.
  - (4) Ainsi dans les papyrus de Ravenne (VI<sup>e</sup> s.) : cf. FIRA. III N° 140.

*signum*, qui n'est plus un sceau imprimé dans la cire, mais un simple signe tracé à l'encre (1).

A une époque où l'ingérence de l'Etat se fait sentir en tous les domaines, elle ne pouvait manquer de se manifester dans la rédaction des actes juridiques. Des préoccupations d'ordre fiscal ne sont pas étrangères à certaines mesures : Justinien, en exigeant, pour les actes rédigés dans la capitale, l'emploi d'un papyrus orné du sceau du ministre des finances, avait imaginé une source de revenus, comparable à notre papier timbré. Mais l'intervention des pouvoirs publics fut très souvent bienfaisante :

- 1) L'insinuation, comme nous le verrons, présente de grands avantages : cette institution permet aux particuliers d'introduire leurs actes vés dans les registres et les archives d'une autorité publique.
- 2) La profession de tabellion n'est plus exercée de façon anarchique. Les tabellions ne sont pas devenus des officiers publics, comme le sont nos notaires, et ils ne conservent pas la minute des actes qu'ils dressent : mais au Bas-Empire, leur activité est soumise à des règlements qu'ils doivent respecter sous menace de pénalités plus ou moins sévères. Surveillés par les pouvoirs publics, ils jouissent de leur confiance : si une contestation s'élève à propos de la sincérité d'un acte sorti de leur officine, le juge entendra leur témoignage, auquel s'attache une force probante particulière.
- 3) Enfin les empereurs ont mis sur pied une abondante législation sur la façon de confectionner les *instrumenta*, sur leur force probante et les contestations qu'ils peuvent soulever. La constitution la plus importante sur la forme des *instrumenta* est celle que publia Justinien en 528 (C. 4.21.17).

Il résulte de toute cette législation qu'il y a lieu de distinguer trois sortes d'*instrumenta* : 1. les actes rédigés par de simples particuliers (par exemple, le chirographe écrit de la main du débiteur); 2. les actes rédigés par un tabellion; 3. enfin les actes insinués, c'est-à-dire vérifiés et conservés par une autorité publique.

a. Les actes privés :

La constitution de 528 a établi des règles générales qui concernent aussi bien les actes privés que les actes rédigés par un tabellion. Un acte ne peut être pris en considération que s'il est

---

(1) Ainsi dans les Tablettes Albertini : le rédacteur de l'acte se fait parfois connaître et déclare y souscrire : "*Ego Montius hunc instrumentum mea manu scripsi et subscripsi*" (acte III).

rédigé "*in mundum*", mis au net : tant qu'il n'existe qu'un brouillon (*scheda*), l'acte est à l'état de projet, il n'est pas "*perfectum*" et n'a aucune valeur.

D'autre part tout acte doit être authentifié par des *subscriptiones*; c'est une formule d'approbation que la partie de qui émane l'acte doit écrire de sa propre main. Des témoins devront aussi ajouter leur *scriptio* et Justinien exige trois témoins pour tout chirographe relatif à une dette de plus de 50 sous d'or.

b. Les actes

rédigés par un tabellion :

En plus des formalités que nous venons de signaler, l'acte est soumis à des règles particulières s'il est rédigé par un tabellion. Les tabellions avaient leurs bureaux (*stationes*) sur la place publique (*forum*); c'est pourquoi les actes faits par les tabellions portent le nom de "*scripturae forenses*". Le tabellion peut faire préparer l'acte par un de ses commis, mais l'acte au net, le *mundum* doit être présenté aux parties en présence du tabellion lui-même et les formalités qui authentifient l'acte se font devant lui.

Les actes faits par un tabellion présentent deux formes possibles de rédaction : s'exprimant à la première personne, il relate ce qu'il a constaté : "Requis par X, j'ai rédigé le présent acte en sa présence. Il apparaît que X a vendu à Y, etc ..."; ou bien, c'est le requérant lui-même qui s'exprime dans l'acte, le tabellion écrivant sous sa dictée : "Moi Untel, j'ai donné à l'Eglise de Ravenne telle terre ... Cette *charta* je l'ai dictée à N, tabellion par moi requis (*rogatorio meo*)". On donne le nom de "clause de rogation" à cette disposition finale.

L'acte étant rédigé au net, le tabellion demande au requérant et aux témoins (souvent au nombre de trois) d'y ajouter, de leur propre main, leurs *subscriptiones*.

Enfin pour que l'*instrumentum* soit "*perfectum*" et valable, la constitution de 528 exige qu'il soit "*completum et absolutum*"; sans préciser en quoi consistent ces deux formalités. La *completio* est une formalité que le tabellion doit remplir : la constitution dit en effet : "*ab ipso completa*" : il écrit en bas de l'acte "*complevi*", ce qui signifie qu'il a terminé l'acte lui-même, comme la loi l'exige. L'*absolutio* est une formalité beaucoup moins claire : la constitution, en disant "*postremo a partibus absoluta*", indique qu'après la *completio* du tabellion, les parties procèdent à l'*absolutio* : ce pourrait être soit leur approbation, soit plutôt la remise de l'*instrumentum* faite par le requérant à l'autre partie. Mais dans les



Institutes, Justinien s'exprime autrement : "*et fuerint partibus absoluta*" : ici le mot *partibus* est un datif : l'*absolutio* serait alors une formalité remplie par le tabellion, qui remet l'acte aux parties. Les tabellions de Ravenne ont compris les choses de cette façon, puisqu'ils écrivent à la fin des actes "*complevi et absolvi*" = "j'ai procédé à la *completio* et à l'*absolutio*".

Ce qu'il y a de certain, c'est qu'une fois l'acte terminé, il était remis à celle des parties qui en avait besoin (donataire, acheteur, par ex.) : le tabellion ne conservait ni l'original, ni même une copie : cela présentait au moins deux inconvénients : l'acte pouvait se perdre - l'acte pouvait être falsifié après sa confection, par la personne qui le détenait : inconvénients que l'on évite avec l'insinuation.

### c. Les actes insinués :

Cette institution, dont les origines restent obscures (1), fonctionne couramment à partir du IV<sup>e</sup> s. : elle consiste à faire "*migrare apud acta*", à faire passer dans les registres publics les actes juridiques des particuliers. Diverses autorités publiques conservaient dans leurs archives des registres où l'on conservait la trace de ce qu'elles avaient fait ou décidé (*acta-gesta*) : procès-verbaux des audiences de juridiction contentieuse ou gracieuse, ou de mesures administratives. Avec l'insinuation, les particuliers se présentent devant une autorité publique jouissant du "*jus acta conficiendi*" et demandaient que l'*instrumentum* privé qu'elles ont établi (elles-mêmes ou par l'intermédiaire d'un tabellion) soit inséré dans les registres de cette autorité.

Les autorités ayant le "*jus acta conficiendi*" sont : à Constantinople, le préfet de la ville et le *magister Census*; en province, le gouverneur; dans les cités la curie municipale (et c'est devant cet organisme local que les choses se passent le plus souvent).

Le requérant se présente à l'audience avec l'*instrumentum*, déjà établi (2) de l'acte qu'il désire faire insinuer. Le magistrat

- 
- (1) SABATIER : "Recherches sur les Ecritures publiques dans le monde romain" thèse Droit Aix 1969, excellent travail d'approche de la question.
  - (2) Nous envisageons ici le cas où l'on procède à l'insinuation "*apud acta*" d'un *instrumentum* déjà rédigé. Mais l'autorité publique prêtait souvent son concours d'une autre façon. Certains actes nécessitaient son intervention : actes de juridiction gracieuse (affranchissements, émancipations, adoptions) ou encore déclaration de naissance et ouverture de testaments. Dans les cas de ce genre l'autorité compétente écoutait le plus souvent les déclarations orales et faisait coucher l'acte par écrit par les bureaux, qui rédigeaient le procès-verbal. Cette façon de procéder a été connue, en ce domaine, dès l'époque classique.

fait lire ce document par le greffier et lui donne ordre de l'inscrire dans les registres du tribunal : mais il ordonne aussi une vérification de la sincérité de l'acte : si par exemple il s'agit d'un acte de donation présenté par le donateur, le magistrat fait vérifier si le donateur est d'accord, en le faisant interroger, en cas de besoin à domicile, par un membre du tribunal. Le greffier dresse de toutes ces opérations un procès-verbal dans lequel est recopié le texte de l'acte. L'intéressé (par exemple le donataire) obtient une copie de ce procès-verbal et l'original de l'acte lui est probablement restitué.

L'insinuation est beaucoup plus qu'un simple enregistrement, puisque l'autorité publique vérifie la sincérité de l'acte.

Les avantages qu'elle présente sont évidents : elle procure à l'acte une certaine publicité, évite des fraudes, assure la conservation de l'acte.

On a souvent prétendu que les actes insinués, jouissant de la "*fidés*" qui s'attache aux actes publics, constituaient une preuve inattaquable : en réalité aucun texte ne l'affirme. Mais il devait être en fait bien difficile de contester la sincérité d'un acte que le tribunal avait fait vérifier, difficile également de le prétendre falsifié après coup, puisque les écritures conservées "*apud acta*" permettaient de constituer ce que l'acte contenait au moment de l'insinuation.

Cette formalité (complétée par bien d'autres encore !) fut rendue obligatoire pour les donations par une constitution de Constantin de 316 (Fg.Vat. 249.7) (1). Théodose II et Valentinien III exemptèrent de cette formalité les donations *ante nuptias* inférieures à 200 sous d'or (C.Th. 3.5.13). Enfin Justinien ne l'exige que pour les donations supérieures à 500 sous d'or, encore en exempta-t-il, quel que soit leur taux, certaines donations (pour cause de mariage, pour constituer une dot, racheter des captifs, etc...) (C. 8. 53.36).

### § 3 - FORCE PROBANTE DES INSTRUMENTA

A l'époque classique, dans un système de complète liberté de la preuve, la preuve écrite ne jouissait d'aucune autorité particulière : on pouvait contester un acte écrit en lui opposant d'autres preuves.

---

(1) Fg.Vat 266 a nous apprend que déjà en 229 on faisait des "*professiones donationis*" (des promesses de donations) "*apud acta*".

Au Bas-Empire, une valeur particulière fut accordée dans certains cas à l'écriture : des procédures particulières sont prévues pour la contester. Pour comprendre cette réglementation, il importe de rappeler que les écrits peuvent donner lieu à deux sortes de contestations :

- A. On peut contester les écritures elles-mêmes, prétendre qu'elles sont apocryphes ou falsifiées : on s'attaque à leur authenticité (faux matériel).
- B. Sans contester les écritures, on peut prétendre que les déclarations qu'elles expriment sont mensongères. Ainsi, un débiteur souscrit un billet par lequel il reconnaît avoir reçu telle somme qui, en réalité, ne lui a pas été prêtée : le billet n'est pas apocryphe, il est bien de la main du débiteur et n'a subi aucune altération; mais il est mensonger (faux intellectuel).

A/ Contestations  
sur l'authenticité de l'écrit :

Les écritures n'inspirent pas toutes la même confiance. La façon de classer à cet égard les actes écrits a donné lieu à des divergences entre les romanistes. Bethmann-Holweg, suivi par J. Kroell, pense que les actes rédigés par les tabellions bénéficiaient d'une autorité particulière. Sachers au contraire a soutenu que les *scripturae forenses* n'étaient pas mieux traitées que les actes privés passés devant trois témoins. Un examen minutieux du texte grec, la Nouvelle 73, a conduit M. Ph. Lévy à confirmer ce point de vue (1).

La classification des actes, au point de vue de leur authenticité, paraît bien être, au temps de Justinien, la suivante :

- 1) Il convient de mettre à part les actes insinués : rien ne semble s'opposer à ce qu'ils puissent être contestés : mais nous avons vu qu'en fait il est difficile de prétendre qu'ils ont été falsifiés.
- 2) A l'autre extrémité de l'échelle se situent les chirographes rédigés sans témoin, et portant simplement la *subscriptio* de leur auteur. Justinien déclare que ces *instrumenta "incaute composita"* (rédigés sans précaution) sont dans bien des cas insuffisants pour servir de preuve. Le débiteur qui a souscrit un billet de ce genre peut toujours prétendre qu'il est apocryphe et que la souscription n'est pas de sa main.

---

(1) LEVY, dans Mélanges Dumas. Annales de la Faculté de Droit d'Aix, 1950, pp. 173 sq.

- 3) Les *instrumenta "private confecta"*, s'ils sont passés devant au moins trois témoins, ont une valeur beaucoup plus considérable.

Si le débiteur conteste un écrit de ce genre, le créancier doit essayer d'en établir l'authenticité, en recourant à la procédure de vérification d'écriture. Dans cette procédure, Justinien accorde toutes ses préférences aux témoins : on fera venir devant le juge les témoins qui ont assisté à la confection de l'acte. Si les témoins reconnaissent l'acte, le débiteur perd le procès et subit diverses pénalités : amende de 24 *aurei*, interdiction d'opposer ensuite, pour la même dette, la *querela non numeratae pecuniae*.

Si les témoins sont morts, ou ne peuvent être retrouvés, il faut alors recourir à une procédure sujette à bien des erreurs, et pour laquelle Justinien éprouve une grande répugnance : c'est la procédure de comparaison d'écritures. Elle consiste à comparer l'écriture contestée avec l'écriture que l'on sait émanée de la même personne, dans d'autres actes. Justinien impose toutes sortes de précautions : on ne pourra confronter l'écriture contestée qu'avec des écritures dont l'authenticité mérite confiance : actes qui ont été insinués, ou passés devant un tabellion, ou souscrits par trois témoins.

Le débiteur qui oblige le créancier à employer cette procédure doit jurer qu'il n'agit pas par esprit de chicane et s'il succombe, une amende de 24 *aurei* lui est infligée.

- 4) Les *instrumenta "publice confecta"*, c'est-à-dire rédigés par un tabellion, ne jouissent pas d'une autorité plus grande : le débiteur peut prétendre qu'ils sont faux. La Nouvelle 73 précise comment, en pareil cas, se déroulera la procédure de vérification d'écritures.

Ordinairement le tabellion très occupé faisait rédiger l'acte par un de ses commis : parfois l'acte nécessitait l'intervention d'un *adnumerator* (qui paraît bien être le caissier du tabellion).

Si l'acte est contesté, le juge entend les dispositions du commis, de l'*adnumerator* et du tabellion lui-même; il se contentera du témoignage du tabellion seul, s'il a fait l'acte lui-même sans le concours de ses auxiliaires, ou si ces auxiliaires ont disparu.

Si le tabellion est mort, le juge tâchera d'entendre le commis et l'*adnumerator*; et c'est seulement si ceux-ci sont introuvables, ou n'ont pas collaboré à l'acte, qu'il faut se résoudre à employer la procédure scabreuse de la comparaison d'écritures. Elle consiste à comparer l'écriture faite par le tabellion sur l'acte contesté avec d'autres écritures portées par le même tabellion sur d'autres actes : dans tout acte émanant de l'officine d'un tabellion, il y avait toujours au moins une partie rédigée de sa propre main : la *completio*.

Il résulte de tout ceci que l'acte passé devant un tabellion, à la différence de nos actuels actes notariés, pouvait être facilement attaqué, sans avoir besoin de recourir à la procédure d'inscription de faux. Mais il faut noter que les témoignages du tabellion et de ses auxiliaires jouissaient d'une grande considération : mieux que quiconque, ils étaient en mesure de reconnaître si l'acte provenait de leur *statio* ou s'il avait été falsifié après sa confection.

B/ Contestations  
sur la sincérité des énonciations :

Un document écrit, sans être faux matériellement, peut contenir des énonciations mensongères.

Dans notre droit actuel, il faut employer la procédure d'inscription de faux pour contester les énonciations que le notaire déclare avoir recueillies de la bouche des parties. Les actes rédigés par les tabellions ne jouissaient pas d'une telle autorité : le juge en pareil cas devait se faire une opinion en recueillant les témoignages du tabellion, de ses auxiliaires et des témoins.

Dans la Nouvelle 44, Justinien n'a rien changé à cet état de choses, et s'est contenté d'imposer aux tabellions certaines précautions : Il leur est ordonné, sous peine de destitution, de recevoir eux-mêmes, en personne, la déclaration des parties et d'être présents à la *completio* et à l'*absolutio*. De cette façon, le tabellion, en cas de contestation, sera en mesure de fournir un témoignage susceptible d'éclairer le juge.

Justinien a cependant apporté, dans quelques cas spéciaux, d'importantes restrictions à cette faculté de contester les énonciations contenues dans un écrit. Dans certains cas l'écrit a la valeur d'une véritable preuve légale, jouit d'une présomption irréfutable de vérité.

Il en est ainsi :

- 1) En vertu d'une constitution de 531, en cas de stipulation écrite; si les deux parties se trouvaient dans la même ville, le jour où l'écrit y a été rédigé, le débiteur n'a pas le droit de contester, en prétendant qu'il n'a pas prononcé les paroles de la stipulation, en présence du créancier.
- 2) Le débiteur qui n'a pas exercé dans les délais légaux la *querela non numeratae pecuniae*, ne peut plus contester le billet qu'il a souscrit. Mais le système de la *querela* présente encore au point de vue de la preuve de plus grandes singularités.

§ 4 - LA QUERELA NON NUMERATAE PECUNIAE

L'étude de la *querela* se rattache à la question de la force probante dont jouissent les écrits.

. Origines :

Cette institution n'a d'abord concerné que les billets (*cautiones*) contenant reconnaissance d'une dette d'argent.

Nous avons vu que le prêt d'argent donnait ordinairement lieu à une "*cautio*", une stipulation écrite concernant le capital et les intérêts : dans cet écrit l'emprunteur déclarait qu'une stipulation avait été faite, aux termes de laquelle il avait promis de payer telle somme et tels intérêts à telle date.

Cette pratique pouvait donner lieu à des abus : les usuriers faisaient souscrire par leurs emprunteurs des billets qui indiquaient des sommes très supérieures à celles qui étaient effectivement prêtées : la différence entre la somme portée dans l'acte et la somme réellement prêtée constituait les intérêts usuraires, que l'usurier commençait par retenir avant de verser l'argent à l'emprunteur et sans que cela apparût dans le contrat.

Gaius (4.116) nous dit que, d'après les principes de la stipulation, le débiteur doit la somme qu'il a promise, même s'il n'a pas reçu cette somme : mais comme le résultat serait inique, le prêteur permettait au débiteur d'opposer l'exception *doli* (comme nous l'avons vu à propos de la cause des obligations).

L'*exceptio doli* est perpétuelle; aucun délai n'est imposé au débiteur pour employer ce moyen de défense. Mais en vertu de la règle "*reus in excipiendo fit actor*", le débiteur qui opposait cette exception devait apporter la preuve des faits qui la justifiaient : il devait prouver que la somme portée dans la *cautio* ne lui avait pas été versée. C'est une preuve qu'il n'est pas facile d'apporter; il est plus aisé de prouver un fait que l'absence d'un fait, une existence qu'une inexistence.

C'est pourquoi la législation impériale fut amenée à imaginer en faveur de l'emprunteur un moyen de défense - beaucoup plus commode : c'est la *querela non numeratae pecuniae*, la plainte pour non versement des deniers. Elle apparaît déjà dans une constitution de Caracalla de 215 (1); c'est alors uniquement un moyen de défense, auquel les textes donnent le

---

(1) C. 4.30.3.

nom d'*exceptio non numeratae pecuniae*, bien qu'il ne s'agisse pas d'une exception au sens précis du mot; ce n'est certainement pas, comme nous allons le voir, une exception insérée dans une formule d'action.

L'effet de ce moyen de défense était énergique : le débiteur poursuivi en paiement n'avait qu'à prétendre que l'argent en question ne lui avait pas été remis : cette prétention suffisait à priver la *cautio* de toute force probante; il fallait que le créancier prouvât qu'il avait bien prêté cette somme et qu'il le prouvât autrement que par le billet.

En un mot, la *querela* produisait un renversement du fardeau de la preuve.

Ceci indique assez qu'il ne s'agit pas d'une véritable exception. Dans la procédure formulaire, le défendeur qui oppose une exception doit toujours apporter la preuve des faits qu'il invoque. La *querela* est une institution trop contraire au régime des preuves dans la procédure formulaire, pour qu'elle ait pu y trouver sa place. Elle appartient à la procédure extraordinaire. A une époque où la procédure formulaire existait encore, le domaine d'application de la *querela* devait être limité; elle n'était recevable que dans les procès relevant de la "*cognitio extraordinaria*" (1).

Mais au Bas-Empire, avec le triomphe de la procédure extraordinaire, il devient possible de lui donner un plus grand développement : à cette époque, la *querela* n'est plus simplement un moyen de défense; le débiteur peut l'employer pour prendre l'initiative d'attaquer le billet qu'il a imprudemment souscrit.

Il peut paraître singulier qu'au moment où la législation se montre favorable à la preuve par écrit, une institution comme la *querela non numeratae pecuniae* ait pu se développer. Cette anomalie a été imposée par des considérations d'ordre social : les riches, les *potentes*, abusaient de leur puissance et de leur influence, pour pressurer les "*humiliores*". Il était devenu difficile d'obtenir justice contre eux; les témoins, les juges, parfois même les gouverneurs craignaient de leur déplaire. Les empereurs ont vu dans la *querela* une mesure indispensable pour protéger les *humiliores* contre les abus des *potentes*.

#### • Fonctionnement :

Recours de caractère anormal, la *querela* a toujours été soumise à de courts délais. Le débiteur doit l'invoquer peu de temps après avoir

---

(1) COLLINET : "La nature des actions ..." 1946 - a bien montré que toutes les "*querelae*" sont des procédures qui intéressent la "*cognitio*" du magistrat "*extra ordinem*".

souscrit le billet. A l'origine, le délai était d'un an; Dioclétien le porta à 5 ans; Justinien le ramena à 2 ans.

Au Bas-Empire, la *querela* existait sous trois formes :

1) *Exceptio non numeratae pecuniae* :

Moyen de défense que le débiteur oppose au créancier lorsque celui-ci réclame remboursement de la somme constatée par le billet. C'est la forme la plus ancienne. Elle doit être employée dans un court délai, cependant elle devient perpétuelle, et profite aux héritiers, si le débiteur a entamé dans les délais une instance judiciaire (Alex.Sévère : C. 4.30.8.1 en 228).

2) *Condictio cautionis* :

Si le créancier laisse passer les délais de la *querela* sans poursuivre le débiteur, celui-ci ne peut plus opposer l'exception : aussi est-il nécessaire qu'il puisse, dans les délais de la *querela*, prendre l'initiative d'une procédure; il exerce la *querela* pour réclamer restitution du billet qu'il a imprudemment souscrit : elle aboutit alors à l'exercice d'une *condictio*, d'une action en restitution, ayant pour objet l'acte écrit (*cautio*).

Le créancier doit rendre le billet s'il ne parvient pas à prouver que la somme qui y est portée a bien été prêtée (Alex.Sévère : C. 4.30.7 en 223).

3) *Contestatio, denuntiatio* :

Sans porter l'affaire devant la justice, le débiteur peut, avant d'être poursuivi en paiement, protester contre le billet, en adressant une déclaration au créancier, ou si celui-ci est un personnage considérable et redouté, au gouverneur de la province, ou au *defensor civitatis*. Si le créancier exerce dans la région une trop grande influence, Justinien autorise le débiteur à adresser sa protestation à l'évêque, qui jouit, même à l'égard des plus puissants, d'une indépendance complète. Si dans la suite, et même après les délais de *querela*, le créancier vient à réclamer paiement, le débiteur peut encore se prévaloir de la *querela*, s'il a fait la *denuntiatio* dans les délais légaux. Cette forme de *querela*, connue sous Dioclétien, n'a reçu son organisation définitive que sous Justinien.



. Législation  
de Justin et Justinien :

Au VI<sup>e</sup> s. la législation de Constantinople se montre assez réticente à l'égard de la *querela* : son exercice fut subordonné à des conditions nouvelles. Justin, le prédécesseur immédiat de Justinien (entre 518 et 527) promulgua sur la matière une importante constitution (C. 4.30. 13) où il est question des contestations qui peuvent s'élever au sujet des énonciations contenues dans les actes écrits.

La constitution distingue à cet égard deux sortes d'écrits contenant reconnaissance de dette : la *cautio discreta* et la *cautio indiscreta*.

1/ La cautio discreta :

C'est le "billet causé", la reconnaissance de dette, avec indication de la cause de la dette; ainsi le billet indique que la somme a été reçue à titre de prêt.

La constitution de Justin fait confiance aux billets de ce genre : le débiteur ne peut pas leur opposer la *querela*. S'il prétend que le billet est mensonger, il faut, selon les règles du droit commun, qu'il apporte la preuve de ce qu'il prétend; il faut qu'il prouve que l'argent ne lui a pas été remis.

2/ La cautio indiscreta :

C'est le "billet non causé" : un individu reconnaît dans un acte écrit qu'il doit telle somme, sans dire pourquoi. La constitution de Justin considère qu'un billet de ce genre est suspect; le débiteur peut facilement anéantir la force probante de ce billet en se servant de la *querela*.

Il est permis de croire qu'après cette constitution, la *querela* a dû perdre beaucoup de son intérêt pratique; pour éviter les risques d'une *querela*, le créancier n'avait qu'à faire insérer dans l'acte quelque clause de style, indiquant un prêt.

Justinien, qui avait probablement inspiré la constitution de Justin, prit ensuite lui-même plusieurs mesures, également peu favorables à la *querela*.

Dans le droit de Justinien, elle est refusée au débiteur qui a d'abord essayé, sans succès, de s'en prendre à l'authenticité des écritures. De plus, le débiteur qui oppose à tort la *querela* est puni : il faut qu'il paie le double. Enfin, le délai est ramené de 5 ans à 2 ans. Et lorsque le délai est révolu, Justinien donne au billet une force probante

tout à fait extraordinaire : non seulement le débiteur ne peut plus anéantir le billet en déclarant qu'il n'a rien reçu, mais contrairement aux règles du droit commun, il ne peut essayer de prouver que le billet est mensonger : on ne lui permet pas d'apporter la preuve qu'il n'a rien reçu. Le billet, après le délai de *querela*, jouit d'une présomption irréfragable de vérité.

Cette solution est en somme assez judicieuse; en ne protestant pas pendant deux ans, le débiteur a pour ainsi dire reconnu la sincérité du billet.

Tout en soumettant la *querela* à des conditions plus sévères, Justinien élargissait son domaine d'application :

- 1/ La *querela non numeratae pecuniae* va pouvoir être employée non seulement dans le cas de billet concernant des dettes d'argent, mais pour des billets qui constatent toutes sortes de dettes, portant sur des choses certaines.
- 2/ Justinien a organisé une *querela* au profit du créancier qui donne quittance, alors qu'il n'a pas reçu paiement : c'est la *querela non numeratae solutionis*. Un court délai d'un mois est imparti au créancier pour exercer cette procédure.
- 3/ Enfin une *querela non numeratae dotis* était prévue dans l'intérêt du mari qui avait reconnu avoir reçu une dot qui, en fait, ne lui avait pas été versée.

-----  
o

### TITRE TROISIEME

### LES DELITS

#### LA NOTION D'OBLIGATION DELICTUELLE EN DROIT ROMAIN

#### § 1 - DELITS PRIVES, DELITS PUBLICS

Les obligations délictuelles, qui ont subsisté en droit romain jusqu'à la fin de son évolution, constituent une survivance d'un système pénal archaïque, dont nos législations modernes se sont complètement débarrassées.

Il existe bien dans notre droit moderne des obligations qui ont pour source le délit : l'auteur d'un fait illicite - délit pénal ou délit civil - est obligé de réparer le dommage qu'il a causé : nous donnons à cette obligation le nom de "responsabilité civile".

En droit romain, les obligations délictuelles correspondent à une conception toute différente : certains délits étaient sanctionnés au moyen de peines pécuniaires que le délinquant devait payer à la victime. On entend par "*obligatio ex delicto*" cette obligation que la loi prévoyait à la charge du délinquant au profit de la victime. Il s'agissait là, non d'une réparation du dommage causé par le délit, mais bien d'une peine, c'est-à-dire d'un châtement, souvent sans rapport avec le préjudice causé : c'est une peine privée.

Nos législations modernes n'admettent plus ce genre de répression exercée dans un intérêt privé : lorsqu'un acte dommageable constitue en même temps une infraction prévue par la loi pénale, notre droit moderne distingue soigneusement la responsabilité pénale et la responsabilité civile, l'action publique et l'action civile. Cette distinction repose sur ce principe que la peine n'est jamais prononcée dans l'intérêt de la victime mais toujours dans l'intérêt supérieur de la société, même dans le cas où le délit porte atteinte aux droits d'un particulier.

Cette idée d'un châtement appliqué dans l'intérêt social, n'était pas étrangère aux Anciens : la répression de certains délits avait été organisée, dès la plus haute Antiquité, dans cet esprit. De sorte qu'il existe en droit romain une distinction fondamentale entre les délits publics et les délits privés.

Les délits publics sont des actes illicites qui sont considérés comme troublant l'ordre public, comme mettant en cause les intérêts supérieurs de la Cité : l'homicide volontaire d'un homme libre, la concussion, le faux, étaient des délits publics.

Comme il n'y avait pas de ministère public, tout citoyen pouvait prendre l'initiative du procès criminel qui porte le nom de "*crimen*".

L'action était portée devant des juridictions tout à fait distinctes de celles qui statuaient en matière civile : primitivement les procès criminels étaient jugés par le consul, puis portés devant le peuple lui-même assemblé en comices. Au II<sup>e</sup> s. a.J.C. furent instituées des juridictions spécialisées pour juger certaines catégories d'affaires : ce sont les *quaestiones perpetuae*, sortes de jurys criminels, constitués par voie de tirage au sort. Les peines que les juridictions criminelles pouvaient prononcer (mort, interdiction de l'eau et du feu, exil, confiscation générale, amende, etc ...) étaient inspirées à la fois de l'idée de vengeance sociale, et de celle d'exemplarité.

Pour les délits privés au contraire (coups et blessures, vol) la peine était ordinairement une *pcena* pécuniaire, allouée à la victime : l'action pénale, qu'exerçait la victime pour obtenir cette somme, appartenait à

la compétence des juridictions ordinaires et l'affaire se déroulait selon les règles en usage dans les procès entre particuliers (*ordo judiciorum privatorum*) : actions de la loi, puis procédure formulaire.

La liste des délits publics est allée en s'accroissant : certains faits illicites qui n'avaient d'abord été que des délits privés, ont fini par donner lieu à des poursuites criminelles, devant les juridictions répressives. Certains faits illicites restèrent cependant, jusque dans le droit de Justinien, des délits privés.

Dans une étude des obligations, nous n'avons pas à nous occuper des délits publics, mais uniquement des délits privés, envisagés comme source d'une obligation établie à la charge du délinquant et au profit de la victime.

## § 2 - ORIGINE DU SYSTEME DES DELITS PRIVES

Ce système qui permet à la victime de poursuivre elle-même le châtiement du coupable et d'obtenir une *poena* dont elle profite, est une survivance de l'antique justice privée. L'obligation délictuelle, telle qu'on la rencontre à l'époque classique, est l'aboutissement de toute une évolution.

On peut supposer qu'au temps des tribus patriarcales, les coutumes alors en usage autorisaient celui à qui l'on avait fait tort, à se venger sur la personne du coupable. Un progrès fut déjà réalisé lorsque les coutumes imposèrent des limites à ce droit de vengeance, avec la règle du talion. Le principe du talion que l'on trouve dans la loi de Moïse (EXODE 21, 23) était encore en honneur chez les romains de l'époque des XII Tables (Table 8.2) dans certains cas.

Le coupable essayait d'échapper aux rigueurs de la vengeance en proposant un arrangement : il offrait du bétail, ou une somme en airain pour que la victime renonce au droit que la coutume lui permettait d'exercer sur le corps du délinquant. C'est le régime de la "composition volontaire". Le mot *poena* a d'abord servi à désigner la somme d'argent que le coupable payait comme prix de cet arrangement.

Lorsque la Cité s'organisa, le vieux système de la vengeance privée, source de querelles interminables, ne pouvait plus être entièrement conservé : le législateur, dans bien des cas, contraignit la victime à renoncer à son droit sur le corps du délinquant et à se contenter d'une somme d'argent, dont il fixait le montant : c'est le régime de la composition obligatoire et légale.

La loi des XII Tables se place à une époque où les deux conceptions coexistent : dans certains cas le vieux législateur parle encore du talion, avec possibilité de l'éviter, si la victime veut bien se contenter d'une rançon dont le montant reste discuté entre parties. Mais pour la plupart des

délits privés, la loi contraint la victime à se contenter d'une *poena* légale, d'une composition dont elle fixe elle-même le montant. À l'époque républicaine, les derniers vestiges de vengeance privée ont disparu : la victime d'un délit privé a droit à une peine pécuniaire, fixée par la loi ou l'édit et qu'elle réclame en exerçant une action dite pénale. Mais il ne vint pas tout de suite à l'esprit des romains qu'il pouvait s'agir là d'une *obligatio*, susceptible d'être comparée à celle qui découlait de l'accomplissement de certains actes juridiques. Comme nous l'avons déjà vu, ce sont des juriconsultes, un peu antérieurs à Gaius, qui eurent l'idée de faire entrer les délits privés dans la théorie des obligations.

### § 3 - CARACTERISTIQUES DES OBLIGATIONS DELICTUELLES

Les obligations délictuelles sont, à bien des égards, tout à fait différentes des obligations contractuelles : cela n'est pas surprenant si l'on considère que la réglementation des délits privés a été établie complètement en dehors de la théorie des obligations, à une époque où celle-ci concernait seulement les obligations contractuelles et quasi-contractuelles.

Cette opposition apparaît clairement quand on compare les actions qui les sanctionnent.

Les actions que la victime d'un délit privé peut tenter pour obtenir la *poena* à laquelle elle a droit appartiennent toutes, quel que soit le délit, à la catégorie des actions pénales.

Aux actions pénales s'oppose la catégorie des actions dites "réipersécutoires"; cette dénomination, fabriquée par les romanistes, est le décalque commode des expressions que l'on trouve dans les textes : Gaius (IV.7) parle des actions par lesquelles "*rem persequimur*" (nous réclamons la chose). Les actions réipersécutoires sont celles par lesquelles on prétend faire rentrer dans le patrimoine un élément qui doit y figurer : l'action en revendication, mais aussi les actions qui sanctionnent des obligations contractuelles ou quasi-contractuelles sont réipersécutoires.

L'action pénale s'oppose d'abord à l'action réipersécutoire par son objet : elle n'a pas pour but de rétablir le patrimoine dans son état normal, elle ne poursuit pas la réparation d'un préjudice, mais elle tend à faire appliquer une peine.

De ce caractère fondamental, dérivent toutes sortes de conséquences : la *poena* ...

#### 1/ Dépasse la réparation :

La *poena* n'est pas une amende : l'amende (*multa*) est perçue par le trésor public; la *poena* profite à la victime. Mais ce n'est pas pour cela une réparation du préjudice. Et ce qui le prouve bien, c'est que

cette *poena* est très souvent bien plus élevée que ne le serait une indemnité : la *poena* est souvent calculée au double, au triple, parfois même au quadruple du préjudice.

2/ Se cumule contre les délinquants :

L'action pénale peut être intentée pour la totalité de la peine, autant de fois qu'il y a de délinquants. Si le délit a été commis par plusieurs co-auteurs, chacun mérite la peine; il y a donc cumul au profit de la victime. La solution est toute différente en cas de contrat conclu avec plusieurs co-débiteurs : le créancier ne peut évidemment pas obtenir plusieurs fois la prestation prévue dans le contrat : chaque débiteur n'est tenu que pour une partie - ou, s'il y a solidarité, le paiement complet fait par l'un libère les autres.

3/ Se cumule avec d'autres actions :

Les actions pénales se cumulent avec les actions répersécutoires, les actions répersécutoires ne se cumulent pas entre elles. La victime d'un vol, qui fait appliquer au voleur le châtement qu'il mérite ne perd évidemment pas pour cela le droit de réclamer la chose au moyen de l'action en revendication : l'action *furti* (action pénale) se cumule avec l'action en revendication (action répersécutoire).

Si au contraire on dispose de deux actions répersécutoires pour réclamer la même chose, on ne peut pas les tenter successivement, parce qu'alors on obtiendrait deux fois ce qui est dû : celui qui prête une chose à usage peut tenter soit l'action de commodat puisqu'il y a contrat de commodat, soit l'action en revendication puisqu'il est propriétaire de cette chose; mais il ne peut pas tenter successivement les deux autres actions.

D'après certains jurisconsultes, il y aurait même possibilité d'intenter cumulativement plusieurs actions pénales pour le même fait s'il constitue plusieurs délits privés (1).

---

(1) Les jurisconsultes n'étaient pas d'accord. Lorsqu'un individu blesse l'esclave d'autrui (= *damnum*) dans l'intention d'outrager son maître (= *injuria*), ce maître peut-il exercer cumulativement l'*a. leg. Aquiliae* + *a. injuriarum* ? LABEON l'admet (D. 47.10-15,46) mais PAUL le refuse (44.7-34 pr.). Le cumul *a. leg. Aquiliae* + *a. arboribus caesarum* est admis par LABEON, refusé par TREBATIUS (D. 47.7.1). Si l'on en croit HERMOGENIEN les partisans du cumul l'auraient finalement emporté après bien des discussions (44.7.32). MODESTIN (III<sup>e</sup> s.) n'était pourtant pas de cet avis (D. 44.7.53) : il reconnaît que d'un même fait qui constitue plusieurs délits (concours idéal d'infractions) résultent plusieurs actions mais une seule de ces actions peut être exercée : il y a concours mais pas cumul.

Le principe que l'action pénale ne poursuit pas une réparation du préjudice est très net quand il s'agit de l'action *furti*, de l'action d'injures - beaucoup moins net dans d'autres cas, notamment avec l'action de la loi *Aquilia* : la *poena* prévue en matière de *damnum* est à la fois un châtement, et une indemnité. Justinien a imaginé la catégorie des actions mixtes : ce sont des actions pénales, qui ne se cumulent pas avec des actions répersécutoires, parce que la *poena* qu'elles procurent à la victime contient une "*reipersecutio*" (Inst. 4.6-16 et 19).

#### 4/ Modes d'extinction :

- a) Il suffit d'un simple pacte pour éteindre "*jure civili*" la plupart des obligations délictuelles : un pacte de remise n'éteint pas *jure civili* une obligation contractuelle, mais permet simplement au débiteur d'opposer au créancier l'exception *pacti conventi*.
- b) Les obligations délictuelles s'éteignent par la mort du délinquant : il faut cependant noter que, dans la Compilation de Justinien, il est admis qu'en cas de décès du délinquant, la victime puisse poursuivre les héritiers du délinquant : ceux-ci restent tenus dans la mesure de l'enrichissement que leur procure le délit (*in id quod ad eos pervenit*). Cette solution était admise dès l'époque classique par le préteur, dans quelques cas particuliers, et pour des actions dont le caractère pénal n'était pas très net, comme l'action *doli* : elle a été généralisée par Justinien. On peut trouver là le germe de notre système moderne de la responsabilité civile des héritiers. Mais le principe classique semble bien être que les actions pénales sont intransmissibles passivement, et de la façon la plus complète.

Certaines actions pénales (l'action *injuriarum*) sont même intransmissibles activement et s'éteignent par le décès de la victime.

---

./... Plusieurs textes de la Compilation affirment le contraire : ULPIEN 44.7.60 et 50.17.130 répété dans Inst. 5.4.9.1, où le principe du cumul est posé, pour les actions pénales en termes généraux. La question est d'autant plus obscure qu'en réalité les textes sur la question ne parlent probablement pas de la même chose ! "*eadem pecunia*" (44.7.60), "*eadem re*" (50.17.130 et 44.7.53), "*unum delictum*" (44.7.32) ne sont pas des expressions équivalentes. Quant aux textes qui permettent à la victime d'exercer la seconde action pénale seulement pour réclamer le surplus de peine que la première ne pouvait lui procurer, ils sont très suspects d'interpolation; cf. E. LEVY : "Konkurrenz" II, pp. 178-238. Un autre problème de cumul se pose lorsqu'un délit privé constitue aussi un délit public : la victime peut ou *criminaliter agere*, ou réclamer la *poena* privée, mais elle ne peut pas exercer successivement les deux actions (cf. infra : "*Injuria et furtum, délits publics*").

Les obligations contractuelles sont au contraire presque toujours transmissibles aux héritiers et contre les héritiers.

- c) La *capitis deminutio* du débiteur qui éteint, du moins *jure civili*, les obligations contractuelles, n'éteint nullement les obligations délictuelles : l'homme *sui juris* qui commet un délit privé et devient ensuite fils de famille par adrogation, répond encore de son délit; l'action pénale est en pareil cas exercée sous forme noxale (*noxaliter*) contre l'adrogéant.
- d) L'exercice des actions pénales est souvent soumis à des délais qu'on ne rencontre guère dans les actions réipersécutaires : les actions pénales prétoriennes sont annales.

#### 5/ Capacité de s'obliger :

La capacité de s'obliger n'est pas la même en matière délictuelle et en matière contractuelle.

La femme, du moins dans l'ancien droit, ne peut pas contracter de dettes valablement sans son tuteur. Elle répond de ses délits.

L'impubère ne peut pas s'obliger par contrat, sans l'*auctoritas* de son tuteur. Les dettes qu'il contracte seul sont radicalement nulles, à l'époque de Gaïus - valables peut-être comme obligations naturelles à l'époque post-classique - et valent "dans la mesure de son enrichissement", dans le droit de Justinien. Par contre, l'impubère répond entièrement de ses délits, s'il est "*doli capax*".

#### 6/ Noxalité :

Une des caractéristiques les plus saillantes des actions pénales apparaît dans le cas où le délit est commis par une personne en puissance, fils de famille ou esclave : l'action pénale est donnée contre le titulaire de la puissance, *pater* ou maître, sous une forme particulière, "*noxaliter*", qui permet à celui-ci de se libérer en abandonnant le coupable à la victime; c'est ce qu'on appelle une action noxale.

Il n'existe rien de semblable pour les dettes contractuelles : en ce qui concerne les dettes contractées par des fils ou des esclaves, le père (ou le maître) peut être parfois poursuivi, au moyen d'actions *adjecticiae qualitatis* (*a. quod jussu, institoria, exercitoria*) - Il est toujours responsable dans une certaine mesure (*a. de peculio aut de in rem verso*) : mais toutes ces actions prétoriennes n'ont absolument rien de commun avec les actions noxales.



Le fait qu'une action peut être exercée dans la forme noxale est un critère qui permet de la classer infailliblement dans la catégorie des actions pénales.

Le régime de la noxalité est si caractéristique que nous lui consacrerons un chapitre spécial, après l'étude des différents délits.

## CHAPITRE PREMIER : L'INJURIA

### La notion d'injuria :

A l'époque classique, les jurisconsultes reconnaissent que le mot *injuria* présente deux sens. Au sens large, l'*injuria* c'est tout acte injuste (*in-jus* = contraire au droit) : le mot est pris dans ce sens dans l'expression "*damnum injuria datum*" = dommage causé injustement. Au sens étroit, *injuria* est synonyme de *contumelia* (outrage); on englobait sous cette dénomination divers délits contre la personne.

### Atteintes à la personne physique :

A l'époque classique on désigne sous le nom d'*injuria* les atteintes à la personne physique : les coups et blessures. Il est possible qu'à l'époque ancienne, dans les XII Tables, le mot *injuria* n'ait pas été employé de cette façon; mais dans la langue classique, les coups et blessures constituent la forme la plus typique du délit d'*injuria*.

Les faits de ce genre ont longtemps été considérés à Rome comme de simples délits privés, donnant lieu, au profit de la victime, à une peine pécuniaire. Cette forme de répression en pareille matière n'est pas particulière au droit romain : on la rencontre dans la plupart des législations archaïques (lois germaniques, loi salique notamment).

### Question d'homicide :

Par contre, en ce qui concerne la répression de l'homicide, il existe une profonde différence entre le droit romain et les autres législations primitives. Celles-ci autorisent la famille de la victime à venger le mort ou à réclamer du meurtrier le prix du sang : *Wehrgeld* chez les Germains, *dieht* chez les Arabes. Nous ne trouvons rien de semblable en droit romain, même à l'époque la plus ancienne.

Les romains - dès l'époque royale - faisaient déjà la distinction entre l'homicide volontaire et l'homicide involontaire de l'homme libre. Le meurtre d'un citoyen était considéré comme intéressant toute la cité : c'était

déjà un délit public : le meurtrier était jugé par le peuple et la peine de mort pouvait lui être infligée.

Par contre, celui qui, accidentellement, par imprudence ou maladresse, tuait un citoyen, devait simplement faire un sacrifice expiatoire pour apaiser les mânes de la victime.

Sous la République, le préteur et les édiles organisèrent la répression de certains homicides involontaires, sans en faire d'ailleurs de vrais délits privés : ce sont des "quasi-délits" (cf. Infra).

### Injuria morale :

L'*injuria* comprend aussi les atteintes à l'honneur, à la réputation, à la pudeur; la loi des XII Tables qui prévoyait expressément sous le nom d'*injuria* des violences légères, les prenait en considération en raison de leur caractère "injurieux". Mais c'est surtout le droit prétorien qui donna une large extension dans cette direction à la notion d'*injuria*.

Il y eut en matière d'*injuria* toute une évolution du droit en ce qui concerne et la façon de comprendre ce délit et la façon de le réprimer.

## § 1 - SYSTEME DES XII TABLES

La loi des XII Tables prévoyait trois sortes de délits contre la personne (GAIUS 223) :

### 1/ Membrum ruptum :

Les auteurs modernes entendent ordinairement par là les blessures, les coups entraînant la perte d'un membre, des mutilations : perte d'un bras, oeil crevé, etc ... Nous verrons tout à l'heure que cette interprétation est inexacte : "*membrum ruptum*" signifie : "partie quelconque du corps endommagée de façon durable".

Pour ce délit, la vieille loi prévoyait l'application du talion au délinquant, s'il ne parvenait pas à conclure un arrangement avec la victime.

### 2/ Os fractum vel collisum :

Fracture ou luxation d'un os. Les XII Tables prévoyaient ici une peine fixe : 300 as si la victime est un homme libre, 150 as au profit du maître, s'il s'agit d'un esclave.

### 3/ Injuria :

Sous le nom d'*injuria*, les XII Tables visaient les violences légères qui présentent un caractère injurieux, par exemple des soufflets : une petite peine fixe de 25 as était prévue au profit de la personne injuriée.

Ces trois délits étaient intentionnels : les blessures causées accidentellement ne tombaient pas sous le coup de ces dispositions.

Il nous reste à déterminer le sens exact de "*membrum ruptum*". L'interprétation courante - "partie d'un membre" - aboutit à des résultats bien étranges. On peut à bon droit supposer que les blessures les plus courantes étaient celles que l'on causait au moyen d'une arme coupante : poignard, épée, couteau. Si l'arme ne tranche pas un membre et ne casse pas un os (ce qui est le cas normal), il n'y a pas "*os fractum*", et d'après l'interprétation courante, il n'y a pas davantage "*membrum ruptum*". La victime devait-elle alors se contenter de la petite peine de 25 as, prévue pour les autres cas d'injures ? Cette répression est manifestement insuffisante.

Il n'est guère vraisemblable que le vieux législateur ait oublié de prévoir des blessures aussi courantes; il est bien imprudent par ailleurs d'accuser Gaius de nous fournir un aperçu incomplet des XII Tables. Il est plus sage d'admettre avec Appleton (Mél. Cornil 1926) que les romanistes commettent tout simplement un contre-sens en traduisant "*membrum ruptum*" par "membre rompu, arraché". Les latinistes savent qu'il est dangereux de traduire les mots latins par les mots français qui leur ressemblent : dans le cas présent, "*membrum*" ne signifie pas membre, mais partie quelconque du corps, et "*ruptum*" ne signifie pas rompu, mais endommagé de façon durable.

Cette disposition des XII Tables concernait les coups et blessures qui laissent sur le corps des traces visibles et durables : les coups de couteau entrent dans cette catégorie.

Ainsi compris, le système des XII Tables présente une simplicité qui contraste avec la complication des lois barbares sur la même matière. La loi salique par exemple, avec une naïve gaucherie, en arrive à tarifier les différentes parties du corps, et même chaque doigt de la main. Le vieux législateur romain a fait preuve d'un sens juridique beaucoup plus sûr : lorsqu'il lui paraît possible d'estimer lui-même à l'avance la gravité des faits, il édicte une peine fixe; ainsi lorsqu'il y a fracture, ou s'il s'agit de violences légères qui sont surtout des offenses morales.

Dans les autres cas, il se rend compte qu'il serait imprudent de prévoir à l'avance le montant de la peine, parce que les blessures peuvent être infiniment variées; il préfère laisser aux intéressés eux-mêmes le soin de débattre entre eux le montant de la peine; car c'est à cela, pratiquement, que conduisait le principe de talion ainsi formulé par la loi : "qu'il y ait talion, à moins que les parties ne fassent entre elles un arrangement".

§ 2 - SYSTEME PRETORIEN  
EN MATIERE D'INJURIA

Cette législation antique tomba complètement en désuétude dans le courant de l'époque républicaine : elle fut remplacée par des dispositions de droit prétorien.

A/ Elargissement de la notion d'injuria :

. Les dispositions de l'Edit :

Le préteur fit entrer sous la dénomination d'*injuria* quantité de délits contre la personne : ces extensions ont été réalisées par retouches successives. Dans la codification de Julien (II<sup>e</sup> s.), on trouve sous le titre "De injuriis", d'abord un édit général qui concerne les voies de fait : les coups et blessures constituent le cas type d'*injuria*, puis des dispositions sur les paroles injurieuses, les écrits diffamatoires, l'outrage à la pudeur.

Certains faits, très sévèrement punis par la loi des XII Tables, parce qu'ils correspondaient primitivement à des pratiques magiques malfaisantes, ont complètement perdu cet aspect avec l'évolution des mœurs : ce ne sont plus, dans l'édit du préteur, que des outrages, des affronts considérés comme des délits privés.

Ainsi, la loi des XII Tables prévoyait la peine de mort contre l'auteur d'un "*malum carmen*" : il s'agissait de l'individu qui, en prononçant des formules magiques, était censé mettre en péril la vie et les biens d'autrui. Lorsque ces superstitions furent prises moins au sérieux, on considéra comme une variété d'*injuria* le "*carmen famosum*", qui n'est plus alors qu'un écrit diffamatoire, un pamphlet.

La loi des XII Tables prévoyait comme crime capital l'*occidentatio*, visant par là des manifestations collectives dirigées contre une personne, le "*charivari*" que l'on rencontre chez certains peuples primitifs et qui a bien l'aspect d'un rite magique malfaisant. Dans l'édit, il n'est plus question de ces pratiques archaïques, mais du "*convicium*" : l'esclandre fait en public en vue de porter atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne, et c'est une variété d'*injuria*.

Pour compléter toutes ces dispositions, le préteur avait établi un édit "*ne quid infamandi causa fiat*", interdisant, en termes généraux, tout acte susceptible de nuire à la "*fama*", à la bonne renommée d'une personne.

. La jurisprudence :

Les jurisconsultes se chargèrent de donner aux dispositions de l'édit la plus large extension. Ils admettent qu'il y a délit d'*injuria* lorsqu'un créancier, au lieu de demander paiement à son débiteur, qui est solvable, s'adresse directement aux cautions : cette attitude est injurieuse à l'égard du débiteur, dont on a l'air de suspecter la solvabilité.

D'une façon plus générale encore, on considère qu'il y a *injuria* lorsqu'on empêche un homme libre de jouir des droits et des avantages que la société reconnaît à chacun : droit de circuler, droit d'user des choses communes et des choses publiques. Ainsi la séquestration arbitraire est une *injuria*. De même il y a *injuria* si l'on empêche une personne de prendre un bain dans la mer, ou d'entrer au théâtre.

. Condition du délit :

En dépit de la variété des faits que l'on réunit sous cette dénomination, l'*injuria* présente une certaine unité. On trouve, dans tous les délits d'injures, des conditions qui leur sont communes.

L'*injuria* est toujours un délict intentionnel (*dolo malo*), à tel point qu'on ne peut pas parler d'*injuria* là où il n'existe aucune intention d'outrager : "L'*injuria* réside dans l'intention de son auteur" dit Ulpien, et il en tire cette conséquence que ni les fous ni les enfants incapables de discernement ne peuvent commettre ce délit (D. 47.10-3.1). A l'inverse, il n'y a *injuria* que si la victime est capable de sentir l'affront qui lui est fait : l'enfant en bas âge ne souffre pas des paroles injurieuses qu'on lui adresse.

On peut être victime d'une *injuria* en raison de faits qui atteignent directement d'autres personnes : le père de famille souffre de l'injure faite à son fils ou à sa femme - et ceux-ci, qui sont personnellement victimes, ont droit aussi à la *poena*.

De sorte qu'en cas d'injure faite à une femme mariée restée en puissance de son père, il existe trois actions distinctes contre l'auteur du délit : l'action de la femme elle-même (cette action est intentée, du chef de celle-ci, par son père, qui exerce la puissance) - l'action du père et enfin l'action du mari qui tous peuvent se prétendre personnellement intéressés.

A l'époque classique, il n'y a en principe d'*injuria* qu'à l'égard des personnes libres. Dans le cas de blessures faites à un esclave, la loi des XII Tables, nous l'avons vu, prévoyait une peine, d'ailleurs réduite (150 as pour l'*os fractum*), que pouvait obtenir le maître. Dans la suite, avec la loi *Aquilia*, les blessures faites à l'esclave constituent un *damnum*, un dommage à la propriété du maître, et dès lors c'est au moyen de l'action de la loi *Aquilia* que le maître obtient une *poena*.

Mais il n'est jamais question, du moins à l'époque classique, de considérer l'esclave comme personnellement atteint par l'*injuria* : à tel point qu'il ne peut pas exercer l'action d'injures s'il devient capable d'agir en justice, par suite d'un affranchissement postérieur au délit. Cependant les faits injurieux, s'ils sont graves, peuvent être ressentis par le maître. Gaius nous apprend (III.222) que le maître pouvait intenter de son propre chef l'action d'injures avec une formule spéciale contre l'individu qui avait fouetté de verges son esclave. Par contre des paroles offensantes adressées à un esclave ne pouvaient justifier l'exercice de l'action d'injures par le maître, ni du chef de son esclave, parce que celui-ci est incapable d'être victime d'une *injuria* - ni de son propre chef, parce qu'il n'est pas personnellement atteint en pareil cas.

B/ L'estimation de la peine :

Au II<sup>e</sup> s. av. J.C., on commença à trouver peu satisfaisantes les peines établies par la loi des XII Tables. Le talion, qui n'avait guère été utilisé, n'était plus du tout en harmonie avec l'état des mœurs, beaucoup plus policées, des romains; les peines fixes, à la suite de la dépréciation énorme de la monnaie, étaient devenues tout à fait insuffisantes : Aulu Gelle raconte l'anecdote d'un chevalier romain qui, pour tourner la loi en dérision, souffletait les passants tandis qu'un de ses esclaves distribuait à chaque victime les 25 as auxquels la loi lui donnait droit.

A la place des différentes peines établies par la loi, le préteur laissa aux juges le soin de déterminer dans chaque cas, et en équité, la peine qu'ils trouveraient convenable. L'action prétorienne qui permet d'atteindre ce résultat est désignée par les modernes sous le nom d'action "estimatorie d'injures".

Ce n'était pas une innovation tellement hardie : on sait par Aulu Gelle que, dès une époque ancienne, dans les cas où la loi prévoyait le talion, le délinquant pouvait l'éviter, même s'il n'arrivait pas à se mettre d'accord avec la victime sur le montant de la composition pécuniaire : la somme était en ce cas fixée par un arbitre qu'on saisisait de l'affaire. Cependant les ressemblances avec la "*diké aikias*" du droit grec sont si frappantes, qu'on est porté à croire que le préteur s'est inspiré du droit grec pour créer son action estimatorie. Elle a figuré probablement d'abord dans l'édit du préteur pérégrin; c'est pourquoi les affaires d'injure étaient jugées non par un *judex unus*, mais par des récupérateurs (AULU GELLE : 20.1.13).

C'est une action *in factum*, dont la formule débute par un exposé des faits (1). La *condemnatio incerta* donne aux juges le pouvoir de pro-

---

(1) LENEL (Edit. § 190) propose une formule avec une *demonstratio* suivie d'une clause estimatorie. La formule commençait certainement par "*quod A'A' pugno mala dolo N'N' percussa est*". Mais est-ce une *demonstratio* ? Les actions *in bonum* et *aequum* sont *in factum* et comportent un exposé des faits qui tient lieu à la fois d'*intentio* et de *demonstratio*.

noncer une peine pécuniaire dont ils devront établir le montant en équité "*in bonum et aequum*", sans dépasser un maximum qui leur est indiqué : la formule contient en effet une *taxatio*. Ordinairement on reproduisait dans la *taxatio* la somme indiquée par le demandeur lui-même, au début du procès, comme montant de sa prétention. Cependant si l'*injuria* était particulièrement grave (*atrox*), le magistrat prenait soin lui-même de déterminer la *taxatio*, et les juges, par respect pour l'autorité du magistrat, condamnaient à cette somme. Une *injuria* était *atrox* soit en raison de la gravité objective des faits - soit en raison de la qualité de la victime - soit en raison du lieu où le délit avait été commis (paroles injurieuses proférées dans un lieu très fréquenté).

L'action d'injure est infamante (G. IV.182) : aussi ne doit-on pas l'intenter à la légère : le demandeur débouté subit la peine des plaideurs téméraires : 1/10 de la somme qu'il réclame à tort (G. IV.177).

L'action d'injures est annale; si la victime tarde trop à agir, on peut présumer qu'elle a pardonné (en droit moderne, notre loi de 1881 prévoit de très courts délais de prescription en cas d'injures ou diffamations par la presse).

Comme toutes les actions pénales, elle s'éteint par la mort du délinquant. Elle s'éteint aussi par un simple pacte - (par le pardon de la victime : D. 47.10.11.1). De plus elle présente cette particularité de s'éteindre par la mort de la victime : c'est une action qui "respire la vengeance", et qui, pour cette raison, reste personnelle à la victime.

Si l'auteur de l'*injuria* est un esclave, l'action se donne *noxaliter* contre son maître, mais celui-ci peut échapper à l'action noxale d'injures en autorisant la victime à fouetter l'esclave (*exhibere verberandum* : D. 47.10-17.4).

### § 3 - REFORMES LEGISLATIVES : L'INJURIA DELIT PUBLIC

Dès le premier siècle avant notre ère, se dessine la tendance à voir dans les cas les plus graves d'injures des délits publics; de tels faits sont considérés comme troublant la paix sociale et paraissent justifier l'application de châtiments dans l'intérêt général.

En 81, une loi de Sylla, la loi *Cornelia de injuriis* - rédigée à une époque où la guerre civile ne rendait que trop fréquentes les violences contre les particuliers - érigea en délit public le fait de "*pulsare, verberare, vi domum introire*" : les coups et blessures et la violation de domicile. Les affaires de ce genre pouvaient être portées devant des juridictions répressives (*quaestiones perpetuae*), pour faire appliquer des châtiments corporels. Ces poursuites criminelles ne pouvaient être mises en mouvement que par la victime elle-même : l'action, bien qu'exercée "dans l'intérêt général", restait malgré tout une "action privée" (PAUL : D. 3.3-42.1).

Sous l'Empire se sont multipliées les hypothèses dans lesquelles l'*injuria* peut donner lieu à des poursuites criminelles exercées "*extra ordinem*" : il en est ainsi toutes les fois que l'*injuria* est *atrox*.

Les lois qui permettaient à la victime d'agir "*extra ordinem*" ne lui enlevaient pas la faculté de réclamer une *poena* selon le droit ancien (contesté à tort par Girard).

Dans la plupart des cas, la victime d'une *injuria* disposait de deux procédures possibles : elle pouvait exercer l'action estimatoire pour obtenir une peine pécuniaire et c'est ce que les textes appellent "*civilliter agere*"; elle pouvait aussi saisir les juridictions répressives pour faire appliquer au coupable un châtiment corporel (*criminaliter agere*).

Les textes de la Compilation lui réservent expressément le droit d'opter entre ces deux procédures, mais ne lui permettent pas de les exercer successivement (PAUL : D. 47.10-6).

Au Bas-Empire, les deux actions appartenaient à la compétence des mêmes juges, se déroulaient selon les mêmes règles de la procédure extraordinaire : mais elles aboutissaient à des peines différentes. En fait, la "voie civile" semble avoir été rarement en usage dans les affaires de quelque gravité, dès l'époque d'Hermogénien (IV<sup>o</sup> s.) (D. 47.10-45).

## CHAPITRE SECOND : LE FURTUM

Le *furtum*, c'est le vol, au sens large du mot, et c'est un délit privé.

Les romains, dès la plus haute Antiquité, se sont souciés de protéger la propriété : la loi des XII Tables prévoyait non seulement le *furtum*, mais d'autres agissements malhonnêtes, voisins du vol, qu'elle sanctionnait au moyen d'actions qui ressemblent à l'action *furti*, comme par exemple :

- l'action "*de tigno juncto*" (au double), contre l'individu qui utilise la poutre d'autrui pour bâtir sa maison (cf. MONIER, thèse Paris 1924; MELLITO, Napoli 1964);
- l'action contre le dépositaire infidèle (au double);
- l'action *rationibus distrahendis*, contre le tuteur qui détourne les biens de son pupille (au double).

Pour nous en tenir ici au *furtum*, il nous faut tenir compte de l'évolution du droit :



Section I) La loi des XII Tables constitue la base du système du en cette matière;

Section II) Avec les progrès du droit, la définition du délit s'est précisée et sa répression dans certains cas s'est trouvée modifiée;

Section III) Enfin la peine pécuniaire n'est pas la seule satisfaction à laquelle puisse prétendre la victime du vol : elle peut exercer, en plus de l'action pénale, des voies de droit de caractère reipersécutoire, notamment la *condictio furtiva*.

## SECTION I : SYSTEME DES XII TABLES

### La notion ancienne :

Dans la langue classique, le mot *furtum* signifie "vol"; dans la langue archaïque des XII Tables, ce mot signifie aussi chose volée. On considérait alors qu'il y avait *furtum* (chose volée) lorsqu'une chose mobilière était enlevée, soustraite : le délit consistait à "*amovere*". Il pouvait avoir pour objet non seulement des choses mobilières, mais aussi des esclaves et même des personnes en puissance : il y avait *furtum* si l'on procédait à l'enlèvement d'une femme mariée *cum manu*, ou d'un fils en puissance, ou d'un débiteur *addictus* (1).

La loi des XII Tables faisait déjà la distinction fondamentale entre le *furtum manifestum* et le *furtum nec manifestum* (le vol flagrant et le vol non flagrant) qui se conservera dans toute l'évolution du droit romain.

En droit romain, le vol flagrant est puni bien plus sévèrement que le vol non flagrant. Cela peut paraître choquant : que le délinquant soit découvert immédiatement ou longtemps après le délit, cela n'en change pas la gravité. Dans nos législations actuelles, la flagrance n'exerce aucune influence sur la peine, mais autorise simplement l'emploi d'une procédure simplifiée, parce que la culpabilité de l'accusé semble plus facile à établir.

On pourrait être tenté de croire qu'en cas de vol flagrant les romains appliquaient des peines plus sévères parce qu'en pareil cas on est sûr de frapper le vrai coupable. Mais la raison est autre : il ne faut pas oublier que la *poena*, par ses origines historiques, a le caractère d'une rançon payée par le délinquant pour échapper aux mains de la victime, qui a un

---

(1) Le rapport qui existe entre les mots *furtum* et *furtim* (clandestinement) a conduit HUVELIN ("Le *furtum* dans l'ancien droit" et Cours D.R. II 1929) soutenir qu'à l'origine le délit de *furtum* englobait toutes sortes d'actes commis en cachette contre le bien d'autrui; en réalité dans les XII Tables, le *furtum* est un vol par soustraction, notion assez étroite (ALBANESE : "*Le nozione del furtum fino a Nerazio*", Palerme 1953, pp. 10 sq.

droit sur son corps. Lorsque le vol est flagrant, le ressentiment de la victime est plus fort; il est naturel qu'elle se montre exigeante pour relâcher le coupable qu'elle a pris sur le fait et qu'elle tient à sa merci.

Que faut-il entendre exactement par *furtum manifestum* ? A l'époque des XII Tables, la notion de flagrance devait être assez simple : le vol était "manifeste" quand le voleur était pris sur le fait, tenant encore la chose "en mains". Puis les jurisconsultes, beaucoup plus tard, ont ratiociné sur la définition avec une tendance à étendre la flagrance : Gaïus (III. 184) admet que le vol est encore manifeste lorsque le voleur est trouvé, peu de temps après le délit, dans les lieux où il l'a commis; par contre, Gaïus critique la doctrine qui prolonge démesurément la flagrance, en considérant comme "*manifestus*" le voleur qui est trouvé en train de transporter le produit de son vol, même assez longtemps après le délit.

#### . Peines applicables :

Au point de vue des peines à appliquer, les XII Tables distinguent le *furtum manifestum*, le *furtum nec manifestum*, enfin le recel.

#### § 1 - FURTUM MANIFESTUM :

Le châtement est différent selon que le voleur est un esclave, un homme libre, un impubère : enfin des dispositions particulières concernent le vol manifeste accompagné de circonstances aggravantes.

#### A/ Vol flagrant commis par un esclave :

La loi reconnaît à la victime le droit de s'emparer de l'esclave et de le conduire séance tenante devant le magistrat. La flagrance rend inutile le renvoi de l'affaire devant un juge : le magistrat peut facilement se rendre compte de la culpabilité de l'esclave. Il ordonne immédiatement de lui faire subir la peine des verges (*verberatio*), peine que la vieille loi prévoit toujours en cas de vol flagrant. Le magistrat peut, de plus, et s'il le juge convenable, faire précipiter l'esclave du haut de la Roche Tarpéienne : c'est donc la peine de mort pour l'esclave.

#### B/ Vol flagrant commis par un homme libre :

La victime s'empare du voleur, le traîne devant le magistrat. Celui-ci ordonne d'abord la peine des verges, puis prononce une *addictio*, aux

termes de laquelle il autorise la victime à emmener chez elle son voleur : le voleur est "*addictus*", adjugé à la victime.

La loi, en prévoyant cette mesure, ne faisait que régulariser une très ancienne coutume : primitivement le voleur répondait du délit sur son corps. La loi a consacré ce droit qu'avait la victime de faire main-mise sur le voleur, mais a soumis l'exercice de ce droit au contrôle du magistrat.

Quelle était la condition juridique de voleur "*addictus*" ? Les vieux jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur ce point : les uns prétendaient que l'*addictus* devenait immédiatement esclave de la victime du vol, les autres soutenaient que l'*addictus* était encore un homme libre, placé dans la même situation qu'un débiteur incarcéré chez son créancier à la suite d'une *manus injectio* : il ne devenait esclave qu'au bout d'un certain délai, quand la victime le vendait "*trans Tiberim*".

Ce qu'il y a de certain, c'est que la loi *Poetelia Papiria* (qui a adouci le sort des *nexi*) n'a pas entendu modifier la situation des voleurs *addicti*.

Le plus souvent, le voleur ou sa famille, pour échapper à une situation aussi critique, proposaient de payer une rançon à la victime. Le voleur n'hésitait pas à offrir des sommes considérables pour retrouver sa liberté : cette composition pécuniaire, discutée entre parties, dépassait de beaucoup la valeur de la chose volée.

C/ Vol flagrant  
commis par un impubère :

L'enfant pris en flagrant délit de vol était, lui aussi, conduit devant le magistrat et lui aussi subissait la peine des verges. Après quoi il était relâché, mais il devait réparer le dommage (*noxiam sarciri*).

La disposition des XII Tables relative aux impubères est signalée par Aulu-Gelle et par Labéon (D. 9.2-5.2) : son existence n'est donc pas douteuse. Mais elle est assez surprenante : il résulte en effet de cette disposition que l'impuberté n'était pas une cause d'irresponsabilité en matière de vol. Cela nous porte à croire que l'ancien droit romain se souciait peu de savoir si l'auteur du vol avait agi intentionnellement : cette impression sera confirmée par ce que nous verrons plus loin, à propos du recel.

D/ Vol flagrant  
accompagné de circonstances aggravantes :

La loi des XII Tables prévoyait deux hypothèses dans lesquelles le voleur pris en flagrant délit risquait une sanction particulièrement sévère.

re : 1) lorsque le vol était commis la nuit; 2) lorsque le vol était commis le jour, mais à main armée.

Dans ces deux cas, la loi reconnaissait à la victime du vol le droit de tuer le voleur sur place. C'est un acte de justice privé. Mais pour que cette exécution sommaire ne se confonde pas avec un meurtre, la loi exige que la victime du vol entoure cet acte de justice d'une certaine publicité : avant de tuer le voleur, la victime doit pousser des cris, ameuter les voisins.

Cette vieille disposition des XII Tables s'est conservée à travers les siècles, en droit romain, puis dans notre droit pénal : mais elle a changé tout à fait de caractère. Dans une législation qui n'admet plus la justice privée, la mise à mort du voleur ne peut se justifier qu'en invoquant la légitime défense et c'est ce que font les jurisconsultes classiques (1).

## § 2 - FURTUM NEC MANIFESTUM

Lorsque le vol n'est pas manifeste, la vieille loi ne permet plus à la victime d'exercer un droit sur le corps du délinquant : elle devra se contenter d'une somme d'argent.

Primitivement, la composition pécuniaire, en matière de vol, portait le nom de "*nox*", tandis qu'en matière d'*injuria* on l'appelait "*poena*". La *poena*, c'est la somme que l'on paie pour éviter les effets de la vengeance. Pour échapper au droit qu'a la victime d'incarcérer le voleur, celui-ci ne paie pas une *poena*, mais une *nox*. Ces nuances se sont effacées dans le langage, en même temps que s'estompait le souvenir de l'ancienne justice privée. A l'époque classique, la somme que peut exiger la victime du vol porte le nom de *poena* (cf. DE VISCHER : "Etudes sur la noxalité" p. 117).

En cas de vol non manifeste, l'individu soupçonné comme auteur du délit peut proposer de payer une composition : la victime, si elle n'a pas sous la main de preuves très décisives, acceptera volontiers cet arrangement, même pour une somme inférieure à celle qu'elle pourrait obtenir en faisant un procès.

---

(1) Selon POMPONIUS, la disposition des XII Tables sur le voleur nocturne ou qui "*se telo defendit*" était tombée en désuétude (Coll. 7.3.2 : "*Pomponius dubitat num haec lex non sit in usu*"). La loi *Cornelia* sur le meurtre peut s'appliquer à celui qui tue le voleur alors qu'il pouvait le repousser sans danger (abus de légitime défense) : cf. Coll. 1.c = D. 9.2.5 pr et 48.8.9 (itp ?). Par une longue tradition notre Code Pénal (art. 329) admet une présomption de légitime défense au profit de celui qui tue l'individu qui s'est introduit la nuit dans une maison habitée.

Il est fait mention de cet arrangement amiable dans divers textes et il y est encore fait allusion, en pleine époque classique, dans la formule de l'action *furti*, où figurait la vieille expression : "*pro fure damnum decidere*", qui a donné lieu à bien des controverses. M. de Visscher (*op. cit.* p. 293) a démontré qu'elle ne signifiait pas "réparer le dommage en qualité de voleur", mais bien "composer pour la personne du voleur". C'est son corps qui répondait du délit; il rachetait sa liberté en composant.

Mais si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur la composition (notamment lorsque l'individu soupçonné prétend que ce n'est pas lui qui a commis le vol) la loi des XII Tables donne à la victime une action : l'action *furti*. Cette action aboutit à faire payer par le voleur une composition légale fixée au double : le défendeur reconnu coupable du vol est condamné au double de la valeur de la chose volée. Cette action, à l'époque des XII Tables, s'intentait par *sacramentum in personam* (1).

Si le vol non manifeste était commis par un esclave ou par un fils en puissance, l'action *furti* était donnée contre le maître ou le père, sous forme noxale : l'action noxale, en matière de *furtum nec manifestum*, était expressément prévue par la loi des XII Tables.

### § 3 - LE RECEL

Cette loi prévoyait enfin le cas où la chose volée était découverte à la suite d'une perquisition domiciliaire.

Dans l'ancienne Rome, la perquisition n'était pas faite, comme de nos jours, par des représentants de l'autorité publique, mais par la victime elle-même : c'était un acte de justice privée. La maison d'un romain, temple des dieux domestiques, était inviolable : aussi la perquisition n'était-elle permise que si elle était faite avec des formalités compliquées. Cette procédure de perquisition avait été réglée par des coutumes bien plus vieilles que la loi des XII Tables elle-même. Cet acte solennel est connu sous le nom de "*perquisitio lance licioque*" : la perquisition avec le plateau et le pagne. La victime du vol qui désirait procéder à une perquisition se présentait nue, vêtue d'un simple pagne (*licium*) et portant à la main un plateau (*lanx*).

Gafus, qui ne comprend rien à ces vieilles formalités, les trouve ridicules (III.193) : la loi, dit-il, qui interdit de perquisitionner quand

---

(1) Le demandeur prononçait devant le magistrat des paroles que nous connaissons par CICERON ("*De nat. deorum*" 3.30.74); il est probable qu'à l'époque des XII Tables, elles étaient différentes, car les mots "*ope consilioque tuo*" font état, en matière de vol, d'un élément intentionnel (*consilio*) que nous croyons étranger à la notion originare du *furtum*.

on est habillé, devrait bien davantage l'interdire quand on est nu ! Il comprend que le pagne soit exigé pour raison de décence - mais il n'arrive pas à comprendre ce que vient faire le plateau en cette affaire. Est-ce pour y déposer l'objet quand on l'aura trouvé ? Mais si l'objet est volumineux, il ne tiendra pas dans le plateau ! On peut trouver à ce plateau une autre utilité : peut-être est-il là pour occuper les mains de celui qui fait la perquisition, l'empêcher de faire le prestidigitateur qui fait surgir l'objet dans une maison où il n'était pas. On peut supposer que l'obligation de se présenter nu présente la même utilité : de cette façon on est sûr que l'objet n'est pas apporté dans un pli de la toge.

Les sociologues modernes qui ont essayé de retrouver le sens primitif de ces rites ont proposé des hypothèses plus pittoresques que sûres : la nudité n'était-elle pas, dans l'esprit des Anciens, la tenue la plus convenable pour découvrir la vérité dans une ténébreuse affaire de vol, puisque selon les traditions les mieux établies, la vérité a coutume de se montrer toute nue ! Elle porte, il est vrai, un miroir; mais le fameux plateau, qui embarrasse tant Gaïus, aurait bien pu être primitivement un miroir ! Quant au *licium*, en fait de pagne, ce n'était peut-être qu'un fil, le fil conducteur, le fil d'Ariane qui mène celui qui cherche. Il faut avouer que tous ces vieux rites restent pour nous aussi mystérieux qu'ils l'étaient déjà pour Gaïus.

Ce qu'il y a de certain, c'est que, lorsqu'une chose volée était retrouvée à la suite de cette perquisition solennelle, le maître de maison était traité comme un voleur pris en flagrant délit : conduit devant le magistrat, il devenait "*addictus*" chez la victime du vol (G. : III.193/194).

Mais Gaïus nous apprend qu'il existait dans la même loi des XII Tables deux actions au triple concernant le recel : elles soulèvent de sérieuses difficultés.

1°/ Il y avait une action  
*furti concepti* (G. III.191) :

*Furtum conceptum*, cela signifie "chose volée qui a été trouvée, qui a été saisie". C'est donc une action donnée dans le cas où la chose est retrouvée après une perquisition.

- Comment concilier cette action au triple avec cette autre disposition des XII Tables signalée par Gaïus : "quand on trouve la chose après une perquisition *lance licioque*, la loi décide que c'est un *furtum manifestum*" ?

On avait d'abord pensé que la loi envisageait deux sortes de perquisitions : l'une solennelle, aboutissant à l'*addictio*; l'autre, non solennelle, aboutissant à une peine au triple. Mais depuis les recher-

ches de Huvelin sur le *furtum* (1), il est prouvé que la loi des XII Tables ne connaissait et ne tolérait qu'une seule forme de perquisition : celle qui se faisait nu, avec le pagne et le plateau. Huvelin accuse Gaius d'attribuer aux XII Tables une action au triple qui serait plus récente : cette explication est bien hasardeuse, car Gaius connaît bien la loi des XII Tables. On peut songer à l'explication suivante : si la perquisition *lance licioque* était faite chez le voleur lui-même, celui-ci était traité comme "voleur manifeste"; mais si cette perquisition était faite chez un recéleur, celui-ci n'était pas assimilé au voleur : la loi prévoyait contre lui une action au triple.

2°/ Il y avait d'autre part  
une action *furti oblati*

Egalement au triple. *Furtum oblatum*, cela signifie "chose volée qui a été offerte". Cette action est donnée à celui chez qui la chose a été trouvée, et qui a été obligé de payer la peine du triple à la suite de l'action *furti concepti*. La loi lui donne un recours pour récupérer ce triple, en poursuivant la personne (le voleur ou un autre) qui lui a joué un mauvais tour en lui donnant ou en lui confiant une chose volée.

L'existence de cette action nous conduit à penser que l'action *furti concepti* au triple se donnait contre tout individu chez lequel on trouvait la chose volée, sans se préoccuper de savoir s'il était de bonne ou mauvaise foi, s'il savait ou ignorait qu'elle provenait d'un vol. En effet, il serait invraisemblable que la loi se soit mise en peine d'organiser un recours au profit d'individus qui auraient été uniquement de véritables recéleurs, connaissant l'origine de la chose qui leur était donnée ou confiée.

Ceci confirme ce que nous avons indiqué plus haut, à propos des impubères : en matière de vol, le très vieux droit romain ne tenait aucun compte de l'intention délictuelle. Cette constatation nous conduit à penser que l'action *furti oblati* était accordée, sans distinction, aussi bien au détenteur de bonne foi qu'au recéleur proprement dit, du moment qu'ils avaient été obligés de payer la peine du triple.

---

(1) HUVELIN : "Etudes sur le *furtum* dans le très ancien droit romain", Lyon 1915.

SECTION II - EPOQUE CLASSIQUE  
ET DROIT DE JUSTINIEN

L'évolution du droit s'est manifestée en cette matière de deux façons :

1/ La notion de *furtum* s'est élargie, et 2/ les peines privées édictées par la vieille loi n'ont pas toutes été maintenues. De plus, une forme de répression toute différente est apparue : le vol est devenu, en bien des cas, un délit public.

§ 1 - LA NOTION DE FURTUM

Les vieux juristes de l'époque républicaine, ne sachant comment assurer la répression de certains agissements répréhensibles, proposaient l'emploi de l'action *furti* dans bien des hypothèses où il n'y avait pas de soustraction : cas de l'individu qui nie le dépôt qu'il a reçu, ou de celui qui facilite la fuite d'un esclave, ou du fermier qui vend le domaine qu'il a pris en location. Cette jurisprudence admettait que le vol pût avoir pour objet un immeuble (1).

Ces extensions assez abusives de la notion du *furtum* ne se justifiaient plus lorsqu'il devint possible de recourir à des sanctions mieux appropriées : ainsi les peines prévues par les lois *Julia* et *Plautia "de vi"* s'appliquaient en cas de dépossession violente d'un immeuble (D. 48.6-3.6). Les juristes du Premier siècle préconisent souvent l'emploi de l'action de *dol* - que le préteur venait de créer - dans des cas où leurs prédécesseurs accordaient l'action *furti* : ainsi dans l'hypothèse de l'individu qui, sans intention de prêter aide à des voleurs, facilite la fuite d'un esclave ou met en fuite le bétail d'autrui. Mais comme leurs prédécesseurs, ils admettent que la soustraction n'est pas la seule façon de voler : un *furtum* sans déplacement de possession et consistant dans le fait de conserver ou d'utiliser malhonnêtement une chose (*furtum improprium* des commentateurs) prend place à côté du *furtum* avec soustraction (*furtum proprium*).

Les juristes finirent par donner du vol cette définition célèbre : "*furtum est contrectatio fraudulosa*" (Inst. 4.1 et D. 47.2.1.3) : le

---

(1) Les "*veteres*" ont donné une grande extension à la notion de *furtum*, comme le prouve l'étude d'ALBANESE (op. cit. p. 46, p. 163 : action *furti* admise contre celui qui fait un acte qui prive une personne de son bien, sans s'occuper de savoir qui en profite; et pp. 56 sq. sur le "*furtum fundi*" (texte fondamental d'AULU-GELLE, N.A. 11.18.13).



vol consiste dans une manipulation frauduleuse. Définition déjà en germe chez Sabinus (qui parle d'attrectatio : AULU-GELLE, N.A. 11.12.20).

1/ Contrectatio :

On peut "manipuler" sans commettre une soustraction : ainsi le dépositaire qui se permet de dépenser les deniers qu'on lui a confiés, les manipule frauduleusement, mais n'a pas besoin de "soustraire" ceux-ci, puisqu'il les a déjà en mains.

La définition romaine du *furtum* est par conséquent bien plus large que celle que notre Code Pénal donne du vol : art. 379 "quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol". Le droit romain fait entrer dans le *furtum* des délits qui reçoivent actuellement d'autres qualifications.

Les divers faits qui sont susceptibles de constituer un *furtum* ont été classés par les jurisconsultes en trois catégories. Ils distinguent ainsi :

a) Le furtum rei :

Vol d'une chose : c'est le vol avec soustraction, qui suppose un déplacement de la chose : aussi ce genre de vol ne peut-il avoir pour objet que des choses mobilières. Il faut de plus que la chose appartienne à autrui : on ne se vole pas soi-même; il n'y a pas vol non plus si l'on s'empare d'une chose sans maître, ou d'une chose non susceptible d'appropriation privée.

Le *furtum rei* peut aussi avoir pour objet une personne (fils de famille, femme *in manu*, *judicatus*, *auctoratus*: GATUS III.199).

b) Le furtum possessionis :

Vol de possession. L'objet du vol n'est pas ici la chose elle-même, mais sa possession. Ainsi un débiteur, avant d'avoir payé sa dette, reprend frauduleusement la chose qu'il avait offerte à son créancier, en garantie de la dette : il enlève au créancier la possession à laquelle celui-ci avait droit en vertu de la convention de *pignus* (gage). Ce qu'il y a de remarquable dans ce genre de vol, c'est qu'il peut être commis par un individu qui est propriétaire de la chose : dans l'hypothèse que nous avons envisagée, le débiteur est propriétaire de l'objet offert en garantie et en reste propriétaire pendant que le créancier la détient à titre de gage.

c) Le *furtum usus* :

Vol d'usage. Ce vol se réalise sans soustraction. Une personne détient la chose d'autrui dans des conditions parfaitement licites, par exemple en vertu d'un dépôt ou d'un commodat : cette personne commet un *furtum* si elle se sert de la chose alors qu'elle n'avait pas le droit de le faire (cas du dépositaire), ou si elle s'en sert autrement qu'il était convenu (cas du commodataire qui emporte en voyage la vaisselle qu'on lui a prêtée pour donner un banquet chez lui). Dans notre droit moderne, nous parlons, en pareil cas, d'abus de confiance.

2/ Fraudulosa :

La manipulation, pour être répréhensible, doit être frauduleuse.

- a) Il faut qu'elle soit accomplie sans droit : si par exemple une clause du contrat de dépôt autorise le dépositaire à employer les deniers qui lui sont confiés (dépôt irrégulier) il ne commet pas un *furtum* s'il les dépense. On ne commet pas de délit quand on use de son droit.

Il faut bien remarquer qu'on n'a pas le droit de se faire justice soi-même : le propriétaire qui, ayant perdu sa chose, l'aperçoit chez un possesseur de bonne foi, peut la revendiquer; mais il commet un vol s'il s'en empare à l'insu du possesseur (c'est un *furtum possessionis*).

- b) Les actes constitutifs du vol doivent être commis contre le gré de la personne à laquelle ils font tort. Ainsi le *furtum rei* doit être commis "*invito domino*", sans l'assentiment du propriétaire de la chose. En effet, ne peut se dire victime d'un vol celui qui autorise l'enlèvement de sa chose : il en est ainsi alors même que l'individu qui s'en empare croirait la voler.
- c) Enfin le *furtum* est devenu un délit intentionnel. Les juristes de l'époque républicaine s'étaient écartés sur ce point de la conception des XII Tables : ils soutenaient que le *furtum* n'existait qu'autant qu'il était commis à dessein (*consilio*) : les juristes classiques expriment cette idée autrement : ils proclament que le *furtum* n'est punissable que s'il est commis "*dolo malo*", ce qui signifie "volontairement et en connaissance de cause" (GATUS III. 197 : *furtum sine dolo malo non committitur*) - Ainsi le commodataire qui se sert abusivement de la chose qu'il a empruntée ne commet pas un *furtum usus* s'il croit que le commodant lui a permis d'en faire cet usage.

L'exigence de cette nouvelle condition devait avoir pour conséquence de rendre irresponsables les fous et, depuis Julien, les impubères incapables de discernement (*doli non capaces*).

Cet élément intentionnel, le *dolus malus*, en matière de vol n'est pas une intention vague de mal faire : il ne suffit pas, pour être un voleur, de mettre la main sur une chose que l'on sait appartenir à autrui : ainsi celui qui s'empare du bien d'autrui pour le jeter à la mer agit par méchanceté, mais n'est pas un voleur. Ce qui caractérise le voleur, c'est qu'il désire profiter, fût-ce momentanément, de la chose. Les textes, pour préciser cet aspect particulier de l'intention délictuelle, parlent parfois de l'*animus furandi* ou *animus lucri faciendi*. Ces textes ont été souvent déclarés suspects, mais bien à tort (1).

### 3/ La complicité de vol :

A l'époque archaïque où, semble-t-il, on ne s'occupait pas de l'intention en matière de vol, il devait être impossible de punir la complicité proprement dite : on devait se contenter de punir ceux qui avaient matériellement collaboré au vol, comme co-auteurs.

A l'époque classique, par contre, les peines prévues contre les voleurs s'appliquent indubitablement aux complices. Les romains semblent avoir évité les complications qu'apporte dans notre droit français notre théorie de la "complicité délit unique". Gaius a tout l'air d'envisager

---

(1) HUVELIN, ALBERTARI, JOLOWICZ et d'autres ont soutenu que les expressions *animus lucri faciendi* (intention de lucre), *animus furandi* (intention de voler), *furti faciendi causa* (en vue de commettre un vol) seraient interpolées, les byzantins ayant introduit ainsi dans les textes des considérations inconnues des classiques. Cette doctrine hypercritique a été à juste titre critiquée par BUCKLAND Tjld. 1930, p. 135; THOMAS, "*Animus furandi*" IURA 1968, pp. 1-32; ALBANÈSE *op.cit.* pp. 164 sq. Nous signalons notamment 1) D. 41.1.5 : TREBATIUS (contemporain de CICERON) a écrit : "*eo animo ut ipsi lucri faceret*", ce qui est bien voisin de "*animus lucri faciendi*" ! 2) AULU-GELLE, NA. 11.18.20 (certainement pas itp !), reproduit un passage de SABINUS (contemporain de TIBERE) ainsi conçu : "*alienum lucri faciendi causa sustulit*". Quant à l'*animus furandi*, il n'est pas prouvé qu'il soit itp dans D. 47.43.5, et sont encore moins suspects les textes qui parlent de "*furti faciendi causa*" comme D. 47.2.50.4 (LABEON ?). En réalité, ces expressions, loin de manifester des élaborations byzantines, me paraissent appartenir à des jurisconsultes assez anciens : de leur temps, la terminologie pour désigner l'élément intentionnel (à part le mot *consilio*) n'était pas fixée et ils employaient des locutions qui envisagent les choses d'une façon assez concrète : plus tard, on se servira volontiers de la notion plus générale, plus abstraite de "*dolus malus*", comme le fait GAIUS (III.202).

la complicité comme une des formes possibles du vol, comme une des façons de commettre un vol : (G. III.202) "Est tenu en vertu de l'action *furti* également celui qui n'a pas commis lui-même le vol, tel celui par l'aide intentionnelle de qui le vol a été fait". Gaïus donne cet exemple : une personne se promène, tenant à la main des pièces d'argent; deux individus, pour voler cet argent, se répartissent les rôles : l'un bouscule le passant pour qu'il laisse tomber les pièces, et l'autre les ramasse. Ce dernier commet le vol, en s'emparant des pièces, mais l'autre l'a commis "*ope consilio*", ayant apporté son aide (*ope*) avec l'intention (*consilio*) de faciliter le délit.

A l'époque de Gaïus, l'expression "*ope consilio*" a un sens technique invariable : c'est la façon d'indiquer la complicité. A l'époque des *Veteres*, on employait déjà ces deux mots accolés, mais ils n'avaient alors aucun rapport avec la complicité : ils servaient à indiquer les deux éléments constitutifs de la responsabilité du voleur lui-même : l'élément matériel (*ope* = en fait) - et l'élément moral (*consilio* = et de consentement) (1).

## § 2 - LES PEINES EN MATIERE DE FURTUM A L'EPOQUE CLASSIQUE

### A/ Peines du vol délit privé :

Tout en continuant à considérer le vol comme un délit privé, le préteur fut amené à modifier sur certains points les sanctions prévues par les XII Tables, à compléter sur d'autres le système ancien.

En matière de *furtum manifestum*, avec l'adoucissement des moeurs, la mise à mort de l'esclave paraissait trop sévère; l'*addictio* de l'homme libre était tombée en désuétude : le préteur remplaça ces anciennes sanctions par une peine pécuniaire du quadruple (réclamée au maître, par une action noxale, si le voleur manifeste est un esclave).

---

(1) *Ope consilioque* se rencontre dans les paroles du *sacramentum* employé pour exercer l'action *furti nec manifesti* : l'action était intentée contre le voleur. Ces mots ne peuvent pas concerner la complicité et signifiaient "en fait et délibérément" à l'époque des actions de la loi. Par contre, LABEON (contemporain d'AUGUSTE) emploie cette expression en matière de complicité, et l'interprète "*separatim*" en faisant la distinction entre "*ope*" (aide) et *consilium malignum* (intention délictuelle), deux éléments qui doivent être réunis pour qu'il y ait complicité punissable (PAUL citant LABEON : D. 50.16-53.2).

En matière de recel, la perquisition *lance licioque* n'était plus en usage : le préteur organisa en cette matière des actions au quadruple.

Ainsi donc, à l'époque classique, le vol, considéré comme délit privé, a toujours pour sanction des peines pécuniaires.

Pour réclamer la somme d'argent à laquelle elle avait droit, la victime disposait d'une action, dite "action *furti*". Selon le cas envisagé, selon la peine applicable, cette action donne lieu à une rédaction particulière de la formule et porte un qualificatif propre. A l'époque classique, il n'existe pas moins de six variétés d'actions en matière de vol : 3 actions découlent des XII Tables, et sont civiles; 3 sont prétoriennes.

	)		(a. <i>furti manifesti</i>
	( A. Prétoriennes : au quadruple	)a: <i>furti prohibiti</i> (recel)	
	)	(a. <i>furti nec exhibiti</i> (recel)	
<u>TABLEAU</u> :	(		
	)	au triple	(a. <i>furti concepti</i> (recel)
	( A. Civiles	)a. <i>furti oblati</i> (recel)	
	)	au double	(a. <i>furti nec manifesti</i>

- a) En cas de flagrant délit : action *furti manifesti* : prétorienne, au quadruple.
- b) En cas de vol non flagrant : action *furti nec manifesti* : au double : c'est la plus importante, la plus courante : c'est une action civile, le préteur ayant ici conservé l'action prévue par les XII Tables.
- c) Question du recel.

A l'époque classique, les perquisitions n'exigent plus de formalités compliquées et pittoresques : elles se font devant témoins. D'autre part, le préteur compléta le système des XII Tables, en créant deux actions nouvelles, prétoriennes, au quadruple, dans le but de rendre les perquisitions plus rapides :

1) L'action *furti prohibiti* :

Conte la personne qui s'oppose à ce qu'on perquisitionne chez elle.

2) L'action *furti nec exhibiti* :

Contre l'individu qui n'a pas tout de suite présenté (*exhibere*) la chose qu'on vient chercher chez lui. Cet individu doit être puni sévèrement : il espérait sans doute qu'on ne parviendrait pas à la trouver : en tout cas il a rendu la perquisition plus difficile, plus lente, par sa mauvaise volonté.

Si au contraire, il "exhibe" la chose qu'il a chez lui, il en est quitte pour la peine civile du triple (action *furti concepti*). Et il peut exercer un recours contre celui qui lui a donné ou confié la chose et lui demander restitution du triple qu'il a dû payer (action *furti oblati*).

A l'époque classique ces différents multiples ont pour base unitaire, non plus la valeur marchande de la chose volée, mais tout le préjudice que le vol a causé à la victime. Dans le droit de Justinien, le recéleur est traité comme voleur non manifeste : les deux actions civiles au triple, les deux actions prétoriennes au quadruple contre le recéleur ont disparu : ne subsistent que l'action *furti manifesti*, et l'action *furti nec manifesti*.

L'action *furti*, dans toutes ses variétés, présente toujours les caractères suivants : c'est une action pénale : intransmissible passivement, mais transmissible activement. Elle se donne *noxaliter* si le coupable est un *alieni juris*. Elle est infamante. Enfin elle est perpétuelle, même lorsqu'elle est donnée sous une forme prétorienne. Il s'agit en effet d'un délit prévu par le droit civil ; la sanction prétorienne, donnée à la place d'anciennes sanctions civiles abolies, devait être, comme celles-ci, perpétuelle.

B/ Conditions d'exercice de l'action *furti* :

Qui peut intenter l'action ? - La victime.

On considère comme victime du vol, quiconque a intérêt à ce que la chose ne soit pas volée. Ce n'est pas nécessairement le propriétaire de cette chose.

- Ainsi, dans le cas de *furtum possessionis* l'action est donnée à celui qui avait droit à la possession, et en cas de besoin contre le propriétaire, qui comme nous l'avons vu, peut être en effet le voleur.

- L'action *furti* est accordée aux personnes sur lesquelles pèse une responsabilité basée sur la *custodia* (personnes qui assument la garde de la chose) (1). Ainsi le commodataire peut exercer l'action *furti*

---

(1) G. III.203 : "*Furti autem actio ei competit cujus interest rem salvam esse*" : créancier gagiste, foulon et tailleur à façon, commodataire.

contre le voleur, parce qu'il est responsable envers le commodant de la perte de la chose par suite d'un vol. Le commodataire, en raison de la responsabilité que le contrat met à sa charge, a intérêt à ce que la chose ne soit pas volée. Justinien a légèrement modifié cette solution : il donne l'action *furti* au commodant, contre le voleur, s'il préfère l'exercer plutôt que de rendre le commodataire responsable; mais en poursuivant le voleur, il décharge le commodataire de sa responsabilité (1).

Toujours en vertu du même principe que l'action *furti* compète à celui qui a intérêt à ce que le vol n'ait pas lieu, on la refuse au possesseur de mauvaise foi, car en cas de revendication du vrai propriétaire, il n'est pas responsable de la perte fortuite antérieure à la *litis contestatio*; or le vol commis par un tiers est un cas fortuit.

L'action *furti* est refusée à la personne qui est simplement créancière de la chose, si cette chose est volée par un tiers avant le moment fixé pour sa livraison : ainsi dans le cas où la chose vendue est volée par un tiers alors qu'elle se trouve encore chez le vendeur, l'action *furti* n'est pas donnée à l'acheteur, mais au vendeur. Cependant, en vertu du principe que l'acheteur peut toujours réclamer qu'on lui délivre les débris juridiques, le vendeur devra lui céder l'action *furti* qui d'abord commence par lui appartenir.

Les actions en matière de vol ayant été à l'origine prévues par le *jus civile* ne peuvent être en principe exercées qu'entre citoyens romains; si la victime ou si le voleur sont pérégrins, le préteur délivre l'action *furti* sous la forme "utile", avec une fiction "*si civis esset*" dans la formule dont Gaius nous fournit les termes (G. IV.37).

Enfin, en raison de son caractère infamant, l'action *furti* ne peut pas être intentée entre certaines personnes : elle n'est pas admise entre époux. En cas de détournement commis par une personne au préjudice de son conjoint, il existe une action "*rerum amotarum*"; cette action n'est pas infamante, et n'est même pas pénale : elle tend simplement à la réparation du préjudice.

### C/ Le vol-délit public :

Dès l'époque classique, les peines pécuniaires établies au profit de la victime parurent, dans bien des cas, insuffisantes : on sentit le besoin d'organiser une répression plus sévère, avec des châtiments corporels, "pour lutter contre la témérité des délinquants" (ULPIEN 47.2-93) (2).

(1) Constitution de 530, C. 6.2.22, analysée dans thèse Fakhri MABROUK, Aix 1968, p. 202.

(2) Il ne faut pas croire qu'avec l'action noxale l'esclave s'en tire à bon compte : l'esclave suspecté de vol risquait le pire : son maître pouvait le livrer à la victime en vue de lui faire subir la "*quæstio*" (torture). Celle-ci pouvait trouver plus simple de le déferer au préfet des Vigiles qui infligeait facilement la peine de mort (cf. POMPONIUS D. 12.4.15, textes étudiés par H.S. WOLF, Fest. von Lubtow, 1970, pp. 537-sq. : dans le cas envisagé la victime n'a pas respecté les droits du maître et les juriconsultes s'occupent du recours qu'il peut exercer, l'esclave ayant été exécuté par décision du préfet.

Quantité de vols furent érigés en délits publics, pouvant donner lieu à des poursuites criminelles, mises en mouvement sur l'initiative de la victime. Il en était déjà ainsi en cas de vol à main armée, en vertu d'une loi de Sylla, la loi *Cornelia de Sicariis*. Sous l'Empire, le vol de choses publiques ou sacrées, le vol de bétail, le vol commis sur les chemins publics, le vol avec effraction devinrent à leur tour des délits publics.

Au Bas-Empire, la répression criminelle était devenue possible dans la plupart des cas; mais elle n'avait pas fait disparaître les peines pécuniaires et l'obligation *ex delicto*. La victime avait le choix entre les deux procédures et selon le parti qu'elle prenait, les peines que subissait le voleur étaient très différentes. Mais on ne pouvait pas cumuler les deux actions (D. 47.2, 57.1) : ce texte laisse d'ailleurs entendre qu'en cas de poursuites criminelles, le juge ne se contentait pas de prononcer des châtiments corporels; il condamnait le voleur à une certaine somme d'argent, assez largement calculée, au profit de la victime : celle-ci ne faisait donc pas un trop grand sacrifice en renonçant aux peines pécuniaires qu'elle aurait obtenues en optant pour la voie civile.

### SECTION III - ACTIONS REIPERSECUTOIRES ACCORDEES A LA VICTIME

La victime du vol peut exercer en plus de l'action *furti* - qui est pénale - différentes actions reipersécutoires qui sanctionnent soit son droit de propriété, soit un droit de créance qu'elle tient d'un contrat. Le cumul de ces actions avec l'action *furti* se justifie : la victime qui obtient le châtiment du coupable n'a pas perdu pour autant sa qualité de propriétaire ou de créancière en vertu d'un contrat. Elle peut donc intenter, en plus de l'action *furti* contre le voleur, l'action en revendication contre quiconque détient la chose volée (l'action en revendication, en cas de vol, a d'autant plus de chances de réussir, que le possesseur, fût-il de bonne foi, ne peut pas usucaper : les choses volées sont imprescriptibles.

La victime du vol peut exercer l'action *ad exhibendum* et les interdits possessoires : en cas de *furtum usus*, elle est d'ordinaire créancière en vertu d'un contrat : par exemple un dépositaire a disposé de la chose qu'on lui avait confiée; le déposant peut faire condamner ce dépositaire infidèle comme voleur - ce qui ne l'empêche pas d'exercer contre lui l'action *depositi*, parce que ce dépositaire n'a pas rempli les engagements qu'il avait contractés.

Mais de toutes les actions reipersécutoires que peut intenter la victime, il en est une qui mérite un examen particulier, parce qu'elle est une conséquence du délit : c'est la *condictio furtiva*.



• La *condictio furtiva* :

Cette *condictio* fait partie des actions en restitution, basées sur l'idée d'enrichissement injuste. L'obligation, que cette action *in personam* sanctionne, est une obligation quasi-contractuelle. Le voleur s'enrichirait injustement s'il conservait la chose volée ou sa valeur; aussi est-il obligé de restituer. La *condictio furtiva* est une des *condictiones* les plus anciennes en matière d'enrichissement injuste : les juriconsultes de la fin de la République (les *Veteres*) en parlent déjà comme d'une institution connue depuis longtemps.

1°) Cette action n'est pas donnée à n'importe quelle victime d'un vol, mais seulement à la victime qui est propriétaire de la chose le jour du vol et même encore après le vol : la victime se voit refuser ce recours si, après le vol, elle perd la propriété par son propre fait, par exemple en aliénant la chose : et l'acquéreur n'a pas non plus la *condictio*, parce qu'il n'était pas propriétaire au moment du délit (ULP. D. 13.1-10.2). La *condictio furtiva* est une action en restitution que la victime exerce, soit à la place de la revendication, soit à défaut de celle-ci.

2°) La *condictio furtiva* s'intente contre le voleur. Elle peut être également exercée contre ses héritiers, car c'est une action reipersécutoire : Elle est transmissible passivement.

De ce caractère reipersécutoire découle cette autre conséquence : lorsqu'il y a plusieurs co-auteurs du vol ou des complices, la *condictio*, à la différence de l'action *furti*, ne peut pas être intentée autant de fois qu'il y a de coupables : un tel cumul aboutirait en effet à réparer plusieurs fois le même préjudice. Mais la victime peut intenter la *condictio* pour le tout contre l'un quelconque des voleurs (solidarité légale).

3°) La *condictio furtiva* procure à la victime une indemnité en argent calculée d'après la plus haute valeur que la chose a pu atteindre depuis le jour du délit, mode de calcul particulièrement avantageux pour la victime.

4°) La *condictio furtiva* présente deux singularités inspirées du même esprit de sévérité à l'égard du voleur et de faveur pour la victime.

a) Il est d'abord tout à fait anormal que l'on donne à la victime une action personnelle en restitution alors qu'elle a déjà la revendication; anormal que l'on considère le voleur comme tenu de "*dare rem*",

de transférer la propriété au profit de la victime, alors que celle-ci est restée propriétaire.

C'est un principe de bon sens que nul ne peut réclamer par *condictio* sa propre chose : "*nemo potest rem suam condictere*".

Une exception à cette règle a été admise en matière de *furtiva* : les jurisconsultes justifient cette entorse aux principes en reconnaissant qu'elle est admise "en haine des voleurs".

- b) La *condictio furtiva* présente cette autre particularité, que le voleur, débiteur de la chose volée, n'est pas libéré si cette chose vient à périr par cas fortuit. C'est une entorse à cet autre principe que la perte fortuite libère le débiteur d'un corps certain.

Cette solution est passée dans notre Code Civil, art. 1302 : "la perte de la chose volée ne libère pas le débiteur".

Les jurisconsultes en donnent une explication rationnelle : par le fait même du vol, le voleur est en demeure de restituer à partir du jour du vol : "*fur moram facere videtur*". Or c'est un principe que la demeure met la chose aux risques du débiteur. Le système de la demeure présente cependant en cas de vol des particularités : tout d'abord, la demeure se produit ici automatiquement, par le seul fait du vol : c'est un cas de "*mora ex re*". De plus, à l'égard du voleur, les effets de la demeure sont compris avec une sévérité particulière : d'ordinaire le débiteur en demeure cesse de répondre de la perte fortuite s'il parvient à démontrer que la chose aurait été de toutes façons perdue pour le créancier, même si elle lui avait été livrée au moment où elle devait l'être. Or on ne permet pas au voleur d'invoquer cette clause d'exonération : le voleur assume tous les risques.

5°) Tout l'intérêt pratique de la *condictio furtiva* repose précisément sur cette responsabilité exceptionnelle du voleur :

- a) Lorsque la chose existe encore la victime a le choix entre deux actions reipersécutoires : elle peut intenter soit l'action en revendication (action *in rem*) contre celui qui détient la chose, soit la *condictio furtiva* (action *in personam*) contre le voleur ou son héritier. Mais, ces deux actions étant reipersécutoires, il est évident qu'elle ne peut pas les cumuler.

Si la chose a été détériorée fortuitement, ou si elle présente une moindre valeur, par suite d'un effondrement des cours, la victime a intérêt à intenter la *condictio* plutôt que la revendication : par la revendication, elle obtiendrait la chose telle qu'elle est - tandis

qu'avec la *condictio*, elle profite d'une indemnité calculée sur la plus haute valeur de la chose entre le jour du délit et le jour du procès.

Si au contraire, pour quelque raison, la victime préfère retrouver la chose elle-même, c'est l'action en revendication qu'elle devra intenter.

- b) Si la chose a complètement péri par cas fortuit, ou si l'on ignore ce qu'elle est devenue, la revendication est impossible : contre qui pourrait-on l'intenter ? Dans ce cas, la victime n'a pas d'autre recours que la *condictio furtiva* contre le voleur ou ses héritiers.

o

CHAPITRE TROISIEME : LE DELIT DE LA LOI AQUILIA  
OU DAMNUM INJURIA DATUM

La loi des XII Tables avait prévu différents dommages qui pouvaient être causés à la propriété - surtout à la propriété agricole. Elle faisait preuve dans certains cas d'une grande sévérité : l'individu qui mettait le feu à une maison était brûlé vif (sorte de talion). Celui qui détruisait des récoltes était pendu à l'arbre de Cérès.

D'autres dommages n'étaient que de simples délits privés, entraînant une peine pécuniaire au profit du propriétaire de la chose endommagée : le mot "*noxia*" servait à désigner ces différents dommages. La vieille loi prévoyait ainsi le fait de couper les arbres d'autrui (action *arboribus succisis*), le fait d'envoyer son bétail paître chez le voisin (action *de pastu*), les dégâts causés par les animaux domestiques (action *de pauperie*), sans compter les blessures faites à l'esclave d'autrui, délit qui entraînait alors dans les cadres des délits contre la personne (cf. *Injuria : Os fractum*).

L'inconvénient de cette vieille législation résidait dans cette méthode analytique, la seule d'ailleurs dont sont capables les peuples en enfance. Le législateur avait prévu des séries de cas particuliers, sans dégager de principes généraux. Comme il n'avait pas pu envisager tous les cas possibles, beaucoup d'agissements dommageables restaient impunis et les peines qu'il avait édictées étaient souvent insuffisantes.

C'est pourquoi fut votée dans le courant de l'époque républicaine un célèbre plébiscite, la loi *Aquilina*, qui apporta en matière de dommages des dispositions un peu moins imparfaites : tout en prévoyant encore des cas particuliers, cette loi contenait aussi une disposition susceptible de s'appliquer à de très nombreuses hypothèses, y compris la plupart de celles dont s'était déjà préoccupée la loi des XII Tables. Ulpien prétend que la

loi *Aquilia* a abrogé, en matière de dommages, les dispositions prises par les lois antérieures; ce n'est pas tout à fait exact. La loi *Aquilia* ne contenait aucune clause d'abrogation, mais le système qu'elle établissait, par le fait qu'il était plus satisfaisant, fit tomber l'ancien en désuétude : quelques actions des XII Tables, comme l'action *arboribus succisis*, semblent pourtant avoir survécu.

Cette loi *Aquilia* est restée pendant des siècles la disposition législative invoquée en matière de dommages : c'est en commentant son texte que la jurisprudence classique est parvenue à formuler sa théorie du *damnum*. Les byzantins lui donnèrent une portée plus générale; les textes de la Compilation ont été explicités par nos vieux auteurs : de sorte que la loi *Aquilia* peut être considérée comme l'ancêtre lointain de l'art. 1382 de notre Code Civil.

Mais entre notre conception moderne et le système romain deux différences essentielles doivent être tout de suite signalées :

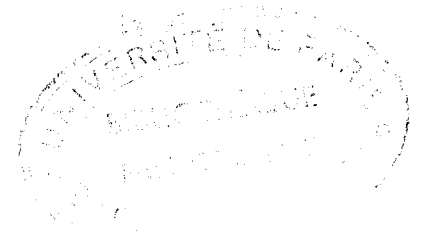
- 1) L'art. 1382 a une portée absolument générale "tout fait quelconque de l'homme ...". Les jurisconsultes, par des prodiges d'interprétation, parvinrent à étendre le plus possible l'application de la loi *Aquilia* et les byzantins prodiguèrent les "actions en extension de la loi *Aquilia*". Malgré tout, le droit romain n'est jamais parvenu à atteindre tous les dommages.
- 2) Dans notre droit moderne, le dommage fait naître à la charge de son auteur une responsabilité civile : pour nous servir de notions romaines, nous dirons que l'action que l'on peut intenter sur la base de l'art. 1382 est une action reipersécutoire, tendant à la réparation du préjudice. L'obligation que la loi *Aquilia* met à la charge de l'auteur du *damnum* est au contraire une obligation délictuelle, ayant pour objet une *poena*. Ce caractère pénal de l'action *legis Aquiliae* est allé en s'estompant : il n'a jamais été complètement perdu de vue.

Le droit romain s'est approché de notre conception moderne et l'a préparée, sans toutefois réussir à l'atteindre.

## SECTION I : LA LOI *AQUILIA*

### § 1 - DATE DE CE PLEBISCITE

La loi *Aquilia* est un plébiscite voté sur l'initiative d'un tribun du nom d'Aquilius (D. 9.2, 1.1). Le fait qu'il s'agisse d'un plébiscite a conduit certains romanistes à soutenir que la loi *Aquilia* aurait été inspi-



rée de considérations d'ordre social : ils supposent que les patriciens profitaient de l'insuffisance des XII Tables pour causer impunément toutes sortes de dommages aux biens des plébéiens : la loi *Aquilia* serait une mesure de protection votée par la plèbe, dans son propre intérêt. On va même jusqu'à prétendre que la plèbe aurait pris cette décision lors d'une sécession et l'on incline pour la dernière sécession, celle de 286 av. J.C).

Toutes ces hypothèses nous paraissent sans fondement : elles reposent sur le témoignage d'auteurs byzantins, qui ne disent d'ailleurs rien de semblable : les byzantins, commentant la phrase d'Ulpien "*lex Aquilia plebiscitum est ...*", sentirent le besoin d'expliquer les mots *plebiscitum* et *tribunus*, qui n'avaient plus grand sens pour leurs contemporains : et c'est à propos de la création des tribuns (et non de la loi *Aquilia*) qu'ils parlent d'une sécession de la plèbe (Basiliques : 60.3 HEIMB. p. 263 sch. *Akoulios*). Quant à la Paraphrase de Théophile (I.S. 4.3.15) elle s'inspire d'un texte de Pomponius (D. 1.2.2.3) qui concerne, non la loi *Aquilia*, mais la loi *Hortensia* (de 287 av. J.C).

A une certaine époque beaucoup de lois ont été votées par les comices tributes sur l'initiative des tribuns : ce sont des plébiscites, mais cela n'implique pas qu'il s'agisse nécessairement de mesures prises dans l'intérêt de la plèbe.

Quant à la date de la loi, on peut affirmer qu'elle est antérieure à Junius Brutus, jurisconsulte du II<sup>e</sup> s. a.J.C., dont nous connaissons l'opinion sur une des dispositions de cette loi (D. 9.2 - 27.22). Rédigée en termes parfois archaïques, elle est certainement assez ancienne. Le fait que les peines y étaient indiquées en monnaie d'airain permet même de la situer à une époque où l'argent ne servait pas encore d'unité monétaire : le denier d'argent existe dès avant 213 (fouilles du temple de Morgentina). La loi *Aquilia* paraît être une loi du III<sup>e</sup>, peut-être du IV<sup>e</sup> s. av. J.C) (1).

## § 2 - LES TROIS CHAPITRES DE LA LOI AQUILIA

Les jurisconsultes nous font savoir que la loi *Aquilia* visait trois catégories de dommages, dans trois chapitres distincts (GAIUS III.210-219 et D. 9.2 2pr., ULPPIEN : D. ht. 27.4 et 5).

---

(1) BISCARDI : "*Sulla data della lex Aquilia*", St. Giuffrè I, 1967, p. 175, soutient que la loi *Aquilia* doit être antérieure à 242, date de la création de la préture pérégrine, en se basant sur la fiction "*si civis esset*" signalée par GAIUS IV.37. A notre sens, c'est une supposition gratuite. GAIUS parle d'une fiction employée dans la procédure formulaire : rien ne prouve qu'elle ait été connue 1) dans les actions de la loi, 2) et avant la création de la préture pérégrine.

- 1/ Le premier chapitre concernait le délit qui consiste à tuer (*occidere*) injustement (*injuria*) soit l'esclave d'autrui, soit certains animaux domestiques appartenant à autrui. Les animaux visés dans ce chapitre sont uniquement les "quadrupèdes du genre *pecudes*", ce qui comprend tous les animaux *res mancipi* (boeufs, ânes, mulets, chevaux) mais aussi les moutons et les chèvres. Les bêtes sauvages, même apprivoisées, et les chiens étaient en dehors de cette catégorie.

L'auteur du délit est condamné (*damnas esto*) à payer au propriétaire une somme en airain, équivalant à la plus haute valeur que l'esclave ou l'animal ont pu avoir pendant l'année qui a précédé le délit (*quantum plurimum in eo anno*). Il s'agit là d'une valeur objective : le prix qu'on aurait pu obtenir en vendant l'esclave ou l'animal. Ce mode d'estimation est très équitable : en effet le prix du bétail variait selon les saisons : si une bête est tuée quand les cours sont bas, il serait injuste d'accorder au propriétaire une somme calculée sur une baisse temporaire des prix.

- 2/ Le deuxième chapitre envisageait le cas de l'*adstipulator* (créancier accessoire) qui cause frauduleusement un préjudice au créancier principal en libérant le débiteur par *acceptilatio* (façon de donner quittance, que la dette soit payée ou non).

Le dommage dont il est ici question est très différent de ceux qui sont prévus dans les chapitres I et III. Le délit du chapitre II concerne la pratique de l'adstipulation. Au moment où l'on fait une stipulation, le créancier peut s'adjoindre un créancier en second, appelé "*adstipulator*". Celui-ci est habilité à poursuivre le débiteur, à recevoir paiement, à consentir une remise de dette, comme pourrait le faire le créancier lui-même. Ce procédé présentait un intérêt pratique; si le créancier s'absentait (ou même décédait), l'*adstipulator* était encore là pour faire valoir la créance.

Mais l'*adstipulator*, abusant de ses pouvoirs, pouvait s'entendre avec le débiteur, au préjudice du créancier : s'il lui accordait une remise de dette, le débiteur était valablement libéré, et le créancier était frustré de sa créance. Telle est la collusion que la loi *Aquilia* visait dans son deuxième chapitre : elle accordait au créancier le droit d'exiger de l'*adstipulator* une somme d'airain équivalant au montant de la créance (*quanti ea res est*). Le dommage ne provient pas ici de dégâts causés à des choses corporelles, mais de la perte d'un droit de créance - droit incorporel.

- 3/ Le troisième chapitre a donné lieu à beaucoup de discussions. On a même prétendu qu'il n'existait pas dans la loi et qu'il aurait été imaginé par les jurisconsultes. On fait remarquer qu'il est rédigé selon des procédés

qui dénotent un esprit juridique plus évolué; tandis que les deux premiers chapitres visent des hypothèses particulières, ce chapitre III est rédigé en termes plus généraux, susceptibles de recevoir une large interprétation. Il peut de plus paraître singulier que le législateur, après le chapitre deuxième, revienne à nouveau, dans un chapitre troisième, sur la question des dommages matériels causés à des choses corporelles, hypothèses dont le chapitre premier a déjà prévu des exemples particuliers.

Nous ne croyons pas cependant que les jurisconsultes - qui suivent de très près dans leurs commentaires le texte même de la loi - aient pu se permettre d'y ajouter un chapitre de leur crû. Mais il est fort possible que ce chapitre troisième ait été ajouté après coup, par une loi postérieure ou même plusieurs lois successives (LENEL : Z.S.S.43 (1922) p. 75).

La reconstitution du texte de ce chapitre est discutée : le Digeste, qui prétend le reproduire (D. 9.2-27.5) n'en fournit manifestement qu'une paraphrase assez amaladrôite. Sans entrer dans le détail des hypothèses tout à fait opposées qui ont été soutenues par des auteurs anglais (JOLOWICZ, DAUBE) et qui ont le tort d'attribuer aux jurisconsultes des modifications qu'à notre avis, ils n'auraient jamais osé apporter au système légal, nous proposons, en nous appuyant sur les commentaires des jurisconsultes, la reconstitution suivante, ou quelque chose d'approchant :

"Si quelqu'un fait à autrui un autre dommage (1) en brûlant, cassant, brisant injustement la chose d'autrui (2), qu'il soit condamné à donner au propriétaire une somme d'airain équivalant à la valeur de ce dommage apprécié dans les trente jours".

Ce texte ne vise pas n'importe quel dommage : il s'agit uniquement de dégâts matériels, de choses corporelles, détruites ou détériorées par l'un des trois moyens que vise la loi : *urere*, *frangere*, *rumpere*. D'autre part sont exclus du chapitre III les dommages déjà visés dans le chapitre I (*ceterum damnum*).

Les choses protégées par cette disposition peuvent être ainsi classées :

- a) Les esclaves et les pécudes déjà prévus par le chapitre premier : tandis que le chapitre premier s'applique lorsqu'on les tue et aboutit à une peine assez forte (la plus haute valeur dans l'année) le chapitre

---

(1) *Ceterum damnum facit* est fourni par GAIUS (*cetero damno*) : ULPYEN (Ht. 27.5) parle de *ceterae res*, et nous fournit "*alteri damnum facit*".

(2) Les verbes "*urere*, *frangere*, *rumpere*", souvent commentés, figuraient indubitablement dans la loi.

troisième est invoqué lorsqu'il s'agit de blessures - et la peine est calculée d'une autre façon. Selon Daube (Law. Q. Rev. pr 253) le texte du ch. III n'envisageait que cette hypothèse.

- b) Les animaux non prévus dans le chapitre premier (chiens, volailles, animaux sauvages devenus objet de propriété) soit qu'ils aient été tués, soit qu'ils aient été blessés.
- c) Toutes les choses inanimées, susceptibles de faire l'objet d'un droit de propriété, meubles ou immeubles; la loi trouve son application quand ces choses ont été détruites ou endommagées.

Quelle était la peine prévue par ce chapitre ? - Les jurisconsultes classiques établissent un certain parallélisme avec celle du premier chapitre; tandis que celle-ci est calculée d'après la plus haute valeur de la chose dans l'année qui a précédé le délit, celle-là devait être, disent-ils, déterminée d'après la plus haute valeur de la chose dans les trente jours qui ont précédé le délit. Mais ils conviennent qu'en réalité la loi ne disait pas cela, et qu'on arrive à ce résultat en ajoutant au chapitre troisième le mot "*plurimi*", qui n'y était pas (1). D'autre part les textes ne sont pas d'accord sur le point de savoir si, à propos de l'estimation de la valeur, la loi disait "*erit*" ou "*fuisse*" : on peut se demander si, d'après le texte original de la loi, l'estimation devait se faire d'après la valeur de la chose pendant le mois qui précédait le délit, ou au contraire, pendant le mois qui suivait le délit.

Il paraît singulier, en cas de blessures faites à un esclave, qu'on accorde au maître toute la valeur de l'esclave : l'esclave peut guérir et retrouver sa valeur primitive.

Il serait bien plus raisonnable d'accorder au maître, non pas la valeur de l'esclave, mais une somme correspondant au préjudice subi par le propriétaire. Or le préjudice ne peut pas être estimé avant le délit, alors qu'il n'existe pas encore : on peut au contraire, dans le mois qui suit le délit, se rendre compte si la blessure entraîne une importante diminution de la valeur de l'esclave.

Nous pensons avec Daube que le troisième chapitre, en cela très différent du premier, fixait la peine, non d'après la valeur marchande de la chose, mais d'après le *damnum*, c'est-à-dire le préjudice, apprécié après le délit. C'est pourquoi le mot *damnum*, qui ne figure pas dans le chapitre premier, est au contraire employé dans le chapitre troisième.

---

(1) GAIUS affirme que le mot "*plurimi*" (la plus haute valeur) ne figurait pas dans le chapitre III et que c'est SABINUS qui a, le premier, proposé de l'interpréter comme si ce mot était sous-entendu.



Mais à la différence de Daube, nous pensons que ce chapitre III ne visait pas uniquement les esclaves et les animaux blessés, mais tous les dégâts matériels autres que ceux du premier chapitre.

Si notre hypothèse est exacte, c'est dans le chapitre troisième que les juriconsultes auraient trouvé les éléments qui leur ont permis 1) de dégager la notion de *damnum*, 2) d'introduire dans le mode de calcul de la peine l'idée de préjudice (*interesse*).

### § 3 - REGLES COMMUNES AUX TROIS CHAPITRES

Les différents faits prévus par la loi sont punissables sans qu'il y ait à s'occuper de l'intention de leur auteur : la loi exige simplement que les actes dommageables aient été accomplis "*injuria*", injustement. La jurisprudence classique fera sortir de ce mot "*injuria*" l'idée de faute (*culpa*), mais elle n'était pas dans la loi : celle-ci prévoyait des faits accomplis sans droit, ou contrairement au droit.

Ces faits étaient envisagés comme constituant des délits : la sanction prévue était une peine pécuniaire.

Dans les hypothèses visées par les chapitres I et III, la peine ne pouvait être exigée que par le propriétaire de la chose endommagée ou détruite : la loi s'exprimait là-dessus de façon formelle, désignant d'ailleurs le propriétaire au moyen du vieux mot *erūs*.

Par quelle voie de droit la victime pouvait-elle réclamer cette peine ? - C'est une question très discutée. A l'époque classique, la victime peut poursuivre l'auteur du dommage au moyen d'une action dite "*actio legis Aquiliae*", qui présente cette particularité d'être une action à litiscrescence : si le défenseur avoue dès le début du procès (*in jure*), la condamnation est au simple : s'il nie et est ensuite reconnu coupable, la condamnation est portée au double.

Or, d'après une doctrine, toutes les actions à litiscrescence connues à l'époque classique proviendraient d'une *manus injectio* employée au temps des actions de la loi. Ainsi donc, au temps de la loi *Aquilia*, la victime, d'après cette doctrine, pouvait, sans avoir besoin d'obtenir jugement, faire *manus injectio* sur l'auteur du dommage; si celui-ci s'opposait à la *manus injectio*, prétendait qu'elle était exercée sans raison contre lui, il y avait procès; et s'il était reconnu coupable, il était traité de la même façon qu'un *vindex* qui s'est opposé à tort à une *manus injectio* : il était condamné au double.

Cette doctrine est de plus en plus abandonnée; parmi les actions à litiscrescence de l'époque classique, il n'y a guère que l'action *judicati* et l'action *defensi* qui aient pour origine une *manus injectio*.

En ce qui concerne la sanction de la loi *Aquilia*, l'hypothèse d'une *manus injectio* est insoutenable. La *manus injectio* suppose toujours une créance d'argent dont le montant est connu; or la *poena* que doit payer l'auteur du dommage est "*incerta*" et nécessite une estimation. Au surplus la litiscrescence ne provient pas ici d'une *manus injectio*, pour l'excellente raison qu'elle résulte d'une disposition formelle de la loi *Aquilia* elle-même : D. 9.2 - 2.1 : Gaius déclare formellement "*et infra cavetur ut adversus infitiantem in duplum actio esset*" \* "et au-dessous de ce chapitre I, la loi prévoyait que l'action serait du double contre celui qui nie". La preuve du dommage pouvant être difficile à apporter, le vieux législateur accordait une sorte de prime au coupable qui avouait : en cas d'aveu il n'y avait de procès que si les parties n'étaient pas d'accord sur le montant de la *poena*. L'estimation de la peine se faisait alors au moyen de la *judicis arbitriva postulatio* - et la peine était calculée au simple.

Si au contraire le défendeur prétendait, dès le début du procès, qu'il n'était pas l'auteur du délit, ou que le fait n'était pas un délit punissable, il fallait arriver à départager deux prétentions radicalement opposées : on y parvenait au moyen du *sacramentum in personam*. Pour qu'on puisse déterminer l'enjeu du *sacramentum* (50 ou 500 as) qui variait selon l'importance du litige, le demandeur indiquait dès le début du procès la somme qu'il estimait pouvoir réclamer comme *poena*. Un juge était nommé; s'il constatait la culpabilité du défendeur, il procédait à l'estimation de la *poena* et condamnait le coupable au double de cette estimation.

De ces deux procédures distinctes sont issues dans la procédure formulaire deux formules d'action : la *formula confessoria* au simple, quand le défendeur plaide coupable, la *formula infitatoria*, au double, quand il plaide non coupable (D. 9.2 - 23.11).

Le système de la noxalité s'applique aux délits de la loi *Aquilia*, non en vertu d'une disposition de cette loi, mais en vertu des principes généraux établis par la loi des XII Tables relativement aux délits contre les biens (*noxia*). Par contre, la loi *Aquilia* avait introduit une nouveauté, en rendant le chef de famille personnellement responsable des agissements dommageables de ses fils et de ses esclaves, lorsqu'il en avait connaissance (*scientia domini*).

Notons enfin que l'action de la loi *Aquilia* (à la différence des actions en matière d'*injuria* et de *furtum* : D. 1.14.17.1) ne peut s'éteindre par un arrangement amiable entre les parties (*pactio*), parce que c'est une action à litiscrescence (Sent. Paul 1.19.2).

SECTION II - NOTION DE *DAMNUM*  
A L'EPOQUE CLASSIQUE  
ET AU BAS-EMPIRE  
=====

A l'époque classique, les dispositions du deuxième chapitre, relatives à l'*adstipulator*, avaient perdu tout intérêt pratique. Quand le contrat de mandat fut reconnu et sanctionné, l'*adstipulator* fut considéré com-

me un mandataire du créancier principal : il devint alors possible, sans invoquer la loi *Aquilia*, de le rendre responsable, au moyen de l'*actio mandati*, du préjudice qu'il causait à son mandant (Gaius, dans ses Institutes, commente encore les dispositions de la loi *Aquilia* en cette matière, tout en disant qu'elles lui paraissent inutiles. Ulpien, un peu plus tard, constate que ce chapitre de la loi "n'est plus en usage" (D. ht - 27. 4).

Par contre les deux autres dispositions de la loi *Aquilia* donnèrent lieu à une interprétation jurisprudentielle très riche : commentant les termes de la loi, les juriconsultes sont parvenus à dégager les éléments du délit de *damnum*, délit qui pour eux répond aux mêmes conditions générales dans le chapitre premier et dans le chapitre troisième : ils considèrent que les deux dispositions concernent deux variétés du même délit et ne les distinguent que pour le mode de calcul de la peine.

#### . Les éléments constitutifs du *damnum* :

La jurisprudence s'est visiblement efforcée d'interpréter les termes de la loi de façon à atteindre le plus de dommages possible : elle prétendit par exemple que le mot "*rumpere*" (briser, brayer), du troisième chapitre était synonyme de "*corrumpere*" (détériorer) : ce qui permit de dire qu'il y avait *damnum* lorsqu'on provoquait l'avortement d'une femme esclave en la frappant (déjà admis par Junius Brutus : ht - 27.22) ou lorsqu'on gâtait du vin en y versant un mauvais liquide, ou en le répandant à terre (CELSUS ht. 15).

Malgré tout, la jurisprudence était bridée par les termes de la loi : elle ne pouvait pas donner au *damnum* une extension indéfinie. Pour que l'action de la loi *Aquilia* puisse être intentée avec succès, il faut que l'on se trouve dans une situation qui réponde aux prévisions de cette loi. Les juriconsultes ont précisé les conditions qui doivent être réunies pour qu'il y ait le délit de la loi *Aquilia*, qu'ils appellent "*damnum injuriae*".

#### § 1 - CORPUS LESUM

Il faut d'abord qu'une chose corporelle, objet de propriété, ait été détruite ou endommagée : il faut un "*corpus lesum*". C'est ce que nos vieux commentateurs exprimaient en disant que le *damnum* doit être "*corpori datum*" : fait au corps (1).

---

(1) Façon de parler peu conforme au langage du droit romain : le mot *damnum* ne vise pas le dégât subi par la chose, mais le préjudice causé au propriétaire (DAUBE : Cambridge law. G. 1939, pp. 40 sq.).

Il résulte de ceci que la loi ne s'applique pas lorsque le dommage résulte de la perte d'un droit incorporel (sauf le cas très spécial visé dans le deuxième chapitre). Il n'y a pas non plus de *damnum* si un propriétaire perd sa chose sans que celle-ci soit matériellement endommagée; par exemple, lorsque quelqu'un facilite la fuite d'un esclave; l'esclave en fuite se porte fort bien; Il n'y a pas de *corpus lesum*. Il n'y a pas davantage de *damnum* si la chose est détruite conformément à sa nature: si par exemple on a mangé le blé d'autrui; ce n'est pas en effet "*corrompere*" du blé que de le consommer !

## § 2 - PREJUDICE

Le *damnum* est un délit de résultat : Il n'y a pas de *damnum* si le dégât matériel n'entraîne aucune perte pour le propriétaire (c'est le préjudice subi par le propriétaire que l'on désigne sous le nom de *damnum*, et non pas le dégât supporté par la chose).

Ainsi, celui qui, de l'esclave d'autrui, fait un eunuque, ne tombe pas sous le coup de la loi *Aquiliana* : Il y a bien "*corpus lesum*", mais aucun préjudice pour le propriétaire, car son esclave est devenu de ce fait plus précieux; d'autres sanctions existaient, il est vrai, dans ce cas, mais pas sur la base du *damnum* (D. ht. 27.28).

## § 3 - CAUSE PAR UN FAIT POSITIF

Ne répond du délit de *damnum* que celui qui accomplit les actes positifs prévus par la loi : celui qui a tué, brûlé, brisé, détérioré.

Le *damnum* est un délit de commission. Ainsi celui qui laisse mourir de faim l'esclave d'autrui ne tombe pas sous le coup de la loi *Aquiliana* : cette loi punit celui qui tue ("*occidere*"), elle ne punit pas celui qui s'abstient de fournir des aliments.

## § 4 - DIRECTEMENT

L'action de la loi *Aquiliana* se donne contre l'individu qui cause directement le dommage : les jurisconsultes disaient que l'action se donne contre celui qui cause le dommage "*corpore suo*" par son propre corps.

Il n'est pas nécessaire cependant que l'agent cause l'acte dommageable par un contrat direct de son corps : Il est responsable si le dégât a été fait par une arme qu'il tenait, une voiture qu'il conduisait, un navire qu'il dirigeait.

Mais le délit ne s'applique pas si le dégât provient d'une cause extérieure, que l'agent a laissé ou même fait jouer : par exemple, un individu, par des gestes et des cris fait peur à un cheval qui passe sur un pont : le cheval effrayé se jette à l'eau et se noie : l'action de la loi *Aquilia* ne s'applique pas, car c'est le cheval qui s'est lui-même jeté à l'eau. Il en serait autrement si on l'avait jeté à l'eau en le bousculant. Ulpien, dans le cas où l'on fait boire à un esclave un poison qui le tue, va jusqu'à faire cette distinction : si l'on porte la coupe aux lèvres du malheureux, la loi *Aquilia* s'applique, le *damnum* est "*corpore datum*"; par contre, elle ne s'applique pas si l'on incite simplement l'esclave à boire, car dans ce cas, c'est l'esclave qui s'empoisonne lui-même (D. ht. 9).

On peut remarquer que cette condition coïncide avec la précédente car lorsque le dommage provient d'une abstention, il n'est pas causé "*corpore suo*". Celui qui laisse mourir un esclave de faim ne le tue pas "*corpore suo*".

Les Proculiens comprenaient plus étroitement que les Sabinien les conditions de la responsabilité en matière de *damnum* : il y avait divergence entre les deux écoles dans l'hypothèse de dégâts causés par répercussion. Un individu en bouscule un autre sans lui faire de mal : mais celui-ci, sous le choc, tombe et casse un vase précieux : d'après les Proculiens, le propriétaire du vase ne peut agir ni contre celui qui a été bousculé, parce qu'il n'est qu'un simple agent de transmission involontaire, ni contre celui qui a bousculé, parce que le vase n'a pas été cassé par lui "*corpore suo*". Alfenus Varus et les Sabinien au contraire considéraient que la personne bousculée jouait en pareille affaire le même rôle qu'une arme avec laquelle on causerait des dégâts, en la maniant : celui qui bouscule et cause un dégât par répercussion est responsable comme celui qui tue en lançant un javelot (D. ht. 7.3 et 52.2).

## § 5 - LA FAUTE (CULPA)

Le délit de la loi *Aquilia* n'est pas un délit intentionnel : on peut être responsable d'un dommage que l'on a causé sans intention de nuire (ULPIEN D. ht. 5.1).

- a) Cependant, d'après les termes mêmes de la loi, le délit n'est punissable que s'il est commis "*injuria*". Le vieux législateur entendait par là "Injustement". La jurisprudence prend encore souvent le mot dans ce sens : l'auteur du dommage pouvait éviter d'être condamné s'il parvenait à prouver qu'il avait agi "*jure*", à bon droit, si par exemple il était en état de légitime défense, quand il avait tué l'esclave d'autrui. L'exigence de l'"*injuria*" comme condition du délit permet au défendeur d'introduire un moyen de défense, mais il lui incombe d'apporter la preuve qu'il a agi "*jure*" : il appartient à l'accusé de prouver les faits justificatifs qu'il invoque (CICERON : "*Pro Tullio*" 16.40).

- b) Les juristes classiques ont greffé sur le mot *injuria* une interprétation audacieuse : Ils sont arrivés à soutenir que l'auteur du dommage n'était responsable que s'il avait commis une faute. La jurisprudence a introduit en cette matière la notion de "culpa" qui n'était ni dans le texte ni dans l'esprit de la vieille loi.

Les commentateurs donnent souvent le nom de faute aquilienne à la faute qui est requise pour justifier la responsabilité délictuelle en matière de *damnum* et on l'oppose à la faute que l'on rencontre en matière de responsabilité contractuelle.

La notion de faute n'avait à l'époque classique ni la signification ni l'importance que lui donne la Compilation de Justinien : les textes qui parlent de la *culpa* sont suspects. Certains auteurs en viennent à penser qu'en matière de *damnum* les classiques n'avaient jamais parlé de la *culpa* (1). Cette doctrine paraît condamnée par le texte des Institutes de Gaius (III.211) - qu'il est bien imprudent de suspecter - et où Gaius parle de "*culpa*" à propos du chapitre I de la loi *Aquiliana* : "est considéré comme ayant tué celui par le dol ou la faute duquel cela est arrivé". Gaius oppose à la *culpa* le *casus* : n'est pas punissable celui qui sans faute ni dol a causé fortuitement (*casu*) un dommage".

Les auteurs classiques ont bien employé le mot *culpa* en matière de dommage, mais plus rarement que la Compilation le laisse supposer; la *culpa* n'est pas pour eux la pièce maîtresse de la responsabilité. Ce mot semble utilisé par les classiques pour indiquer un lien de causalité entre l'activité de l'agent et le dommage, avec cette idée que cette activité est répréhensible, en raison des circonstances objectives dans lesquelles se trouvait l'agent (2).

La plupart du temps les juristes classiques insistent sur des circonstances de fait, sans parler de *culpa* : ils rendent le muletier responsable de l'accident qu'il cause par défaut de vigueur physique et ce n'est guère une faute au sens actuel du mot ! (D. ht. 8.1).

Celui qui blesse un esclave en s'exerçant à lancer le javelot est responsable s'il s'est livré à ce sport dans la rue, mais il n'est pas responsable si l'accident s'est produit sur le terrain réservé à ces exercices : l'esclave ne devait pas se trouver là (D. ht. 9.4).

Nous avons vu que le délit de *damnum* est un délit de commission, qui suppose toujours un acte positif (tuer, blesser, etc ...) : mais la responsabilité de cet acte positif peut se justifier en raison d'une abstention répréhensible, d'une faute d'omission. Ainsi le bûcheron qui taille des branches doit avertir les passants s'il travaille dans un lieu fréquenté; il est responsable des accidents qu'il cause s'il ne prend pas cette précaution (D. ht. 31).

---

(1) KUNKEL : "*Exegetischen Studien zur aquilischen Haftung*" Z.S.S. 1929, pp. 159 sq.

(2) ARANGIO-RUIZ : "Resp. cont." 1933 pp. 226 sq. - PERRIN : "Caractère subjectif de l'*injuria* aquilienne", St. Francis 4 pp. 265 sq.

c) Dans ce texte de Paul relatif au bûcheron, des commentateurs de basse époque, ou peut-être les compilateurs, ont introduit par voie d'interpolation une définition de la faute : la faute, "c'est le fait de ne pas prévoir ce qu'aurait prévu un homme diligent". Ce texte montre bien ce que représente la notion de "*culpa*" au Bas-Empire : la faute est devenue une notion morale et subjective.

C'est une notion morale : c'est le fait de se comporter d'une façon répréhensible : dans la vie en société les individus doivent surveiller leur activité de façon à ne pas nuire à autrui.

C'est une notion subjective : on examine ce que l'agent a fait et ce qu'il aurait pu faire : on lui reproche d'avoir manqué de diligence, de prévoyance.

Ce criterium de responsabilité est compris sévèrement : "en matière de *damnum* on tient compte de la faute la plus légère" (D. ht. 44) (1).

Par contre on ne peut retenir aucune responsabilité quand l'accident s'est produit dans des conditions telles que personne ne pouvait le prévoir et l'empêcher, parce qu'aucune faute ne peut être retenue. Pour la même raison le fou et l'enfant en bas-âge sont irresponsables.

Dès l'époque classique, le fou avait été déclaré irresponsable : il y avait là, pensait-on, cas fortuit, "comme lorsqu'une tuile tombe d'un toit et blesse quelqu'un". Lorsqu'à la basse époque la notion de faute se précisa, on en vint à déclarer également irresponsables les jeunes enfants "*culpa non capaces*"; ils sont incapables de commettre une faute; on ne peut en effet exiger d'eux une prévoyance et des précautions qu'on ne peut attendre que de personnes adultes (D. ht. 5.2 ltp. en ce qui concerne l'irresponsabilité de l'impubère).

### SECTION III - L'ACTION "*DIRECTA*" *LEGIS AQUILIAE*

Lorsque toutes les conditions du délit et de la responsabilité sont réunies, la victime du dommage a droit à une certaine somme d'argent qu'elle peut exiger de celui qui a commis le *damnum*. Pour obtenir cette somme elle peut exercer une action *in personam* : l'action de la loi *Aquilia*, que l'on qualifie parfois d'action *directa legis Aquiliae*, parce que cette action "civile" découle directement des dispositions de la loi.

---

(1) Texte suspect car la gradation des fautes (*lata, levis, levissima*) est une invention tardive. De toutes façons, si la phrase est d'ULPIEN, elle n'avait pas la portée générale que lui donne le Digeste : à propos de la "*patientia domini*" (en cas de dommage causé par un esclave) ULPIEN a pu dire que le maître commettait une faute légère en laissant son esclave commettre un dommage.

§ 1 - QUI PEUT L'INTENTER ? (légitimation active de l'action *directa*)

Si nous mettons à part le délit du ch. II, l'action *legis Aquiliae* ne compète qu'au propriétaire de la chose endommagée. L'usufruitier, le possesseur, à plus forte raison le créancier - bien que la perte ou le dégât puisse leur causer un préjudice grave, n'ont pas l'action *directa*. La qualité de propriétaire s'apprécie au jour du délit. Mais si la victime décède, l'action passe à ses héritiers : elle est transmissible activement : il n'y a de difficultés que si le dommage se produit pendant la jacence de l'hérédité sur un bien de la succession (D. ht. 43).

§ 2 - MONTANT DE LA CONDAMNATION

La loi *Aquilia*, à notre avis, prévoyait un mode d'estimation différent pour le délit du chapitre I et pour le délit du chapitre III. Mais pour calculer le montant de la peine, les juristes prennent volontiers de grandes libertés avec le texte de la loi, de sorte qu'à l'époque classique la différence entre la peine du ch. I et celle du ch. III se réduit à peu de chose.

La victime a droit d'abord à la valeur objective de la chose (*quanti ea res fuit*). Pour le délit du chapitre I, la valeur est calculée au prix le plus haut que la chose a pu atteindre dans l'année avant le délit; pour le délit du chapitre III, le prix le plus haut dans le mois qui a précédé le délit.

Mais un surplus de satisfaction peut être alloué en tenant compte de l'intérêt de la victime (*interesse*). On fait état du préjudice subi; ainsi lorsque le cheval tué fait partie d'un quadrige, ce n'est pas simplement la valeur de ce cheval que la victime peut réclamer, mais une somme en rapport avec la dépréciation que subit le quadrige.

On fait état aussi du gain manqué si par exemple l'esclave qui a été tué était institué héritier par testament d'un tiers, le maître peut prétendre qu'il subit un dommage considérable, du fait qu'il ne recueillera pas la succession que l'esclave aurait acquise à son profit s'il avait vécu (1).

---

(1) Nous avons essayé d'expliquer pourquoi la jurisprudence qui s'attache au texte de la loi pour définir le délit, se montre très audacieuse quand il s'agit de calculer la *poena* (cf. MACQUERON in "Etudes Dumas", Aix 1950, pp. 207 sq.). Les juristes ont transporté dans le ch. I le système de l'*interesse* prévu dans le ch. III, et inversement le "*ea res fuit*" avec le "*plurimi*" du ch. I, dans le ch. III.



### § 3 - PROCEDURE

A l'époque classique, l'action de la loi *Aquilia* donne lieu à la rédaction de deux formules différentes selon que le défendeur avoue ou nie (*formula confessoria*, *formula infitiatoria*).

Ces formules sont *in personam* : il s'agit d'une créance d'argent. Au moment où commence le procès, le montant de cette créance est encore indéterminé (il appartient au juge d'estimer la *poena*) : l'*intentio* est donc *incerta*. La *condemnatio* est conçue "*cum taxatione*" : le demandeur a lui-même indiqué un chiffre au début du procès : ce chiffre constitue la "*taxatio*" que le juge ne doit pas dépasser.

Si, après avoir nié devant le magistrat (*in jure*), le défendeur est ensuite reconnu coupable, le juge le condamne au double de ce qu'il doit : l'action croît au double "*adversus infitiantem*".

### § 4 - NATURE DE L'ACTION LEGIS AQUILIAE

Le *damnum* est un délit : l'action *legis Aquiliae* est pénale; mais ce caractère pénal est mitigé par l'idée de réparation du préjudice.

1) L'action *legis Aquiliae* se comporte vraiment comme une action pénale à certains égards : il y a cumul de peines si le *damnum* a été commis par plusieurs co-auteurs (D. ht. 11.2 et 51) - cumul de l'*actio de occiso* avec l'*actio de vulnerato* (D. ht. 32.1).

L'action s'éteint par le décès du coupable; elle survit à sa *capitis deminutio*, enfin elle se donne *noxaliter*, si le coupable est un *alieni juris*.

2) Mais, bien que pénale, cette action se comporte comme une action repressivoire quand elle se trouve en concours avec d'autres actions : l'action de la loi *Aquilia* ne se cumule pas avec les actions repressivoires. Si par exemple un commodataire a détérioré fautivement la chose qu'il a empruntée, le commodant peut exercer à son choix l'action *commodati* ou l'action *legis Aquiliae* : mais il ne peut exercer successivement les deux. Le résultat est obtenu en recourant à des artifices de procédure : on exige par exemple du demandeur qu'il fasse une *sponsio* par laquelle il promet de ne pas exercer la seconde action (1).

Cependant, une jurisprudence à laquelle Justinien se rallie permet d'exercer l'action *legis Aquiliae* en second lieu, parce qu'elle est plus avantageuse; l'action de la loi *Aquilia* est alors intentée de façon

---

(1) E. LEVY : "Konkurrenz" II, pp. 36 sq. - MONIER : "Manuel" II, p. 71, n. 5.

à obtenir seulement le surplus d'indemnité à laquelle son mode de calcul donne droit : on déduit de la condamnation du chef de l'*actio legis Aquiliae* la somme obtenue en vertu de l'action reipersécutoire précédemment intentée.

Justinien classe l'action de la loi *Aquilia* dans la catégorie des actions mixtes, actions par lesquelles on réclame une somme d'argent qui représente à la fois une peine et une réparation du dommage : ce qui exclut le cumul.

Par la fonction Indemnificatrice qu'elle remplit, la *poena* prévue en matière de *damnum* se rapproche assez des dommages-intérêts auxquels, en droit moderne, peut prétendre la victime du dommage.

En matière de *furtum* et d'*injuria*, l'évolution a consisté à substituer de plus en plus la répression publique à la peine privée : en matière de *damnum* au contraire, la peine privée s'est de plus en plus transformée en une réparation du préjudice.

Il est cependant un cas où le *damnum* est un délit public : c'est lorsque l'homicide volontaire est commis sur la personne d'un esclave : les poursuites criminelles établies par la loi *Cornelia* peuvent être mises en mouvement, mais cela n'enlève pas au maître le droit de réclamer la *poena* en argent à laquelle il peut prétendre en vertu de la loi *Aquilia*, parce que cette *poena* est en réalité une indemnité, qui ne fait pas double emploi avec les châtiments appliqués en vertu de la loi *Cornelia*.

#### SECTION IV - LES EXTENSIONS DE L'ACTION LEGIS AQUILIAE

Les juriconsultes, qui interprétaient très librement les dispositions de la loi quand il s'agissait de calculer le montant de la peine, se montraient par contre extrêmement rigoristes quand il fallait définir les éléments du délit et les conditions de la responsabilité : avec cette méthode étroite d'interprétation, nombreux restaient les dommages pour lesquels on ne pouvait pas exercer l'action directe de la loi *Aquilia*.

Soucieux cependant de donner satisfaction à l'équité, tout en respectant la loi, les juriconsultes imaginèrent de recourir à des actions prétoriennes : ils incitèrent les magistrats à combler les lacunes du *jus civile* - les lacunes de la loi *Aquilia* - en accordant, dans de nombreuses hypothèses qui n'entraient pas dans les cadres légaux, des actions en extension et à l'imitation de l'action directe de la loi *Aquilia*.

Ces actions n'ont jamais fait l'objet d'une disposition générale dans l'édit, n'ont même jamais été établies en vertu d'une disposition permanente : elles n'étaient pas "édictionnelles" mais "décrétales". Dans chaque cas d'espèce, le préteur, sur le conseil des juriconsultes, accordait, s'il

le jugeait convenable, une action en dehors des prévisions de la loi *Aquilia* (cf. notre article "Etudes Dumas", pp. 198 sq.).

Dans la Compilation, ces actions portent des noms variables : action "*utilis*" *legis Aquiliae*, ou action "*in factum*" *legis Aquiliae*, ou action "*ad exemplum legis Aquiliae*".

Au Digeste, ces termes sont employés indifféremment : les Compilateurs paraissent les considérer comme équivalents, bien que dans les Institutes, Justinien distingue l'action utile et l'action *in factum* pour reconnaître à chacune de ces actions un domaine propre d'application (I.J. 4.3. 16).

Ces diverses façons de désigner les actions en extension de la loi *Aquilia* n'ont certainement pas été inventées par les Compilateurs : correspondaient-elles à l'époque classique à des réalités distinctes ? - Lenel ("*Edictum*" § 77) ne le croit pas. De telles expressions avaient cependant à l'époque classique un sens précis : l'action *utilis*, à l'époque classique, ne pouvait pas être autre chose qu'une action prétorienne dont la formule reproduisait celle de l'action directe, étendue en dehors de ses limites légales, au moyen d'une fiction ou d'une transposition de personnes. L'action *in factum* au contraire comportait une formule absolument originale, comprenant un exposé des faits. Nous pensons même qu'au début ces actions *in factum* ont pu être accordées sans aucun lien avec la loi *Aquilia* et ont pu aboutir à une réparation du dommage établie sur des bases étrangères au système de l'action directe. Mais, dès l'époque classique, on en vint à organiser ces actions *in factum* à l'instar de l'action *directa*, *ad exemplum legis Aquiliae*, c'est-à-dire de telle sorte que la condamnation soit calculée au *quantum plurimum* et avec *litiscrescence* (1).

Il reste très difficile de savoir dans quels cas les juristes classiques préconisaient l'emploi de l'une de ces deux actions plutôt que de l'autre : les textes que nous possédons nous sont parvenus par la Compilation ou des ouvrages assez tardifs comme la "*Collatio Mosaicarum*" (2.4 et 12.7) : or les juristes de la basse époque ont tout brouillé. Pour eux l'action *in factum* en matière de dommages est une action "*generalis*", pendant de l'action *generalis in factum (praescriptis verbis)* en matière contractuelle (D. 19.50.11); c'est une action qui permet de combler les lacunes du droit en vigueur. Lorsque ces juristes rencontraient dans un texte classique une action *utilis* en matière de dommage, ils y voyaient une application particulière de l'action *in factum generalis* : de sorte qu'ils ne voyaient aucun inconvénient à baptiser cette action *utilis* action *in factum* et inversement. Il est à peu près impossible de dresser avec certitude la liste des cas dans lesquels les classiques parlaient d'une action *utilis* et celle des cas où il était question d'une action *in factum*.

---

(1) Contrairement à LENEL nous pensons donc que les expressions *actio utilis* et *actio in factum legis Aquiliae* correspondaient à l'époque classique à des différences fondamentales. Ce point de vue, que nous avons soutenu dans notre article "Etudes Dumas", est également celui auquel est arrivé, par des voies différentes, M. ALBANESE ("*Studi sulla legge Aquilia*" Ann. Univ. Palermo 1950).

M. Albanese (1), en soumettant les textes à un examen très minutieux, croit pouvoir arriver aux résultats suivants :

L'*actio utilis* était préconisée lorsque le *damnum* remplit encore les conditions objectives exigées par la loi : il y a bien un "*corpus lesum injuria*", mais les éléments subjectifs de la responsabilité ne sont pas ceux que la loi a prévus : le dommage n'a pas été causé directement (*nec corpore*) - ou bien la personne qui subit un préjudice n'est pas propriétaire de la chose endommagée (usufruitier, possesseur de bonne foi). Une simple fiction pouvait suffire à rendre "utilisable" l'action *legis Aquiliae* en des cas de ce genre.

Par contre, la fiction n'était plus possible lorsque les éléments objectifs du *damnum* faisaient défaut : il fallait recourir à une action *in factum*. Il en est ainsi lorsque le préjudice se produit sans que la chose soit corporellement endommagée (*damnum nec corpori*, ou *rebus integris*) - ou lorsque le dommage ne provient pas d'un acte positif (cas d'un *non facere*) - ou lorsque le dommage n'est pas commis "*injuria*" (cas du copropriétaire qui endommage la chose indivise).

Cette savante et ingénieuse reconstitution de la jurisprudence classique ne nous paraît pas à l'abri de toute discussion : est-il bien sûr que les textes qui parlent d'une action *in factum* à propos d'un dommage causé indirectement (*nec corpore*) soient tous interpolés ? Est-il bien sûr que tous les auteurs classiques proposaient en pareil cas une *actio utilis* ? - Nombreux - non seulement au Digeste, mais dans la Collatio - sont les textes qui parlent d'une *actio in factum* dans des hypothèses de dommage *nec corpore*. On a bien l'impression que les juriconsultes n'étaient pas d'accord sur les moyens à employer pour donner satisfaction à l'équité. Les Sabiniens, assez portés à interpréter la loi *Aquilia* avec souplesse, pensent qu'il suffit d'utiliser l'action *legis Aquiliae* en y ajoutant une fiction : Gaius, qui reproduit fidèlement la doctrine sabinienne, ne parle que de l'*actio utilis* (G. III.219); les Proculiens, au contraire, très rigoristes dans leur interprétation de la loi *Aquilia*, pensent qu'on ne peut pas étendre l'action, même avec une fiction, quand le dommage n'est pas *corpore datum* : ils préfèrent recourir à une formule spéciale, *in factum* (Coll. 12.7 § 4 : opinion de Celsus; § 4 : opinion de Proculus).

Dans la mesure où l'on a pu, dès l'époque classique, songer à secourir les personnes qui subissaient un dommage sans être propriétaires de la chose endommagée - les juriconsultes ont bien pu, là aussi, proposer des moyens différents.

Enfin, contrairement à M. Albanese, nous continuons à croire, avec Rotondi, que les classiques n'ont jamais songé à rapprocher de la loi *Aquilia* le dommage causé sans dégât matériel (*nec corpore*) : de tels dommages étaient par trop étrangers au système de la loi. Dans quelques cas de ce genre, les juriconsultes ont pu sentir le besoin d'organiser une sanction par des actions *in factum* qui n'avaient absolument rien à voir avec le sys-

---

(1) ALBANESE : "*Studi sulla legge Aquilia*", Palerme 1950.

tème du *damnum injuria datum* : le rapprochement avec la loi *Aquilia* nous paraît avoir été opéré seulement par Justinien : ainsi, comme exemple typique de *damnum nec corpori*, Justinien signale dans ses Institutes le cas de l'individu qui, par pitié, détache l'esclave d'autrui et lui permet de s'enfuir (Inst. 4.3.16) : Justinien accorde au maître de l'esclave une action *in factum* - à l'exemple de la loi *Aquilia* - contre l'homme trop charitable. Or les classiques avaient déjà examiné ce cas d'espèce : nous pouvons constater qu'ils parlaient, eux aussi, d'une action *in factum* - mais pas sur le modèle de l'action *legis Aquiliae* : ils paraissent songer plutôt à une action en extension de l'action *doli* (LABEON, cité par ULP IEN : D. 4.3.7.7).

A la basse époque s'est manifestée une tendance non douteuse à invoquer très extensivement la loi *Aquilia*, de façon à obliger le plus souvent possible l'auteur d'un dommage à réparer le préjudice causé par sa faute.

Tout d'abord, comme l'a judicieusement souligné M. Albanese, la distinction entre *damnum corpore* et *damnum nec corpore* avait perdu tout intérêt pratique à la basse époque; aussi, dans le cas de *damnum nec corpore* où les classiques proposaient une action *utilis* (ou, selon nous, aussi *in factum*) les compilateurs négligent souvent de reproduire les mots "*utilis*" ou "*in factum*", et parlent d'appliquer l'action *legis Aquiliae* purement et simplement.

D'autre part, avec leur action *in factum generalis*, les byzantins parvenaient à atteindre des faits dommageables pour lesquels, à l'époque classique, il n'y avait aucune sanction, ou une sanction tout à fait étrangère au système du *damnum* : c'est ainsi qu'ils accordent une action *in factum* "sur le modèle de l'action *legis Aquiliae*" (aboutissant par conséquent au même genre de réparation, avec litiscrescence) dans le cas de *damnum nec corpori* (sans dégât matériel) ou au profit de personnes qui n'ont pas la propriété (usufruitier, commodataire, possesseur de bonne foi, créancier gagiste).

Les textes du Digeste envisagent encore une autre extension de la loi *Aquilia* au profit de victimes qui ne sont pas propriétaires : c'est lorsqu'un homme libre a été blessé ou même tué. Si ces faits sont commis volontairement, il y aura dans le premier cas délit d'*injuria*, dans le second cas meurtre prévu par la loi *Cornelia*; mais il n'y a ni *injuria* ni meurtre en cas de blessures ou d'homicide par imprudence. Ne pourrait-on pas, en se plaçant sur le terrain du "*damnum*", accorder aux victimes une action pour obtenir au moins la réparation du préjudice qu'elles ont subi ? - Il y a à cela un obstacle sérieux : l'action en matière de *damnum* est, aux termes de la loi *Aquilia*, donnée au propriétaire : or comme le remarque judicieusement Ulpien (D. ht. 13 pr), l'homme libre n'est pas propriétaire de son corps. Ulpien en tire cette conséquence logique : l'homme libre qui a été blessé ne peut pas exercer l'action *directa* de la loi *Aquilia*. Mais le même texte fait dire à Ulpien que ce blessé pourra exercer l'*actio utilis*. Est-ce classique ? - Ce texte a été longtemps considéré comme très suspect, de même que cet autre texte (D. ht. 5.3) où Ulpien accorde à un père l'action *legis Aquiliae* (ordinaire, directe ?) en raison de blessures infligées à son fils apprenti par un "*magister*" trop irascible. Cependant un parchemin publié en 1957 a tout remis en question : c'est une page provenant d'une édi-

tion des "*ad Edictum*" d'Ulpien - faite au IV<sup>o</sup> s. - et qui nous donne un passage du livre 32 *ad Edictum* (en partie reproduit au D. 19.2.13.4) et où il est question de l'accident arrivé au fils apprenti : en cet endroit Ulpien examine la situation au point de vue des effets du contrat d'apprentissage, et pour ce qui est de la loi *Aquilia*, renvoie à ce qu'il a dit au livre 18; renvoi qui ne donne aucune indication sur ce qu'Ulpien pensait en ce livre 18 de l'application de la loi *Aquilia* en pareil cas. Mais en marge de ce texte a été ajoutée une glose, en grec, malheureusement peu lisible, mais d'où il semble bien résulter qu'Ulpien préconisait en pareil cas une action *utile* de la loi *Aquilia* (1).

Si Ulpien connaissait cette action utile, il est normal qu'il ait songé à l'accorder au père de famille dont le fils a été victime d'un homicide par imprudence (D. ht. 7.4). Ulpien, dans l'affaire qu'il étudie, refuse d'étendre la loi, non pas parce que la victime est un homme libre, mais parce que l'accident s'est produit au cours d'une compétition sportive, dans un combat de boxe ou de pancrace : les lutteurs n'agissent pas "Injustement" (*injuria*) quand, combattant pour la gloire, ils manifestent leur vigueur.

En admettant qu'Ulpien (début III<sup>o</sup> s.) ait connu l'extension de la loi *Aquilia* au cas d'homicide d'un homme libre, cette solution par contre n'était pas encore venue à l'esprit d'un gouverneur de province au temps d'Hadrien (117-138) : statuant *extra ordinem*, ce magistrat avait accordé au père de la victime, "à cause de sa grande pauvreté", une indemnité sans invoquer la loi *Aquilia* (2).

En cas de blessure ou d'homicide d'un homme libre, la *poena* ne peut pas être calculée sur la valeur marchande, mais en estimant le préjudice, et on ne tient compte que du préjudice patrimonial. L'action de la loi *Aquilia*, même dans sa forme la plus évoluée, n'a jamais permis de réparer un préjudice moral ou d'affection (3).

Enfin, malgré leur désir de généraliser la sanction du *damnum*, les compilateurs ne sont pas parvenus à atteindre tous les dommages : nulle part dans la Compilation il n'est question d'étendre l'action *legis Aquiliae* au profit de ceux qui sont simplement créanciers de la chose endommagée.

#### CHAPITRE IV : LA RAPINA

##### . Origine :

Au temps des guerres civiles, il était fréquent de voir des hommes influents organiser des bandes d'esclaves et de gens sans aveu pour saccager

---

(1) P.S. I.1449 publié par ARANGIO-RUIZ, "*Arch. Giu.*" 93 (1957) pp. 140 sq.

(2) Coll. 1.11.2.

(3) MACQUERON : "L'intérêt moral ou d'affection ...", Etudes Audinet, Aix 1968, pp. 177-188. Il en est encore ainsi en droit byzantin : Bas. 60. 2.3, avec glose du XII<sup>o</sup> s.

les domaines de leurs adversaires politiques. Il y avait sans doute *damnum* et souvent aussi *furtum*, mais la répression prévue pour le *damnum* et le *furtum* était en pareil cas bien faible : si l'on mettait la main sur les coupables, on pouvait les faire condamner à une somme d'argent, qu'ils ne payaient pas parce qu'ils étaient insolvable - ou s'ils s'agissait d'esclaves, le maître se libérait à bon compte en abandonnant "noxialement" ces mauvais sujets.

C'est pour réprimer de tels abus qu'en 76 a. J.C. le préteur M. Terentius Lucullus introduisit dans l'édit des dispositions en vue de réprimer les actes de brigandage "commis au moyen d'hommes armés ou en bandes". L'action, donnée contre l'instigateur de ces actes de violence, aboutissait à une peine du quadruple et l'instigateur, personnellement responsable, ne pouvait pas se libérer en abandonnant les esclaves dont il s'était servi.

### . Epoque Impériale :

Lorsque sous l'Empire le calme se rétablit, cette action n'eut plus la même utilité : elle fut cependant conservée dans l'édit, sous le nom d'action *vi bonorum raptorum*, pour sanctionner la *rapina*, ou vol avec violence. La *rapina* n'est, à l'époque Impériale, qu'une variété de vol : le vol avec circonstances aggravantes.

- A bien des égards, l'*actio vi bonorum raptorum* paraît calquée sur l'action *furti manifesti* : peine du quadruple.

- Comme le vol, le délit de *rapina* ne peut avoir pour objet que des meubles (tandis que l'édit de Lucullus trouvait à s'appliquer en cas de dévastation d'une ferme).

- L'action se donne *noxaliter*.

Comme l'action *furti*, elle peut être intentée par quiconque a intérêt à ce que le vol n'ait pas lieu. Elle est infamante.

Elle s'écarte cependant de l'action *furti* sur quelques points :

- 1/ Elle est annale, parce qu'il s'agit d'un délit prévu par le préteur.
- 2/ Le procès est renvoyé devant des récupérateurs.
- 3/ Pour fixer la peine, on tient compte de la valeur de la chose volée et non du préjudice subi.
- 4/ Enfin dans le droit de Justinien - qui mit fin sur ce point aux hésitations de la doctrine classique - l'*actio vi bonorum raptorum* ne se cumule pas avec les actions repressives; c'est une action mixte et la peine du quadruple contient une réparation du dommage.

## CHAPITRE V : LES DELITS PRETORIENS

Certains délits privés ont été prévus par l'édit du préteur. L'action prétorienne qui sanctionne ces délits est une action *in factum*, aboutissant à une peine pécuniaire dont le montant est tantôt fixé par l'édit, tantôt laissé à l'appréciation du juge.

Les délits prétoriens sont nombreux.

Le préteur protégeait, par une mesure pérale, son propre édit contre les individus qui se seraient permis de dégrader ou lacérer son texte (édit *de albo corrupto*).

Le préteur réprimait quantité de délits de procédure (défendeur qui ne se présente pas, chicane, etc ...).

Certains délits prétoriens complètent la répression du *damnum* (*actio de servo corrupto*, violation de sépulture, abus commis par les publicains) - ou du *furtum* (*rapina*).

Il est fort possible que la sanction de certaines opérations, qui devinrent finalement des contrats, ait d'abord été envisagée par le préteur sous un aspect pénal (action *in factum* de dépôt, de prêt à usage).

Mais les délits prétoriens les plus intéressants au point de vue juridique sont le dol et la violence (que nous avons déjà étudiés à propos des vices du consentement).

On range parfois la théorie de la fraude aux droits des créanciers parmi les délits prétoriens : mais il nous paraît douteux qu'il s'agisse là d'un délit sanctionné par une action *in factum*.

## CHAPITRE VI : LES ACTIONS NOXALES

Les délits privés peuvent presque tous donner lieu à l'exercice d'une action noxale.

Lorsqu'un délit privé a pour auteur une personne en puissance - un fils ou un esclave - le droit romain rend ordinairement le titulaire de la puissance - père ou maître - pécuniairement responsable du paiement de la *poena* à laquelle la victime a droit. Celle-ci exerce l'action prévue pour le délit - par exemple l'action *furti* en cas de vol - contre le père ou le maître, mais sous une forme spéciale : l'action est intentée "*noxaliter*", noxalement. Intentée de cette façon, l'action pénale présente cet-



te particularité que la condamnation laisse un choix au défendeur : Il peut, à sa guise, soit payer la *poena* en argent due en raison du délit, soit faire abandon à la victime, de l'esclave ou du fils coupables du délit; c'est ce qu'on appelle "faire abandon noxal".

Le régime de la noxalité est une des particularités les plus caractéristiques des obligations délictuelles : on ne rencontre rien de semblable en matière d'obligations contractuelles ou quasi-contractuelles.

Cette institution originale est incompréhensible si on l'aborde avec nos conceptions modernes : tout s'éclaire au contraire si on la rattache aux conceptions les plus anciennes des Romains en matière de délits privés. On conçoit tout l'intérêt que présente le régime de la noxalité aussi bien pour l'historien du droit romain que pour le sociologue (1).

### § 1 - FONDEMENT DU REGIME DE LA NOXALITE

#### Explications à rejeter :

Pour quelle raison le détenteur de la puissance est-il obligé de payer une *poena*, en raison du délit commis par l'*alieni juris* ?

- a) Ce n'est certainement pas comme co-auteur ou complice qu'il répond du délit : car s'il coopère au délit, il est personnellement responsable, de son propre chef, exposé comme délinquant à l'action ordinaire prévue pour le délit. Les juristes se demandent si, en pareil cas, cette responsabilité personnelle du père exclut celle qu'il assume d'autre part comme chef de famille, responsable *noxaliter*.
- b) On ne peut pas davantage fonder les actions noxales sur l'idée d'une responsabilité du père pour défaut de garde et sur une présomption de faute comme celle qu'admet l'art. 1384 de notre C.C. L'action noxale en effet se donne non pas contre le père qui avait le délinquant sous sa garde au jour du délit, mais contre celui qui exerce la puissance sur l'*alieni juris* le jour où la victime intente l'action (au moment de la *litis contestatio*).
- c) On ne peut pas non plus penser à une représentation du père par l'*alieni juris*; on ne peut pas parler de représentation relativement à des faits qui ont pu être accomplis par l'esclave avant qu'on l'ait acquis et alors qu'il appartenait à un autre maître.

---

(1) F. DE VISSCHER : "Le régime romain de la Noxalité. De la vengeance collective à la responsabilité individuelle", Bruxelles 1947.

D'ailleurs la ressemblance qui existe entre le système de la noxalité et l'action *de pauperie* indique assez qu'il ne peut s'agir d'une représentation. L'action *de pauperie* concerne le cas de dommages causés par un animal domestique : la victime exerce cette action contre le propriétaire de l'animal. Le propriétaire (comme le chef de famille dans l'action noxale) est obligé soit de payer une somme d'argent, soit d'abandonner l'animal à la victime. On ne peut pas songer à une représentation du propriétaire par l'animal ! Nous ne pouvons être représentés que par des personnes.

• Explication historique :

Pour comprendre la raison d'être de cette obligation, qu'avec les actions noxales, le droit romain fait peser sur le chef de famille en raison des délits commis par ses *alieni juris*, il faut remonter aux plus anciennes conceptions des romains en matière de délits privés.

Primitivement certains délits, comme le vol, faisaient naître au profit de la victime, non le droit de se venger, mais de pratiquer une main-mise sur la personne du délinquant, pour en faire à peu près un esclave. Le coupable, nous l'avons vu, pouvait essayer d'échapper à cette main-mise en offrant une rançon, une composition volontaire, que les vieux romains appelaient précisément *noxæ*.

Si le délinquant était un *alieni juris*, c'était bien celui-ci - le coupable - qui répondait du délit sur son propre corps. Mais dans cette hypothèse il y avait conflit entre deux droits : celui de la victime et celui du chef de famille. Sur le corps du même individu, l'un avait des droits en vertu du délit, et l'autre comme titulaire d'une puissance. Les vieilles coutumes avaient réglé ce conflit au profit de la victime : le chef de famille ne pouvait pas empêcher la victime d'exercer sa main-mise sur le coupable et s'il voulait conserver le coupable, il n'avait d'autre ressource que de le racheter, de composer avec la victime, en offrant une "*noxæ*", qui était une sorte de rançon.

Lorsque la Loi des XII Tables rendit obligatoire, notamment en matière de *furtum nec manifestum*, le système de la composition, le paiement de la peine pécuniaire prévue par la loi présentait une difficulté dans le cas où le délit avait pour auteur un *alieni juris* : le coupable ne pouvait pas payer cette somme puisqu'il n'avait pas de patrimoine. Si bien que dans cette hypothèse le législateur dut se résigner à laisser subsister le système primitif : c'est le corps du délinquant qui répond du délit. Mais si son *pater* veut le conserver, la loi rend facile le système de la composition : son montant ne plus donner lieu à un marchandage; la loi permet au père de racheter l'*alieni juris* en payant la *poena* légalement prévue pour le délit.

Telle est l'action noxale que la vieille loi avait expressément prévue en matière de *furtum nec manifestum*, et pour divers délits contre les biens (*noxia*). Par contre elle ne prévoyait pas une action noxale en matière

re d'*injuria*, car c'est un délit qui "respire la vengeance" : l'*alieni juris*, auteur d'une *injuria*, supportait sur son corps les effets de la vengeance : il subissait ordinairement un châtement corporel, la peine des verges.

§ 2 - CONDITIONS D'EXERCICE  
DES ACTIONS NOXALES

Une action pénale ne peut être exercée sous la forme noxale que si les conditions suivantes sont réunies :

1/ Il faut qu'il s'agisse d'un délit privé pour lequel le régime de la noxalité a été établi en vertu des dispositions de la loi ou de l'édit. Le système de la noxalité est complètement étranger à la procédure criminelle, qui concerne les délits publics. En ce qui concerne les délits privés, le système de la noxalité a fini par les concerner presque tous. A l'époque classique l'action d'Injures se donne *noxaliter*, quoiqu'en cette matière subsiste encore une trace de l'ancienne conception : le chef de famille peut éviter l'action noxale en permettant à la victime d'appliquer la "*verberatio*" à l'*alieni juris*.

2/ Il faut que la personne accusée d'être l'auteur du délit soit en puissance au moment du procès.

De quelle puissance s'agit-il ? - Les textes sur les actions noxales ne concernent que les esclaves et les fils de famille. Pour des raisons de décence, il a sans doute paru impossible d'appliquer le système de l'abandon noxal aux filles en puissance et aux femmes *in manu*. D'autre part, il n'est pas certain que les actions noxales aient concerné les personnes "*in mancipio*".

- La situation de personne en puissance doit exister au moment du procès. Si après avoir commis un délit privé, l'esclave est affranchi, ou si le fils devient *sui juris* (par décès du *pater* ou par émancipation), il n'y a plus lieu à l'action noxale : la victime intente en pareil cas l'action normalement prévue pour le délit, contre le délinquant lui-même, celui-ci étant devenu capable de soutenir le procès et de payer une *poena*.

3/ L'action noxale s'exerce contre le chef de famille qui détient la puissance sur le délinquant au jour de la *litis contestatio*.

C'est ce qu'exprime la règle "*noxam caput sequitur*" : la responsabilité du délit suit le délinquant.

Voici les conséquences de cette règle :

- a) Le délinquant change de mains (l'esclave est vendu, donné ou légué; le fils est donné en adoption) : l'action noxale s'intente contre le nouveau maître, ou contre le père adoptif.
  - b) Le délinquant est *sui juris*; après le délit il se donne en adrogation : la *capitis deminutio* qu'il subit éteint ses dettes contractuelles, mais n'éteint pas ses dettes délictuelles : la victime peut encore agir, mais sous forme noxale, contre l'adrogant.
- 4/ La personne contre laquelle on exerce l'action doit non seulement avoir, en droit, la puissance, mais avoir, en fait, le délinquant en son pouvoir : il faut en effet qu'il puisse, s'il le désire, procéder à l'abandon noxal. Il résulte de ceci que le chef de famille peut empêcher l'action noxale de naître, en faisant spontanément abandon du coupable avant la *litis contestatio* : cette "*derelictio*" ne se confond pas avec l'abandon noxal proprement dit qui s'effectue après la condamnation.
- 5/ L'action noxale s'éteint par la mort de l'*alieni juris* : la responsabilité délictuelle s'éteint par le décès du délinquant.
- L'action noxale s'éteint également si, après le délit, le coupable s'est trouvé un moment en la puissance de la victime (cette solution était d'ailleurs discutée entre jurisconsultes).
- 6/ Il faut tenir compte enfin de l'incidence que peut avoir sur l'action noxale la responsabilité personnelle du chef de famille.

D'après la Loi des XII Tables, en cas de vol commis à l'instigation du maître, par un esclave, la victime ne pouvait exercer que l'action noxale : ce qui revient à dire que le maître ne pouvait pas être considéré comme complice, personnellement responsable : exposé uniquement à l'action noxale, il avait toujours la possibilité de se tirer d'affaire en abandonnant l'esclave.

En matière de *damnum*, la loi *Aquilia* introduisit une solution beaucoup plus sévère pour le chef de famille. Cette loi le rend personnellement responsable, comme auteur même du délit, des dommages qui sont causés par ses fils et ses esclaves, en sa présence, à sa connaissance et sans qu'il les ait empêchés. Cette responsabilité basée sur la "*scientia*", sur le simple fait de tolérer, est tout à fait différente de la complicité, car pour être complice il ne suffit pas de laisser faire, il faut aider.

Introduite en matière de *damnum*, cette façon de voir s'est étendue à tous les délits pour lesquels à l'époque classique, fonctionne la noxalité : certaines de ces extensions sont d'ailleurs de basse-époque.

Les juristes se sont demandés si cette culpabilité du maître n'innocentait pas l'esclave; quand l'action peut être intentée contre le maître, considéré comme auteur du délit, existe-t-il encore une action noxale, basée sur la culpabilité de l'esclave? - Julien fit triompher la doctrine selon laquelle les deux actions sont possibles, mais la victime a le choix entre les deux actions, sans pouvoir les cumuler (1).

### § 3 - FONCTIONNEMENT ET EFFETS DES ACTIONS NOXALES

L'action noxale est une forme particulière que peut prendre une action pénale : la formule est rédigée dans les termes prévus pour le délit envisagé, mais avec deux modifications :

- a) Dans l'*intentio* figure, comme étant le délinquant, non pas le nom du maître (défendeur), mais de l'*alieni juris* (auteur du délit).
- b) La *condemnatio* est à deux branches; si les faits sont constatés, le juge devra prononcer une condamnation qui laisse au défendeur l'option entre deux façons de s'acquitter : "*aut litis aestimationem suffere aut noxae dedere*" (G. IV.75) : ou payer l'estimation pécuniaire, faite par le juge, ou procéder à l'abandon du coupable.

Est-ce une obligation alternative ? ou facultative ?

#### Nature de l'obligation :

On a beaucoup discuté sur la nature de l'obligation que le régime de la noxalité met à la charge du chef de famille.

Selon M. de Vlsscher, cette obligation changerait de caractère, selon le moment où l'on se place, entre le jour du délit et la fin du procès.

- Tant qu'il n'y a pas de *litis contestatio*, l'obligation du *pater* a pour objet principal l'abandon du coupable; c'est pourquoi, si le coupable meurt, le *pater* est libéré. Mais il peut spontanément payer la peine

---

(1) ALBANESE : "*Sulla Resp. del dominus sciens*" - B.I.D.R. 70, 1967, pp. 119-186. - Il y eut divergence sur la notion de *scientia* : instigation par les uns, simple "*patientia*" pour PAUL et ULPIEN (D. 9.4.2 et 4).

pour n'avoir pas à abandonner. Ce serait donc une obligation facultative, ayant pour objet véritable l'abandon, mais comportant la faculté de se libérer en payant une *poena*.

- Après la *litis contestatio*, l'obligation devient, en vertu des termes de la formule, une obligation alternative : si l'une des choses dues périt, l'autre doit être fournie : le décès du coupable ne libère plus le *pater*.

- Lorsque le jugement est rendu, l'objet dû est la somme d'argent portée dans la condamnation; mais le *pater* jouit de la faculté de se libérer en abandonnant le coupable : c'est une obligation facultative dont l'argent constitue l'objet véritable. Cette faculté d'ailleurs cesse d'exister si le *pater*, n'ayant ni payé ni abandonné, est poursuivi au moyen de l'*actio iudicati* : cette action en exécution ne porte plus que sur la somme d'argent portée dans la condamnation.

#### • L'abandon noxal :

La particularité de tout le système de la noxalité, c'est l'abandon noxal (*noxae deditio*) que le *pater* peut faire pour se libérer. Ce n'est pas un transfert de puissance, mais un abandon. Lorsqu'il s'agit d'un fils, Gaius nous apprend que l'abandon se faisait au moyen de la mancipation, mais qu'une seule mancipation suffisait à éteindre définitivement la puissance du *pater* (contrairement à la règle ordinairement en usage, qui exigeait trois mancipations pour éteindre la puissance sur un fils).

S'il s'agit d'un esclave, l'abandon s'opère sans forme; c'est une remise purement matérielle - qui ne transfère pas le *dominium* - mais fait définitivement échapper l'esclave à la puissance de celui qui l'abandonne.

En cas de décès du fils ou de l'esclave après la *litis contestatio*, le père pouvait encore se libérer valablement en faisant abandon du cadavre, ou même d'une simple partie du cadavre (des cheveux). Cette faculté ne se retrouve pas dans l'action *de pauperie*; en cas de dommage causé par un animal, le propriétaire de l'animal ne peut éviter de payer une indemnité, qu'en abandonnant l'animal vivant.

L'abandon d'un être humain était, dans l'esprit des Anciens, chose très grave, parce qu'ils attachaient une grosse importance à la sépulture donnée aux morts. On conçoit aussi que le chef de famille qui, dans l'exercice de sa justice familiale, tuait le délinquant, ait pu se libérer envers la victime en abandonnant le cadavre.

#### • Effet de l'abandon :

Quelle est la situation du délinquant abandonné noxalement?

- Primitivement l'abandon plaçait le coupable à la merci de la victime. Cependant la situation du fils abandonné n'était pas perpétuelle : il se trouvait en effet chez la victime dans une situation comparable à celle d'un fils *in mancipio*; il pouvait donc exiger son affranchissement lorsqu'il avait désintéressé la victime par le produit de son travail : il devenait alors *sui juris*, car son père n'avait plus aucun droit sur lui.

#### § 4 - LES ACTIONS NOXALES DANS LE DROIT DE JUSTINIEN

Justinien apporta en cette matière les réformes suivantes :

1/ Les actions noxales ne concernent plus que les esclaves.

Les fils de famille ont en effet à cette époque une capacité patrimoniale : s'ils commettent des délits privés, ils en répondent sur leurs biens.

2/ L'abandon noxal a été modifié.

Pour éviter les conséquences pécuniaires des délits commis par son esclave, le maître peut procéder à l'abandon noxal; mais dans le droit de Justinien, cet abandon est devenu un véritable transfert de propriété : le maître cède à la victime les droits qu'il a sur l'esclave.

3/ Justinien applique à l'esclave les mesures qui, à l'époque classique, avaient été établies en faveur du fils : au bout d'un certain temps passé chez la victime, l'esclave peut exiger son affranchissement. Singulière générosité ! En commettant un délit, l'esclave se met en situation d'obtenir la liberté.

o o o o

o

#### TITRE QUATRIEME

VARIAE CAUSARUM FIGURAE

(Sources diverses)

-----

#### CHAPITRE I : OBLIGATIONS QUASI-CONTRACTUELLES

Beaucoup d'obligations qui naissent de "sources diverses" produisent des effets comparables à ceux des obligations contractuelles.

Si l'on pousse plus loin la comparaison, on peut constater que certaines de ces obligations ressemblent à celles qui proviennent de contrats de droit strict et sont sanctionnées, comme le *mutuum*, par une *condictio*; telle est l'obligation de restituer l'enrichissement injuste.

D'autres, au contraire, se comportent comme les obligations qui résultent des contrats de bonne foi et sont sanctionnées par des actions de bonne foi : l'obligation de restituer la dot, en vertu de l'action *rei uxoriae*, alors même qu'aucune convention dotale n'a été faite à ce sujet; obligation du tuteur envers son pupille, avec l'action *tutela*; obligation qui résulte de la gestion d'affaires avec l'action *negotiorum gestorum*.

Si l'on ose employer des expressions bien étrangères au droit romain classique, on peut dire qu'il y a des quasi-contrats de droit strict et des quasi-contrats de bonne foi.

Nous nous bornerons à étudier : 1/ l'enrichissement injuste (quasi-contrat de droit strict); 2/ la gestion d'affaires (quasi-contrat de bonne foi).

## SECTION I : L'ENRICHISSEMENT INJUSTE ET LA *CONDICTIO INDEBITI*

L'obligation de restituer ce dont on s'est enrichi injustement ne découle ni d'un contrat ni d'un délit : elle a pour source l'équité : "c'est un principe naturel d'équité que personne ne doive s'enrichir au détriment d'autrui" (POMPONIIUS D. 12.6.14). En droit romain, c'est au moyen d'une *condictio*, action du *Jus civile*, que l'on contraint l'enrichi à restituer.

### A/ ORIGINES

La *condictio* n'a pas été créée spécialement pour cela : les lois *Silia* et *Calpurnia* avaient établi la *legis actio per conductionem*, non pas pour sanctionner un principe d'équité, mais pour simplifier la procédure lorsqu'il s'agissait de dettes ayant pour objet de l'argent ou un corps certain. Le domaine d'application de cette nouvelle procédure dépendait de la nature de l'objet et non de la source de l'obligation.

Il en fut encore de même, dans la procédure formulaire, en ce qui concerne l'action de droit strict à laquelle on donna le nom de *condictio*, parce qu'elle était la transposition dans le système formulaire de la *legis actio per conductionem*.

La date d'apparition de cette action de la loi n'est donc pas susceptible de nous renseigner sur l'origine de l'obligation de restituer l'enrichissement injuste.



D'après une doctrine (Girard) cette obligation aurait été reconnue assez tôt par les jurisconsultes de l'époque républicaine. Un texte du Digeste (12.5.6) dit en effet : "Sabinus a toujours approuvé l'opinion des *Veteres* qui estimaient que ce qui est détenu par quelqu'un en vertu d'une cause injuste peut lui être réclamé par *condictio*".

Les *Veteres* auraient posé un principe général, dont les jurisconsultes de l'époque classique auraient ensuite déduit de nombreuses applications.

Mais c'est là faire dire au texte en question ce qu'il ne dit pas; tout d'abord, ces "*Veteres*" ne sont pas aussi anciens qu'on le prétend : les jurisconsultes que Sabinus désigne de cette façon, ce sont ceux de la fin de la République. De plus, ce n'est pas un principe général qu'ils ont songé à formuler : ce qu'ils entendent par "détenir *ex injusta causa*" se rapporte à des situations voisines du vol, et leur but était de donner une plus large extension à la *condictio furtiva* qui existait déjà.

En matière d'enrichissement injuste, comme partout ailleurs, les romains n'ont pas commencé par poser un principe général, pour en déduire ensuite des applications : leur sens de l'équité les a conduits, sans doute assez tôt, à mettre à la charge de l'enrichi une obligation de restituer, dans différents cas particuliers, où il aurait été choquant de le laisser jouir de son enrichissement. Une action en restitution a pu être assez vite admise, dans le cas de l'individu qui, ayant reçu de l'argent en prêt, ne restitue pas, action admise d'abord sans faire intervenir l'idée que le *mutuum* est un contrat (ce qui ne fut reconnu que plus tard). La *condictio furtiva*, elle aussi, est assez ancienne : elle existait certainement à l'époque des *Veteres*.

Pendant l'époque classique, les jurisconsultes ont multiplié les hypothèses dans lesquelles il leur paraissait équitable d'accorder une action en restitution; envisageant les choses de plus haut, il leur arrivait de formuler parfois des principes généraux, comme le fit Pomponius (dans le texte signalé au début de cette étude).

## B/ OBSTACLES QUE CETTE THEORIE RENCONTRA :

La théorie de l'enrichissement injuste était cependant loin d'avoir atteint à l'époque classique une portée générale : elle fut freinée dans son essor par les exigences techniques de la *condictio*, exigences qu'on n'avait sans doute pas aperçues à l'origine.

### . *Nemo potest condicere factum* :

Les seules obligations que cette action sanctionne sont celles dont l'objet consiste à "*dare rem*" ou à "*dare certam pecuniam*". Par conséquent, les seuls enrichissements injustes qu'elle pourra atteindre sont ceux qui proviennent d'une *datio*. Pour que l'on puisse employer la *con-*

*dictio*, il faut qu'une chose corporelle ait été transférée en propriété entre les mains d'un "*accipiens*", qui se trouve ainsi injustement enrichi au détriment du "*dans*".

C'est toujours ainsi que les juristes envisagent les choses : et lorsqu'ils essayèrent de classer les *condictiones*, c'est sur une classification des "*dationes*" qu'ils l'ont établie : ils distinguent selon que la *datio* est faite "*ob rem*" (pour obtenir une contre-prestation), ou bien "*ob causam*", pour une cause qui peut être "*praeterita*" (passée) ou "*futura*" (espérée), "*honestata*" ou au contraire "*injusta, turpis*".

Le lien établi entre la *condictio* et l'idée de *datio* devait singulièrement restreindre la portée du principe de l'enrichissement injuste : si l'enrichissement provient, non d'une *datio*, mais d'un *facere* (service rendu, possession transférée, promesse par laquelle une personne s'est rendue débitrice), la *condictio* n'est plus d'aucun secours ; car nul ne peut "*condicere factum*" : on ne peut pas demander restitution d'un *facere*.

#### La *condictio incerti* :

La jurisprudence classique est heureusement parvenue à combler cette lacune du système au moyen d'une action qui porte dans la Compilation de Justinien le nom de *condictio incerti*. Cette façon de désigner cette action n'est pas classique, mais nous pensons, avec M. Giffard, que ce n'est pas une raison suffisante pour attribuer aux byzantins la création de ce recours. A partir du II<sup>e</sup> s., il en est question dans de nombreux textes (JULIEN D. 12.6.33 ; cf. VILLERS, Mél. Riccobono II.278).

Cette action ne portait probablement aucun nom particulier à l'époque classique. A la basse époque, la *condictio* étant devenue, par excellence, l'action qui sanctionne l'enrichissement injuste, on trouva tout naturel d'appeler cette action "*condictio incerti*".

Mais à l'époque classique, ce n'était pas une *condictio*, et sa formule était même très différente de celle de la *condictio*.

La *condictio* est avant tout une *actio certa* : or cette action tendant à faire restituer la valeur d'un *facere*, avait pour objet un *incertum*. Comme dans la *condictio*, l'*intentio* était *in jus (oportere)*, mais *incerta*. La *condictio* est "abstraitte", sa formule indique l'obligation sans en mentionner la source : la formule de cette *actio incerti*, au contraire, devait comme celle de l'*actio ex stipulatu incerti*, commencer par des "*praescripta verba*" en guise de *demonstratio*, pour faire connaître les faits qui justifiaient l'obligation de restituer. La *condemnatio* était rédigée avec indication d'un maximum (*taxatio*) - en ce sens VILLERS : *Stu. Doc.* 1937 ; SCHWARZ : "*Die Grundlege der Condictio*", 1952. M. Villers est d'avis que cette formule figurait dans l'Edit - cf. "Observations sur l'enrichissement injuste incertain", In MÉL. DE VISSCHER, III. 1950, pp. 459 sq.

Non contents de donner à cette action *incerta* le nom de *condictio*, les byzantins en distinguent plusieurs variétés : si l'enrichissement provient du fait qu'une personne s'est engagée sans raison, celle-ci dispose de la *condictio cautionis* (pour se faire restituer le billet qui constate sa dette : cf. "*Querela non numeratae pecuniae*") et d'une *condictio liberationis* (pour exiger que le créancier renonce à sa créance et fasse une remise de dette). Il est aussi question d'une *condictio possessionis* en cas d'enrichissement provenant d'un transfert de possession, d'une *condictio servitutis*, au profit de celui qui n'a pas retenu une servitude à son profit, comme il aurait pu le faire en aliénant la propriété.

• Negotium contractum :

La théorie de l'enrichissement injuste rencontra un autre obstacle, provenant de ses origines. La *condictio* avait d'abord été donnée dans des hypothèses où des rapports de droit se trouvaient antérieurement établis entre les parties : elle suppose un "*negotium contractum*" : une affaire conclue entre les parties.

C'est pour cette raison que la *condictio* n'a jamais été accordée au possesseur de bonne foi pour se faire restituer ses impenses ; le droit romain lui reconnaît un droit de rétention ; d'autre part, le juge tient compte des impenses quand il calcule le montant de la condamnation pécuniaire : mais il n'est jamais question de donner la *condictio* au possesseur, pour réclamer remboursement des impenses. C'est qu'en effet, entre le propriétaire et le possesseur de bonne foi, il n'existe aucun rapport de droit antérieur : au surplus, ce n'est pas à la suite d'une *datio* que le propriétaire a acquis les améliorations apportées au fonds par le possesseur.

Il existe cependant une hypothèse où la *condictio* fonctionne, bien qu'il n'y ait pas de rapports juridiques antérieurs entre parties : c'est dans le cas de la *condictio furtiva* : et aussi dans le cas voisin de la *condictio* intentée par le propriétaire contre le possesseur de mauvaise foi relativement aux fruits perçus "*ex injusta causa percepti*" avant la *litis contestatio*. Les classiques justifient comme ils le peuvent ces entorses aux principes : mais à l'origine ces difficultés n'existaient pas : la doctrine ancienne, encore soutenue par Sabinus, est d'avis que la théorie de l'enrichissement injuste joue dans tous les cas d'un "*apud aliquem esse*", qu'il y ait ou non une *datio*.

C/ LES CONDICTIONES  
DANS LA COMPILATION

Les byzantins, peut-être sous l'influence du christianisme, se sont efforcés de donner le plus d'extension possible à la théorie de l'enrichissement injuste.

Ils ont, d'autre part, essayé de classer les différents cas dans lesquels cette théorie trouvait à s'appliquer; ils ont donné des noms particuliers à la *condictio* suivant les catégories d'enrichissements envisagées. Certains de ces noms étaient sans doute déjà en usage à l'époque classique; d'autres ont été imaginés par les juristes de la basse époque.

Nous trouvons par conséquent dans la Compilation de Justinien toute une série de *condictiones* en matière d'enrichissement injuste. Leur classement est assez flottant : la *condictio ob turpem causam* et la *condictio ob injustam causam* confondues dans le Digeste, sont distinctes dans le Code (D. 12.5; C. 4.7 et 4.9).

Un titre spécial du Digeste est consacré à chacune des *condictiones* suivantes :

- 1) *Condictio causa data causa non secuta*, appelée parfois "*ob rem dati*", ou "*ob causam datorum*" (D. 12.4) cf. "Contrats Inommés").
- 2) *Condictio ob turpem vel injustam causam* (D. 12.5) (cf. "Cause des obligations").
- 3) *Condictio sine causa* (D. 12.7) (cas de *datio* faite en vue d'une cause qui n'existe pas ou ne se réalise pas : dot constituée en vue d'un mariage qui n'a pas lieu).
- 4) *Condictio ex lege* (D. 13.2) (cf. "*Pactus legitimus*").
- 5) *Condictio furtiva* (D. 13.1) (cf. "*Furtum*").
- 6) *Condictio indebiti* (D. 12.6).

#### LA CONDICTIO INDEBITI

Celui qui reçoit en paiement ce qui ne lui est pas dû, est obligé de restituer, car il s'est enrichi sans raison. L'obligation de restituer l'indu est sanctionnée par une action personnelle, la *condictio indebiti*.

#### § 1 - CONDITIONS DE SUCCES

- 1/ Il faut qu'il y ait eu paiement : prestation effectuée en vue d'exécuter une obligation. Le paiement est le "*negotium*" qui explique pourquoi l'une des parties a fait au profit de l'autre une *datio*.

2/ Il faut qu'il y ait paiement de l'Indu. Ce qui peut se produire de trois façons :

a) L'obligation est nulle *ab initio* :

L'obligation n'existe pas "*jure civili*" (le contrat par exemple est nul), ou bien on pouvait refuser d'exécuter en opposant une exception péremptoire et perpétuelle (par exemple l'*exceptio doli*).

- Par contre celui qui paie une dette naturelle paie ce qu'il doit, bien que le créancier ne puisse le contraindre. En droit romain on ne peut pas revenir sur le paiement, même fait par erreur, d'une dette naturelle (à la différence du C. Civil, 1235).

b) L'obligation est déjà éteinte :

L'obligation était valable, mais elle n'existait plus quand on a fait le paiement; par exemple un héritier paie par erreur une dette dont le défunt s'était déjà acquitté de son vivant.

c) Le paiement est fait à un autre que le vrai créancier, ou par quelqu'un qui n'est pas le débiteur et qui a cru payer sa propre dette.

3/ Il faut qu'il y ait erreur, à la fois du *solvens* et de l'*accipiens*.

- Si le *solvens* sait qu'il paie l'Indu, il fait une libéralité et on ne lui permet pas de reprendre ce qu'il a donné.

- Si l'*accipiens* sait qu'il reçoit l'Indu, le droit romain le considère comme un voleur : ce n'est pas la *condictio indebiti* que l'on intente contre lui, mais toutes les actions prévues en matière de *furtum* (solution différente en droit français où la restitution de l'Indu fonctionne de façon simplement plus sévère, lorsque l'*accipiens* est de mauvaise foi).

4/ Il faut enfin que la dette ne soit pas de celles pour lesquelles la sanction est une action à litiscescence.

Si en effet la *condictio indebiti* avait pu fonctionner dans ces hypothèses, la règle de la litiscescence aurait été facilement tournée : au lieu de nier la dette et de risquer la peine du double, le débiteur n'aurait eu qu'à payer, puis intenter la *condictio* (ce qui est une façon de nier la dette).

5/ Aucune condition de capacité n'est exigée en la personne de l'*accipiens* : si un fou reçoit l'Indu, il est obligé de restituer. Gaius nous fait savoir que cette solution avait été discutée, sans doute à cause du rapprochement que l'on était tenté de faire avec la *condictio* qui sanctionnait le *mutuum*.

## § 2 - EFFETS DE LA CONDICTIO INDEBITI

- C'est une action *in personam* :

Celui qui a payé l'Indu devient créancier (en vertu du principe de l'enrichissement injuste) envers l'*accipiens*. Le *solvens* ne peut pas revendiquer la chose qu'il a donnée en paiement par erreur : il ne faut pas oublier en effet que le paiement, même fait par erreur, est une "*justa causa*" qui permet à la tradition de sortir de tous ses effets et de rendre par conséquent l'*accipiens* propriétaire de la chose.

Le *solvens*, ayant cessé d'être propriétaire, ne peut plus se présenter que comme créancier envers l'*accipiens*; c'est cette créance qu'il fait valoir au moyen de la *condictio indebiti*.

- Que peut-il obtenir ?

Celui qui a reçu l'Indu est obligé de restituer tout le montant de son enrichissement - mais pas autre chose.

Si l'enrichissement correspond à l'appauvrissement du *solvens*, ce dernier obtient la valeur même de la chose que le paiement a fait sortir de son patrimoine.

Mais l'enrichissement de l'*accipiens* peut dépasser l'appauvrissement du *solvens* : ce qui se produit quand depuis le paiement la chose s'est accrue ou a donné des fruits. Le *solvens* obtient en ce cas la valeur, non seulement de la chose, mais aussi des fruits et accroissements.

Par contre, si la chose a disparu, l'*accipiens* - qui par hypothèse est toujours de bonne foi en droit romain - est tenu simplement de céder au *solvens* les débris matériels ou juridiques de la chose : d'où les solutions suivantes :

- a) L'*accipiens* a vendu la chose : le *solvens* n'obtiendra qu'une somme égale au prix que l'*accipiens* a obtenu, même si ce prix est très inférieur à la valeur véritable de la chose.
- b) L'*accipiens* a affranchi l'esclave qu'il a reçu à titre de paiement. L'affranchissement est valable (car l'*accipiens* était devenu propriétaire de cet esclave) et le *solvens* pourra simplement exiger que les droits de patronat sur l'affranchi lui soient cédés.

## SECTION II : LA GESTION D'AFFAIRES

Lorsqu'une personne, de sa propre initiative, administre les affaires d'une autre, sans que celle-ci le lui ait demandé, de cette situation naissent des obligations réciproques entre celui qui gère (*gestor*, gérant) et celui dont les biens sont gérés (*dominus*, géré).

Ces obligations ne proviennent ni d'un délit ni d'un contrat. Les effets sont comparables à ceux d'un mandat (GAIUS : "Res. Cot.", D. 44.7.5 pr). La *negotiorum gestio* est en effet sanctionnée par deux actions "*negotiorum gestorum*", civiles et de bonne foi, l'une *directa* (que le géré exerce contre le gérant pour lui demander des comptes), l'autre *contraria* (du gérant contre le géré pour lui demander remboursement des dépenses utiles), de même qu'existent au temps de Justinien, en matière de mandat, une action *directa* et une action *contraria*. Mais, différence essentielle avec le mandat, tandis que celui-ci est un contrat résultant de l'accord des parties, dans la gestion d'affaires, le *gestor* intervient de sa seule initiative, à l'insu du *dominus*; c'est souvent son absence qui a provoqué l'intervention du *gestor* (*qui negotia absentis gessit*); par exemple une personne prend en mains les intérêts d'un ami parti en voyage - ou veille sur les biens d'une succession en attendant que les héritiers se fassent connaître.

Dans le droit de Justinien, la *negotiorum gestio* prend la physionomie d'un quasi-contrat de bonne foi (Inst. 3.27) : mais c'est l'aboutissement d'une longue histoire dont il est très difficile de connaître les péripéties, Justinien ayant fait disparaître les traces de régimes devenus surannés.

### § 1 - ORIGINE ET HISTOIRE DE LA GESTION D'AFFAIRES

Les textes conservés par Justinien permettent de faire certaines constatations :

- Il est d'abord certain qu'il y a eu en cette matière une intervention du préteur : l'édit s'occupait de la gestion d'affaires à propos et à la suite de la représentation en justice par un *cognitor*, un *procurator* ou un représentant des municipes. L'édit prévoyait en plus de l'action civile et de bonne foi une action prétorienne *in factum*.

- D'autre part la notion et le terme même de *negotiorum gestio* trouvent à s'appliquer à diverses situations en droit classique : il est question de *gestio* non seulement quand une personne administre, de sa propre initiative, le bien d'autrui, mais en bien d'autres cas : 1) Certaines personnes sont légalement chargées de gérer les affaires d'autrui : le tuteur intervient par "*gestio*" quand il agit sans faire intervenir son pupille : les rapports entre le tuteur et le pupille sont réglés par l'action tu-

*telae*. Les divers curateurs Interviennent toujours par "*gestio*" : les rapports avec les personnes dont ils gèrent les biens ne seront réglés par une action spéciale dite "*curationis*" qu'à une époque tardive; à l'époque classique, on appliquait l'*actio negotiorum gestorum*. - 2) Il y avait également gestion d'affaires dans le cas du *procurator* auquel une personne a confié l'administration de ses biens : c'est une situation contractuelle. La *procuratio* est entrée dans les cadres du mandat au plus tôt à la fin de l'époque classique (III<sup>e</sup> s.) : antérieurement elle appartenait au domaine de la *negotiorum gestio* : Il reste peu de traces au Digeste de ce régime tout à fait différent de la conception byzantine qui fait de la gestion d'affaires un quasi-contrat.

En partant de ces quelques fragiles données, des hypothèses très contradictoires ont été soutenues. A quelle époque l'action *negotiorum gestorum* civile et de bonne foi a-t-elle fait son apparition ? - Elle n'existe probablement pas encore à l'époque de Q. Mucius Scaevola (début du 1<sup>er</sup> s. av. J.C.) puisqu'elle ne figure pas dans sa liste des actions de bonne foi (CIC. "*De off.*" 3.17.70). Par contre il semble bien que Cicéron la connaisse ("Topiques" 17.66 et lettres "*Ad Att.*" 6.175). Certains auteurs préfèrent voir dans ces textes des allusions, non à une action de bonne foi, mais à une formule *in factum* : cependant le rapprochement ("Top." l.c.) que fait Cicéron entre cette action et les actions de société et de mandat (qui sont de bonne foi) - et l'emploi des mots "*oporteat ex fide bona*" ("*Ad Att.*" l.c.) semblent bien indiquer qu'il s'agit d'une action de bonne foi. Mais lorsque dans ces textes Cicéron emploie les expressions "*qui negotia aliena curasset*" ou "*si ita negotium gestum est*", pense-t-il à une gestion entreprise sans le consentement du *dominus*, ou au contraire au cas du *procurator* auquel le *dominus* a confié l'administration de ses biens ? - Cette dernière interprétation paraît de beaucoup la plus vraisemblable, quand on constate que Cicéron cite la *gestio* à côté de la société et du mandat, qui supposent un accord des parties. Dans un autre passage des "Topiques" (10.42) où il fait allusion à la même action de bonne foi, il en envisage l'exercice uniquement contre le *procurator*.

De son temps, les membres de l'aristocratie se déchargeaient volontiers du souci d'administrer leurs biens en confiant la gestion de leur patrimoine à des *procuratores* dont c'était le métier. La *procuratio* était d'usage courant : Il est normal que la situation qui en découle ait été juridiquement précisée avec la création de l'action *negotiorum gestorum*, civile et de bonne foi.

C'est en partant de cette idée que l'*actio negotiorum gestorum* concerne le *procurator*, que Frese (1) a bâti un système audacieux. D'après cet auteur, le droit classique n'aurait parlé de gestion d'affaires et n'aurait connu d'action "*negotiorum gestorum*", que dans le cas du *procurator omnium bonorum* (procurateur chargé de l'administration de tout l'ensemble d'un patrimoine) : le droit classique aurait complètement ignoré la situation à laquelle Justinien donne le nom de "gestion d'affaires" et dont il fait un quasi-contrat.

---

(1) FRESE : Mél. Cornil I, pp. 325 sq. - Stu. Bonfante IV pp. 398 sq. - Stu. Riccobono IV pp. 399 sq.



Cette doctrine n'a guère rencontré de partisans (1). Elle ne tient pas compte du fait qu'à l'époque classique, le mot *procurator* peut désigner un administrateur général, mais aussi le *procurator ad litem*, représentant en justice, qui peut être chargé d'une affaire déterminée. Elle se heurte surtout aux très nombreux textes classiques qui parlent de gestion d'affaires dans des cas où le *gestor* est intervenu de sa seule initiative.

L'histoire de la gestion d'affaires nous paraît avoir été, dans ses grandes lignes, à peu près la suivante :

- 1) Au 1<sup>o</sup> s. av. J.C., apparaît une action civile et de bonne foi, *actio negotiorum gestorum*, qui concerne le *procurator omnium bonorum*, mais aussi le *procurator ad litem* (judiciaire). Cicéron parle de l'exercice de cette action contre le *procurator*. Nous ignorons quel recours ce dernier avait contre le *dominus*.
- 2) Le préteur, s'occupant de la représentation en justice, introduisit dans son édit une action *in factum* (2) pour le cas où le représentant n'a pas de pouvoir certain, ou n'en a certainement pas : Ulpien commentant cet édit (D. 3.5-1) le déclare bien nécessaire pour sauvegarder les intérêts des absents. L'action *in factum* était accordée au *dominus* contre le représentant, mais aussi au représentant contre le *dominus* (D. h.+3.1). Au-dessous de cette disposition, le préteur avait inséré la formule de l'action civile et de bonne foi, qui intéressait non seulement le *procurator ad litem*, mais aussi le *procurator* qui gère le patrimoine d'autrui.
- 3) Les juristes classiques ont donné un large domaine d'application à cette action de bonne foi : elle est employée non seulement dans le cas du *procurator*, mais dans toutes sortes d'hypothèses où une personne gère les affaires d'autrui, à l'exclusion des cas où l'on trouvait des actions particulières (tutelle, mandat) : par cette action on pourra demander des comptes aux curateurs, ou à ceux qui, de leur propre initiative, ont géré les affaires d'un absent (3). Il n'est pas certain que le *gestor* ait eu à l'époque classique une action de bonne foi pour réclamer remboursement des dépenses : peut-être n'avait-il que l'action *in factum*, prétorienne, employée en dehors de son domaine primitif, qui était celui de la représentation judiciaire.

---

(1) Critique de MORELLI : "*Die Geschäftsführung ...*" 1935. - cf. l'exposé très clair d'ARANGIO-RUIZ : "*Il Mandato*" 1949, pp. 29-43.

(2) MAGDELAIN : "Actions civiles" - ne croit pas à l'existence d'une action *in factum*, ce qui paraît difficile à soutenir en présence des commentaires de l'édit : cf. LENEL : "Edit" § 35.

(3) La gestion d'affaires a même trouvé son emploi en matière d'indivision, lorsque l'*actio communi dividendo* paraissait difficilement convenir : cf. SEILER : "*Tatbestand der neg. gestio ...*" 1968 et le c.r. GAUDEMET, Index, 1970, p. 269.

- 4) A la basse-époque, le domaine de la gestion d'affaires s'est rétréci : en sont exclus le *procurator* général en particulier, et tous ceux qui gèrent le bien d'autrui parce qu'on le leur a demandé : Ils sont tous considérés comme des mandataires : comme le dit Gaius ("*Res Cot.*" D. 44.7.5) : "Si quelqu'un gère les affaires d'un absent, et s'il en a reçu mandat, il est clair qu'il y a entre eux un contrat et qu'ils pourront exercer l'action *mandati*". La gestion d'affaires ne concernera donc plus que le *gestor*, qui gère sous le consentement du *dominus* - on finira même par dire "à son insu" (*etiam ignorantes* : Inst. 3.27.1) : c'est un quasi-contrat.

Il profite de l'action *negotiorum gestorum* de bonne foi qui n'avait pas été inventée pour lui, complétée d'une action *contraria* de bonne foi, probablement inconnue des classiques.

## § 2 - ELEMENTS ESSENTIELS DE LA GESTION D'AFFAIRES

Nous décrivons ici l'institution telle que Justinien la comprend, c'est-à-dire comme quasi-contrat.

La gestion d'affaires suppose un acte - fait dans l'intérêt d'autrui - sans intention libérale - et sans avoir reçu mandat.

- 1/ Un acte : juridique ou non (par exemple, réparer un immeuble).
- 2/ Dans l'intérêt du *dominus* : celui qui agit à la fois dans son propre intérêt et dans l'intérêt d'un co-propriétaire, ou d'un co-héritier, n'est pas dans les cadres de la *negotiorum gestio* : les actions *familiae ercisundae* ou *communi dividundo* règlent leurs rapports.
- 3/ Sans intention libérale : le *gestor*, quand il prend en mains les intérêts d'autrui, doit avoir l'intention de réclamer les frais qu'il expose : sinon il s'agirait d'une libéralité.
- 4/ Sans le consentement du *dominus* : si le *dominus* donne son assentiment, ce n'est plus une gestion d'affaires, mais un mandat (nous avons vu qu'il en a été autrement à l'époque classique, avec le *procurator*).

Si au cours des opérations faites par le *gestor* le *dominus* manifeste sa volonté, les effets de la gestion d'affaires s'en trouvent modifiés :

- a) Si le *dominus* ratifie, le *gestor* devient un mandataire, mais seulement dans la mesure où cela peut lui profiter : il peut demander le remboursement des frais par l'action *mandati contraria*, plus avantageuse pour lui que l'action *negotiorum gestorum contraria*. Par contre, le *dominus* ne peut pas arguer de la ratification qu'il a faite pour exercer contre le *gestor* l'action *mandati*, qui est infamante, alors que l'action *negotiorum gestorum directa* ne l'est pas. Enfin, le *dominus* qui a ratifié ne peut plus critiquer la gestion.

- b) Si le *dominus* signifie au *gestor* l'ordre de cesser la gestion, ce dernier, s'il continue à gérer, le fait à ses risques et périls et n'a droit à aucune indemnité pour les frais qu'il expose.

Les effets considérables qui s'attachent à la manifestation de volonté du *dominus* n'ont pu se préciser qu'à l'époque où la gestion d'affaires a été confinée dans un domaine non contractuel.

### § 3 - EFFETS DE LA NEGOTIORUM GESTIO

La *negotiorum gestio* fait naître entre parties des obligations réciproques :

#### A/ Obligations du *gestor* à l'égard du *dominus* :

- a) Par le fait qu'il a pris l'initiative de gérer, le *gestor* est obligé de terminer les opérations qu'il a commencées : il est responsable du dommage qu'il causerait au *dominus* en abandonnant la gestion.
- b) Il doit gérer convenablement. A l'époque classique, il répond bien entendu de son dol (actes malhonnêtes ou mal intentionnés), mais aussi de sa faute. Il est à cet égard plus sévèrement traité que le mandataire (qui, à l'époque classique, ne répond que de son dol); cette solution est équitable : le *gestor* a pris lui-même l'initiative de gérer et le *dominus* ne l'a pas choisi. Dans le droit de Justinien, la responsabilité du *gestor* s'est trouvée aggravée, en même temps que celle du mandataire; le mandataire répond, dans le droit de cette époque, du dol et de la faute; le *gestor* répond du dol, de la faute, et doit, par ailleurs, faire preuve d'une "*exactissima diligentia*" : on le tient responsable des dommages qu'il a causés, s'il est prouvé qu'un autre aurait pu mieux administrer (Inst. Just. 3.27.1).
- c) Lorsque la gestion est terminée, le *gestor* doit rendre compte de son administration, transférer au *dominus* les droits et actions qu'il a acquis pour son compte. Ces différentes obligations sont sanctionnées par une action que peut exercer le *dominus* : à l'époque classique, il a le choix, selon nous, entre l'action de gestion d'affaires (civile et de bonne foi) et l'action prétorienne *in factum*. Dans le droit de Justinien, il n'est plus question que de l'action *negotiorum gestorum directa*, civile, de bonne foi. Cette action n'est pas infamante (à la différence de l'action *mandati*).
- d) A la différence du mandat, la *gestio* survit au *dominus*.

B/ Obligations du *dominus*  
à l'égard du *gestor* :

- 1) Le *gestor* a droit au remboursement des impenses utiles : l'utilité de ces impenses s'apprécie en se plaçant au jour où elles ont été faites.

Le *gestor* est moins bien traité que le mandataire : le mandataire peut réclamer le remboursement de toutes les dépenses que nécessitait l'exécution du mandat, même si ces dépenses n'ont produit aucun résultat avantageux. Cette différence est équitable : le mandataire a fait des frais pour faire ce que le *dominus* lui a demandé; le *gestor* au contraire, de sa propre autorité, a décidé de prendre des mesures coûteuses : le *dominus* n'en doit payer les frais que si sa situation s'en est trouvée améliorée.

- 2) Le *gestor* peut exiger du *dominus* qu'il prenne à sa charge les obligations qu'il a contractées de façon utile, pour son compte.

A l'époque classique, le *gestor* ne pouvait intenter contre le *dominus* qu'une action *in factum*. Dans le droit de Justinien existe à son profit une action *negotiorum gestorum contraria* civile et de bonne foi.

## CHAPITRE II - LES OBLIGATIONS QUASI-DELICTUELLES

Cette catégorie d'obligations reste difficile à définir. On est assez tenté d'attribuer une notion aussi mal venue, non à Gaius, mais à l'auteur tardif des "*Res Cottidianae*". Un passage de cet ouvrage, inséré au Digeste (D. 44.7-5.4 à 6), reproduit à peu près textuellement dans les Institutes de Justinien (4.5 pr. à 3), nous apprend que dans trois groupes d'hypothèses, alors qu'il n'y a ni contrat ni délit à proprement parler, on se trouve tenu comme s'il y avait un délit :

### § 1 - LISTE DES QUASI-DELITS

Les hypothèses signalées par ces textes sont les suivantes :

- 1/ Le juge qui fait le procès sien :  
 ("*judex qui litem suam facit*")

Cette expression, consacrée en droit romain par un vieil usage, ne fait pas état des agissements répréhensibles du juge, mais du résultat de ces agissements : le juge qui fait le procès sien, cela signifie : le juge qui se met un procès sur les bras parce qu'il a manqué à ses devoirs.

C'est le cas du juge qui, sans excuse légitime, ne vient pas siéger le jour convenu. C'est surtout le cas du juge qui rend un mauvais jugement soit consciemment, soit par impéritie : c'est ce que certains textes désignent sous le nom d'"*injuria judicis*". En vertu des dispositions de l'édit, le plaideur victime de l'injustice du juge pouvait intenter contre lui une action *in factum*, tendant à lui faire payer une peine pécuniaire, estimée en équité (*in bonum et aequum*), plus ou moins forte selon que l'on reprochait au juge une iniquité volontaire (*dolo malo*), ou une simple négligence (*culpa*).

2/ Les faits prévus par le préteur dans l'édit "*De effusis et dejectis*" et dans l'édit "*De suspensis et positis*" (deux règlements de volrie édictés par le préteur).:

a) Le préteur s'était occupé de l'hypothèse où des corps solides ou liquides, en tombant d'une maison dans la rue, tuaient ou blessaient un homme ou un animal (édit "*De effusis et dejectis*").

Si un homme libre était tué, une peine fixe de 50.000 sesterces pouvait être réclamée, au moyen d'une action populaire, par le premier venu qui voulait bien se charger du procès.

Si un homme libre était blessé, si un esclave ou un animal étaient blessés ou tués, il y avait une peine pécuniaire au double du préjudice : cette indemnité était réclamée par la victime du dommage, au moyen d'une action prétorienne, *in factum, in bonum et aequum concepta*.

Ces actions étaient données par le préteur contre la personne qui habite l'immeuble du haut duquel a été jeté l'objet, sans s'occuper de savoir si cette personne avait elle-même jeté l'objet.

b) Le préteur prévoyait une peine fixe de 10.000 sesterces contre celui qui occupe une maison ou un appartement où sont posés ou suspendus (édit "*De positis et suspensis*") des objets dans des conditions telles qu'ils risquent de tomber sur les passants. Cette peine pouvait être réclamée au moyen d'une action populaire, par le premier venu, sans s'occuper de savoir si elle en était propriétaire, ni même si elle l'habitait effectivement (ceci à la différence de l'édit précédent qui ne visé que l'*habitor*).

3/ Responsabilité particulière  
des *nautae*, etc .....

Nous avons vu que les bateliers, les aubergistes, les loueurs d'écuries, étaient responsables contractuellement, en vertu du *receptum*, de la disparition des choses apportées par leurs clients. D'autre part, ceux-ci,

en cas de vol ou de *damnum* commis par des préposés, pouvaient selon les règles du droit commun, intenter l'action *furti* ou l'action *legis Aquiliae* contre les délinquants : mais ceux-ci étaient trop souvent insolvables. Le préteur prit une mesure très avantageuse pour les clients : la *poena* due en raison du délit peut être réclamée au maître de l'établissement, responsable du délit, bien qu'il ne l'ait pas lui-même commis, ni comme auteur, ni même comme complice : il répond des délits commis par ses préposés, esclaves ou hommes libres.

4/ A ces trois hypothèses il convient certainement d'en ajouter une quatrième, tout à fait comparable à celle de l'édit *de effusis et dejectis* : c'est celle qui résulte de l'édit *de feris*, inséré dans l'édit des édiles curules. Ces magistrats avaient prévu l'hypothèse de l'accident causé dans la rue par une bête féroce ou un chien : on pouvait réclamer de celui qui avait laissé divaguer l'animal une peine de 200.000 sesterces en cas de mort d'un homme libre (action populaire), une peine arbitraire *in bonum et aequum* (comme en cas d'*injuria*) s'il y avait blessures, et une peine du double du préjudice en cas de dommage matériel.

## § 2 - DEFINITION DU QUASI-DELIT

La liste des quasi-délits est-elle beaucoup plus longue ? Quelles sont les situations qui peuvent entrer dans cette catégorie ? Tout dépend de la définition que l'on en donne.

Ce sont des faits illicites : ils s'opposent en cela aux quasi-contrats.

Mais il est bien difficile de trouver le criterium qui permette de les distinguer des délits privés.

### 1ère explication :

Le droit romain englobe sous le nom de quasi-délits des cas de responsabilité pénale pour le fait d'autrui, ne reconnaissant une véritable obligation délictuelle qu'à la charge de ceux qui sont auteurs du délit.

Ce criterium peut rendre compte des hypothèses 2, 3 et 4, mais cesse d'être exact quand il s'agit du "*judex*" qui a mal jugé.

### 2ème explication :

Il n'y a délit à proprement parler que là où l'on trouve une intention mauvaise. Les faits que l'on punit alors qu'on ne reproche à leur auteur qu'une simple faute ne sont pas des délits, mais des quasi-délits.

- C'est bien ainsi que Justinien semble entendre les choses : dans le cas du *judex*, dit-il, il y a quasi-délit parce qu'on le punit alors même qu'on ne lui reproche qu'une "*imprudentia*". Et Justinien s'efforce de trouver une faute dans le cas des bateliers, aubergistes, etc. : ils sont fautifs d'avoir choisi de mauvais préposés (*culpa in eligendo*).

C'est encore de cette façon que notre droit moderne oppose les délits aux quasi-délits.

Mais cette conception, non seulement ne peut pas être classique, mais n'est pas même conforme à l'état du droit au temps de Justinien : le *damnum* est punissable alors que son auteur n'a commis qu'une simple faute légère; or Justinien n'a jamais songé à dire que le délit de la loi *Aquila* était un quasi-délit !

. 3ème explication :

Le mot *delictum* ne s'employait à l'époque classique que pour désigner les délits prévus par le *jus civile* : les faits répréhensibles punis par le préteur n'étaient pas à proprement parler des délits.

A l'appui de cette explication, on peut faire remarquer que toutes les obligations quasi-délictuelles que nous avons signalées sont sanctionnées par des actions prétoriennes ou édilitiennes.

Mais si cette explication était exacte, tous les délits prétoriens seraient des quasi-délits : or il n'y a pas un texte qui autorise une telle extension. Pas un texte ne permet de classer par exemple le *dol* ou la *rapina* parmi les quasi-délits.

Les actions prétoriennes que l'on rencontre en matière de quasi-délits présentent certaines particularités : comme les actions pénales, elles sont intransmissibles passivement, mais elles ne se donnent pas *normaliter* (sauf, semble-t-il, l'*actio furti* contre les *nautae*) - et pas davantage de *peculio*.

Il est possible que Gaius, dès l'époque classique, ait constaté, très innocemment, que pour certains délits prétoriens, la sanction obéissait à des règles spéciales.

Les juristes de basse-époque, pour qui l'opposition entre *dolus* et *culpa* était devenue la clef du droit, ont introduit la notion de *culpa* comme criterium caractéristique de cette catégorie de faits illicites, sans s'apercevoir qu'ils continuaient à ranger parmi les vrais délits des faits du même genre, comme le *damnum*.

La notion de quasi-délit, telle qu'on la trouve dans la Compilation, est imprécise et au surplus inutile : en prenant la précaution de signaler que certains délits prétoriens obéissent à des règles particulières, on aurait très bien pu se passer de cette catégorie mal venue des quasi-délits (1).

---

(1) CHASTAIGNET : thèse "La notion de quasi-délit", Bordeaux 1927, pp. 9 à 99.

Il semble bien qu'il s'agisse d'une fausse fenêtre, construite pour porter à quatre le nombre des sources d'obligations. On remarque que Justinien a tenu à avoir quatre sortes de contrats, quatre contrats *consensu*, et il signale quatre quasi-contrats alors qu'il serait facile d'en trouver d'autres (par exemple l'action prétorienne contre le publicain qui s'est emparé abusivement d'une chose d'un contribuable : D. 39.4.1 pr).

•••••

o



## DEUXIEME PARTIE DU COURS

### LES EFFETS DES OBLIGATIONS

°°° L'obligation a pour effet de contraindre le débiteur à fournir la prestation convenue. L'exercice de cette contrainte soulève de nombreux problèmes que nous grouperons sous deux titres : I/ L'inexécution des obligations; II/ Personnes à l'égard desquelles les obligations produisent leurs effets.

### TITRE PREMIER

#### L'INEXECUTION DES OBLIGATIONS

#### CHAPITRE I - LES OBLIGATIONS NATURELLES

Si le débiteur n'exécute pas, le créancier dispose d'une sanction : l'action en justice. Il semble qu'on ne devrait pas pouvoir parler d'obligation là où cette contrainte fait défaut. Le droit romain est cependant parvenu à admettre l'existence d'obligations dans des hypothèses où le créancier ne peut pas exiger l'exécution par voie d'action : ce sont les obligations naturelles.

Il est assez fréquent de trouver chez les civilistes modernes une certaine hostilité à leur égard; le Code Civil allemand de 1900 n'en parle plus. Notre Code Civil en tient compte (art. 1235) sans d'ailleurs les définir, silence que l'on interprète comme un renvoi au droit romain.

En droit romain les obligations naturelles ont fini par occuper une place importante, beaucoup plus large que celle qu'elle peut avoir dans nos législations modernes : le droit romain avait une technique bien plus rigoureuse que la nôtre et bien souvent les exigences de cette technique aboutissaient à priver de sanction des rapports de droit dont nos législations modernes n'hésitent pas à reconnaître la pleine validité. Les incapacités étaient en droit romain bien plus nombreuses que de nos jours : In-

capacité des esclaves, des personnes en puissance. La notion d'obligation naturelle permit aux romains de donner un semblant de validité à des obligations que les rigueurs du droit privaient de sanction.

L'étude des obligations naturelles en droit romain a donné lieu à une abondante littérature : les travaux les plus récents marquent une réaction contre les abus de la critique des textes : BURDESE : "*La nozione classica di naturalis obligatio*", 1956; C.I. GAUDEMET : "*Labeo*", 1956, pp. 111 sq.; C.I. J.P. LEVY : "*Iura*", 1956, pp. 176 sq.; LONGO : "*Ricerche sull'obbligazione naturale*", 1962; CORNIOLEY : "Essai sur l'origine et l'évolution de la notion de *naturalis obligatio* en droit romain", Genève 1964; DI-DIER : "Evolution des notions de biens naturels ...", thèse Paris 1967, fournit la bibliographie.

## § 1 - ORIGINE ET HISTOIRE DES OBLIGATIONS NATURELLES

C'est une question très discutée : une chose est certaine, la notion d'obligation naturelle était inconnue de l'ancien droit romain : là où le créancier n'a pas d'action, il n'y a pas d'obligation : l'idée qu'il puisse exister des obligations démunies d'actions n'est apparue qu'à une époque plus ou moins tardive.

Dans la Compilation de Justinien, elles occupent une place assez importante et s'insèrent dans la doctrine du droit naturel. A côté du droit de création humaine existe un droit qu'enseigne la nature : les obligations naturelles sont celles que les rigueurs artificielles du droit privent de sanction, mais qu'un sentiment d'équité naturelle nous incite à prendre en considération. C'est une notion imprégnée de considérations morales et qui est susceptible de recevoir des applications multiples.

La jurisprudence classique avait-elle déjà envisagé les choses de cette façon ? - Les spéculations philosophiques sur le droit naturel ne paraissent pas avoir retenu l'attention des jurisconsultes : de sorte que beaucoup d'auteurs modernes attribuent entièrement au droit de la basse-époque la théorie des obligations naturelles, et déclarent interpolés tous les textes où se rencontrent les expressions *naturalis obligatio* ou *natura debere*. Cette façon de dénoncer des interpolations en partant d'une idée préconçue et en soi condamnable. Au surplus les Institutes de Gaius (III.119 a) parlent expressément d'obligation naturelle à propos de la dette contractée par un esclave, et c'est un texte que les compilateurs n'ont pas pu interpoler (1).

---

(1) Cf. BURDESE (op. cit.), la réfutation du système de SIBER qui soutient qu'à l'époque classique ce qu'on appelle "obligations naturelles" sont des obligations *juris gentium* (donc sanctionnées par des actions) et considère comme interpolés tous les textes qui parlent d'obligations naturelles dépourvues d'action. Ce sont en réalité les byzantins qui ont assimilé les obligations naturelles aux obligations du *jus gentium*.

## Les obligations des esclaves :

C'est dans le domaine particulier des obligations serviles que la notion d'obligation naturelle a fait son apparition et nous pouvons même déterminer vers quelle époque la jurisprudence a commencé à l'employer. Les jurisconsultes ont eu à donner leur opinion sur la situation suivante : un maître affranchit son esclave par testament et lui lègue tout ce qu'il lui doit d'après les comptes tenus en famille : "*quod in tabulis debeo*". A l'époque de Cicéron (3<sup>e</sup> s. av. J.C.) Servius Sulpicius, consulté sur une affaire de ce genre, répondit que le legs était nul, faute d'objet, la dette du maître à l'égard de son esclave n'ayant aucune existence juridique. Javolenus (fin du 1<sup>o</sup> et début du 2<sup>o</sup> s. ap. J.C.), interrogé sur la même difficulté, répondit que le legs était valable : on doit considérer, dit-il, que l'intention du testateur a été de léguer, non une dette civile, mais "*naturale delitum*". La notion d'obligation naturelle est entrée dans la jurisprudence entre Servius, qui l'ignore, et Javolenus qui l'invoque pour valider un legs de dettes (D. 35.1-40.3).

Elle a d'abord été admise pour donner certains effets, non pas aux créances de l'esclave envers son maître, comme le fait Javolenus, mais aux dettes contractées par des esclaves envers des *extranei*.

Ces dettes avaient été prises en considération par le préteur : l'édit permettait au créancier dans certains cas et dans une certaine mesure, d'exercer contre le maître une action prétorienne, notamment l'action *de peculio* (quand l'esclave avait un pécule). Tout en restant dans le cadre que le préteur avait envisagé, les jurisconsultes sont allés plus loin : ils ont reconnu aux dettes de l'esclave une certaine existence, comme dettes "naturelles", à l'égard de l'esclave lui-même : contre lui il n'y a aucune action possible, mais cette idée va permettre d'obtenir divers effets : validité de la *fidejussio* qui garantit ces dettes, refus de l'action en restitution de l'indu (*soluti retentio*) si elles ont été exécutées. Telle est la doctrine qu'exprime Julien (D. 46. 1.16.3 et 4) : les compilateurs ont retrouvé ce texte, pour qu'il puisse concerner toutes les obligations naturelles en général : mais Julien n'avait parlé en réalité que des dettes d'esclaves (reconstitution très vraisemblable de ce texte par Gradenwitz - contra, mais peu convainquant Cornoley).

Que représentait cette notion d'obligation naturelle pour Julien ou pour Gaius ? - Ils ne font aucun rapprochement avec la doctrine philosophique du droit naturel : pour eux les mots *natura*, *naturalis* ont le sens qu'on leur donne quand on parle de "*natura rerum*"; cela signifie : ce qui est dans la nature des choses. Les obligations naturelles, ce sont des obligations qui, en fait, présentent tous les éléments d'une source d'obligation normalement reconnue par le droit : les esclaves ont contracté des dettes en se servant des contrats du droit romain. Dans certains cas le préteur valide cette dette, en la personne du maître : les jurisconsultes y voient une dette naturelle. Comme le dit Julien (texte ci-dessus), il existe, à la charge des esclaves, une obligation naturelle, non seulement quand une action prétorienne existe, de leur chef, contre le maître, mais

même si elle ne produit d'autre effet que la *soluti retentio*. L'obligation naturelle de l'esclave ne se caractérise donc pas par le défaut d'action : il peut arriver qu'une action soit donnée contre le maître.

Tel a été le point de départ de la jurisprudence. Ce qu'on avait admis dans le cas de l'esclave débiteur d'un *extraneus* a été très rapidement étendu aux dettes et créances entre l'esclave et son maître (extension réalisée dès avant Julien, par Javolenus, dans le cas du legs de dettes). Un peu plus tard, on valida, comme naturelles, les dettes et créances entre les membres d'un même *domus* (entre frères : cf. la célèbre loi *frater*, d'African (disciple de Julien) :D. 12.6.38). L'extension aux créances de l'esclave envers des *extranei* a dû présenter plus de difficultés, la situation ne trouvant plus aucun support dans l'édit, ni du côté de l'action *de peculio*, ni du côté de la *retentio ex peculio*.

La notion d'obligation naturelle, chez les juristes du I<sup>o</sup> s. et du début du II<sup>o</sup>, est un procédé auquel ils recouraient pour mettre sur pied quelques solutions pratiques, dans le cercle des créances et des dettes intéressant des *alieni juris* (esclaves et fils de famille).

. Divers cas  
de "soluti retentio" :

Sans parler d'obligations naturelles, les juristes ont constaté que dans certaines hypothèses où l'on ne pouvait pas contraindre le débiteur à exécuter, celui-ci ne pouvait pas revenir sur le paiement qu'il faisait spontanément. Ce sont des cas où il y a "*soluti retentio*" = le créancier conserve ce qui a été payé. Sénèque ("*De beneficiis*" 6.4.7) fait allusion à des situations de ce genre : certaines choses, dit-il, sont dues sans qu'on puisse les exiger (*debentur sed non exiguntur*).

Le cas le plus typique est celui du fils de famille qui emprunte contrairement aux dispositions du S.C. macédonien : le créancier ne peut pas le contraindre à rembourser, car, à l'action du créancier, le fils de famille peut opposer l'exception tirée du sénatus-consulte. Mais si le fils de famille paie, aucun recours ne lui est donné pour revenir sur ce paiement : la *condictio indebiti* lui est refusée. Pour justifier cette solution, les classiques ne faisaient pas intervenir l'idée d'obligation naturelle : la solution leur paraissait simplement résulter de l'esprit du sénatus-consulte, qui entendait punir les usuriers sans vouloir cependant favoriser les fils de famille (ULP. : 14.6.9.4) : les fils de famille sont libérés "*ob poenam creditorum*", mais "*non ... exonerare eos lex voluit*".

. L'obligation des pupilles :

Les juristes classiques ont-ils trouvé d'autres applications de la notion d'obligations naturelles ? - La question se pose notamment pour les dettes contractées par un pupille sans l'*auctoritas* de son tuteur.

Gaius (III.119.176) les considère comme nulles : deux textes du Digeste précisent qu'elles ne constituent même pas des obligations naturelles (1). Par contre plusieurs autres textes affirment que ce sont des obligations naturelles (2). Pour compliquer encore le problème, Ulpien (D. 26.8.5 pr) nous apprend qu'en vertu d'un rescrit d'Antonin le Pieux le pupille pouvait être poursuivi en justice et contraint de payer la dette jusqu'à concurrence de son enrichissement, et Ulpien qualifie d'obligation naturelle cette dette dont on peut exiger l'exécution.

De nombreux systèmes ont été imaginés pour essayer d'expliquer ces embarrassantes contradictions, en suspectant d'interpolation quantité de textes (3). Mais de quel côté se trouvent-elles ? doit-on déclarer interpolés les textes qui nient l'existence d'une obligation naturelle (Burdese) ou au contraire ceux qui l'affirment (majorité des auteurs) ?

- Il est probablement vain de vouloir mettre, coûte que coûte, les textes d'accord entre eux, pour arriver à une solution uniforme, dite classique : sans nier la possibilité d'interpolations, il faut envisager aussi celle d'une évolution de la jurisprudence et plus encore celle d'une divergence d'opinions entre les juristes. Si nous admettons que certains d'entre eux ont parlé à propos du pupille, d'une obligation naturelle, nous devons alors admettre aussi qu'ils se faisaient de cette notion une idée bien différente de celle que nous avons trouvée à l'origine, chez Julien par exemple : l'obligation naturelle du pupille se fonde sur une idée d'équité naturelle, c'est un "*vinculum aequitatis*", comme le dit Papinien (D. 46.3-95.4).

#### Droit de la basse-époque :

1/ Cette conception qui paraît déjà accueillie par quelques classiques, finira par triompher : dans le droit de la basse-époque, les obligations naturelles se rattachent au *jus naturale*, le droit naturel que Justinien considère comme une source du droit, qui s'oppose au *jus civile* (pris dans le sens de droit positif, civil ou prétorien) : D. 1.1.1.2 et I.J. : 1.2 pr).

- 
- (1) NERUTIUS (contemporain de JULIEN) : D. 12.6.41 (stipulation); LICINIUS RUFUS (contemporain de PAUL) : D. 44.7.58 (*mutuum*).
  - (2) En tout sept textes : par ordre chronologique : POMPONIUS, D. 12.4-42 pr (fidéjusseur tenu); MECIEN, D. 36.1.66 (*soluti retentio*); PAPINIEN, D. 36.2-25.1 et 46.3-95.4 (fidéjusseur); PAUL, D. 35.2.21. pr (*soluti retentio*); ULPIEN, D. 26.8.5 pr (rescrit d'Antonin); ULPIEN D. 46.2.1 pr (novation).
  - (3) DIDIER, th. p. 5 n. 2, fournit le tableau de ces doctrines divergentes. Ajoutons : THOMAS : "*Naturalis obligatio pupilli*" in "*Festgabe von Lübtow*", Berlin 1970, pp. 457 sq.

- 2/ Fondée sur le droit naturel, cette notion devint susceptible de recevoir de nombreuses applications : par l'interpolation, on l'invoque pour justifier la *soluti retentio* admise à l'époque classique dans certains cas.
- 3/ Des cas d'obligations naturelles inconnus des classiques sont introduits dans les textes.
- 4/ Divers devoirs moraux sont érigés en obligations naturelles.
- 5/ Les compilateurs se sont efforcés de construire un système cohérent : à l'époque classique, les obligations naturelles produisent des effets variables selon les cas. Dans le droit de Justinien, elles produisent toutes à peu près les mêmes effets, assez étendus et dont le plus caractéristique est de pouvoir donner lieu à un paiement valable (*soluti retentio*).

## § 2 - LES PRINCIPAUX CAS D'OBLIGATIONS NATURELLES

A l'époque classique, les obligations naturelles ne découlent pas de sources particulières : les mêmes actes juridiques, les mêmes faits peuvent, selon les circonstances, produire une obligation civile ou une obligation simplement naturelle. Une obligation peut être naturelle pour des raisons qui se manifestent au moment de sa naissance; d'autre part, une obligation qui a d'abord été civile peut devenir naturelle par suite d'événements qui la privent de sa sanction. Enfin au Bas-Empire, certains devoirs moraux furent érigés en obligations naturelles.

### A/ Obligations naturelles "*ab initio*" (obligations mal nées) :

D'abord parce que le débiteur est un incapable.

- 1) Obligations contractées par l'esclave à son profit, en vertu de contrats ou de quasi-contrats entre l'esclave et des tiers, entre l'esclave et son propre maître, ou des personnes de la même *domus* que lui.

L'esclave, devenu libre par l'affranchissement, fait un paiement valable, s'il exécute les obligations qu'il a contractées au temps de son esclavage.

Il n'est pas question d'obligation naturelle, mais bien d'une obligation civile, lorsqu'un esclave commet un délit : l'action noxale exis-

te contre son maître, et s'il est affranchi, l'action pénale ordinaire peut être intentée contre lui. Existe-t-il une obligation naturelle au profit de l'esclave victime d'un délit ? - Le droit de la basse époque l'admet (dans le cas d'*injuria* faite à un esclave), mais cette solution ne paraît pas être classique.

- 2) Obligations contractées entre des personnes soumises à la même puissance paternelle : par exemple entre frères.
- 3) *Mutuum* contracté par un fils de famille contrairement au S.C. macédonien : considéré comme un cas d'obligation naturelle par les Compilateurs.
- 4) Obligation contractée par un pupille sans l'*auctoritas* de son tuteur. Les textes conservés au Digeste se contredisent : la solution adoptée par les compilateurs paraît être celle-ci : le pupille peut être poursuivi en exécution de sa dette jusqu'à concurrence de son enrichissement (D. 26.8.5 pr) : pour le surplus, il n'existe à sa charge qu'une obligation naturelle, signalée par plusieurs textes et par la Paraphrase des Institutes (Théophile cd. Ferrini 346).

Le Digeste admet la validité du cautionnement qui garantit les obligations contractées par un fou ou un prodigue (D. 46.1.25 Itp.). Le cas de la femme majeure et *sui juris* qui contracte sans son tuteur a disparu au Bas-Empire, avec la tutelle des femmes.

- 5) Les actes nuls pour vice de forme peuvent-ils faire naître une obligation naturelle ?

- Tout contrat nul pour vice de forme contient un accord de volonté : il peut valoir comme pacte nu. Le pacte nu ne fait naître aucune action, mais en résulte-t-il au moins une obligation naturelle ? - Nos vieux commentateurs l'admettaient volontiers. En réalité cette solution ne figure pas dans la Compilation, sauf dans quelques cas particuliers : ainsi dans le droit de Justinien, le pacte d'intérêt joint au *mutuum* produit une obligation naturelle, et peut ainsi servir de soutien aux garanties offertes par le débiteur (D. 46.3.5.2). Par contre, la stipulation nulle pour vice de forme (quand par exemple le débiteur répond par un signe de tête) ne produit pas même une obligation naturelle, encore au temps de Justinien (45.1-1.2). Le pacte de liberté par lequel un esclave promet une somme d'argent à son maître pour obtenir la liberté peut faire l'objet d'une *expromissio* (D. 16.1-13 pr).

B/ Obligations qui deviennent naturelles  
(obligations désignées) : .....

- 1) La *capitis deminutio* du débiteur, s'il s'agit de dettes contractuelles, libère le débiteur *jure civili*, mais laisse subsister une obligation

naturelle (au moins dans le droit de Justinien : 4.5.2.2 itp) - distincte de l'obligation que le droit prétorien met à la charge de celui qui recueille le patrimoine du *capite minutus*.

2) Le mineur de 25 ans qui a obtenu la *restitutio in integrum* reste encore tenu d'une obligation naturelle.

3) Par contre la *litis contestatio*, le jugement inique d'absolution, la prescription, qui enlèvent au créancier le droit d'agir, ne lui laissent à l'époque classique, pas même une créance naturelle. Il en est encore de même dans le droit de Justinien, sauf dans le cas du jugement inique d'absolution : le débiteur peut encore en ce cas faire un paiement valable (D. 12.6-60).

C/ L'accomplissement de certains devoirs moraux  
ou d'affection:=====

basés sur l'idée de "*pietas*" (reconnaissance) est considérée, dans le droit de Justinien, comme l'exécution d'obligations naturelles.

C'est par exemple une personne qui fournit des aliments à un parent envers lequel elle n'est astreinte à aucune obligation alimentaire (D. 3.5.33), c'est aussi le cas de la mère qui dote sa fille (D. 12.6.32.3) ou du donataire qui, par reconnaissance, rend des services à son donateur (C. 8.55.10 pr de 530).

Ces solutions sont byzantines : il semble par contre que, dès l'époque classique, on ait vu une obligation naturelle dans le cas de l'affranchi qui, sans les avoir promises à son patron, exécute à son profit des journées de travail (*operæ*).

§ 3 - EFFET DES OBLIGATIONS NATURELLES

1/ L'obligation naturelle peut donner lieu à un paiement valable : si le débiteur paie, il paie ce qu'il doit et ne peut pas demander restitution : la *condictio indebiti* lui est refusée, même s'il a payé par erreur, se croyant tenu d'une obligation civile. Il importe de remarquer qu'il en est autrement en droit français (art. 1235 C.C.) : "La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées". Actuellement, l'obligation naturelle ne produit d'effets que par la volonté du débiteur qui, en connaissance de cause, la reconnaît. Cette solution rapproche les obligations naturelles des obligations annulables, et leur enlève beaucoup de leur intérêt pratique : elle provient de Pothier et manifeste bien la tendance moderne à restreindre l'importance des obligations naturelles.



- 2/ L'obligation naturelle peut être valablement garantie par des cautions ou des sûretés réelles : la garantie peut avoir une efficacité civile, donner lieu à des actions.
- 3/ L'obligation naturelle peut faire l'objet d'un pacte de constitut d'où naîtra l'action *de pecunia constituta* : solution introduite au Digeste par interpolation.
- 4/ L'obligation naturelle peut faire l'objet d'une novation : on peut transformer une obligation naturelle en obligation civile au moyen d'une stipulation novatoire.
- 5/ L'obligation naturelle peut-elle être opposée en compensation ? - Ce serait une façon détournée d'obtenir l'exécution forcée d'une obligation naturelle. Notre droit moderne, pour la compensation, exige que la dette soit exigible (art. 1291 C.C.), ce qui exclut les obligations naturelles. En droit romain, la question est très discutée. Un texte d'Ulpien admet la possibilité d'opposer une obligation naturelle en compensation (D. 16.2.6). Mais ce texte provient d'un développement relatif à la société : Ulpien s'occupait sans doute d'un cas particulier, comparable à celui qui est étudié par Paul (ht. 9 pr) : Ulpien parlait probablement d'une société formée avec un esclave; et l'on conçoit qu'entre associés la compensation doive toujours s'opérer, même si l'un des associés est esclave. Justinien a-t-il voulu donner à cette solution particulière une portée générale ? - La façon dont le texte d'Ulpien est cité au Digeste semble assez l'indiquer. Mais il peut paraître incroyable que Justinien ait reconnu un tel effet à toutes les obligations naturelles.

## CHAPITRE II : LA FRAUDE A L'EGARD DES CREANCIERS

(LA *FRAUS CREDITORUM* ET L'ACTION PAULIENNE)

. Raison d'être  
de cette institution :

Si nous mettons à part le cas très spécial des obligations naturelles, le créancier, en cas d'inexécution, exerce une action en justice : cette action lui procure une somme d'argent. A l'époque ancienne, le débiteur qui ne payait pas la somme à laquelle il avait été condamné s'exposait à subir les rigueurs de la *manu injectio iudicati*. Cette procédure énergique

tomba en désuétude : l'exécution des jugements, à l'époque classique, était assurée par une contrainte par corps, moins sévère que la *manus iniectio* et surtout par une procédure d'exécution sur les biens : la *venditio bonorum*.

Avec la *venditio bonorum* ce n'est plus le corps, mais le patrimoine du débiteur qui répond de la dette : l'efficacité de cette procédure dépend de la consistance du patrimoine que l'on saisit. On conçoit dès lors tout l'intérêt que présente pour les créanciers la conservation des biens dans le patrimoine du débiteur.

Or, à partir du moment où le débiteur insolvable n'a plus à craindre de mauvais traitements, la tentation devient grande pour lui de vider son patrimoine de toute sa substance, quand il sait que d'un moment à l'autre les créanciers vont le saisir. Le débiteur, qui se sait en dessous de ses affaires, peut être tenté de préférer ses amis à ses créanciers : il se met à faire des cadeaux importants. Ou bien il vend ses biens à vil prix pour se procurer de l'argent liquide; il nourrit l'espoir chimérique de rétablir sa situation en aventurant cet argent dans quelque opération scabreuse, ou plus simplement, il désire mener quelque temps encore une vie large, avant d'être tout à fait ruiné.

En principe, le débiteur est libre de faire sur son patrimoine tous les actes juridiques qu'il veut; le fait d'être débiteur n'entraîne aucune incapacité patrimoniale : les créanciers font confiance à leur débiteur et doivent supporter les conséquences des actes juridiques qu'il accomplit sur ses biens. Mais il serait inadmissible que le débiteur puisse abuser de la liberté d'action dont il jouit pour accomplir, en connaissance de cause, des actes d'appauvrissement qui frustrent ses créanciers. Lorsqu'il y a fraude à l'égard des créanciers - *fraus creditorum* - le droit vient à leur secours en leur permettant d'attaquer les actes qui leur nuisent.

Le mot *fraus* présente bien des sens : dans les textes les plus anciens, *fraus* signifie dommage-peine (*fraus capitalis* = peine de mort), puis par une métonymie fréquente, il prit le sens de délit entraînant une peine. A l'époque classique on l'emploie pour désigner une sorte de dol (*fraus legis* = façon de tourner la loi tout en respectant la lettre). Dans l'édit du préteur nous trouvons deux dispositions qui concernent, sous le nom de *fraus*, des actes accomplis en vue de frustrer certaines personnes de droits qu'elles auront éventuellement à exercer : le préteur prévoyait la *fraus creditorum*, mais aussi la *fraus patroni*. Cette dernière concerne l'hypothèse de l'affranchi qui dispose frauduleusement de ses biens pour rendre illusoire les droits de son patron sur sa succession.

La *fraus patroni* - institution qui se rattache à une organisation sociale propre aux romains - ne présente qu'un intérêt historique. La *fraus creditorum* au contraire est une institution qui, après une longue éclipse, est passée du droit romain en droit moderne.

Dans notre ancien droit, tout créancier muni d'un titre exécutoire, notarié, bénéficiait d'une hypothèque légale : ayant ainsi un droit de suite, la plupart des créanciers n'avaient pas besoin de demander la révoca-

tion des aliénations frauduleuses d'immeubles. Or c'étaient là les cas les plus importants de fraude : c'est pourquoi on ne trouve pas chez Pothier de développements relatifs à la fraude à l'égard des créanciers.

Mais l'hypothèque générale qui s'attachait autrefois aux actes notariés ayant été supprimée sous la Révolution, la question reprit toute son importance : le Code Civil trouva bon de faire revivre l'institution romaine et l'action en révocation prévue par l'art. 1167 du C.C. porte encore actuellement le nom d'action Paulienne, nom sous lequel cette action est désignée au Digeste.

### § 1 - ORIGINE ET HISTOIRE DES MESURES RELATIVES A LA *FRAUS CREDITORUM*

#### . Origine :

Le préteur, après avoir créé la procédure de la *Venditio bonorum* (au plus tard en 118 av. J.C.), ne tarda pas à constater qu'il était nécessaire de compléter cette institution en prévoyant en faveur des créanciers des mesures susceptibles de les protéger contre les actes frauduleux. Des mesures prétoriennees concernant la *fraus creditorum* existaient déjà à l'époque de Cicéron ("*Ad Atticum*" 6.4.4).

Quelles étaient ces mesures ?

#### . Le Digeste ne fait pas connaître l'état du droit classique :

Dans la Compilation de Justinien, il n'est question que d'une action, dite Paulienne, que les créanciers peuvent exercer pour obtenir la révocation des actes frauduleux accomplis par le débiteur.

Mais si l'on examine les textes du Digeste sur la matière, on peut constater qu'ils proviennent de commentaires composés par les jurisconsultes sur l'Édit Perpétuel; ces textes proviennent de commentaires sur les dispositions de l'édit relatives soit aux interdits, soit aux *restitutiones in integrum*.

En matière de *fraus creditorum* il y avait donc à l'époque classique un Interdit fraudatoire, une *restitutio in integrum ob fraudem*, peut-être même une exception de fraude. Enfin, si l'on en croit les textes du Digeste, il y aurait eu, pour compléter cet édifice compliqué, une action révocatoire.

Il est évident qu'en cette matière, les compilateurs ont apporté de graves modifications : ils ont fait disparaître l'Interdit et la res-

*titutio in integrum*, interpolant les textes qui en parlaient, de façon à les faire passer au compte de l'action révocatoire, devenue au temps de Justinien le seul recours offert aux créanciers.

Quel était à l'époque classique le rôle respectif des différentes voies de droit prévues par le préteur en cette matière ? Les textes qui pourraient nous renseigner sont tellement interpolés qu'il est difficile - Cuq dit même impossible - de reconstituer l'état du droit classique.

. Hypothèse de Girard :

Selon Girard, le préteur aurait pris en matière de *fraus creditorum* des mesures comparables à celles qu'il avait introduites en matière de dol et de violence : la *fraus creditorum* serait un délict prétorien, puni par le préteur au moyen d'une action *in factum*, pénale : l'action Paulienne. Cette action, comme l'action *metus*, permettait d'atteindre non seulement l'auteur du délit, mais ceux qui en avaient profité; comme l'action de dol, elle était au simple du préjudice; comme les actions de dol et de violence, elle était arbitraire; elle permettait ainsi d'obtenir restitution des choses aliénées frauduleusement. Pour compléter cette mesure, le préteur aurait ajouté ici, comme en matière de dol et de violence, des "moyens auxiliaires" de moindre importance : une exception et une *restitutio in integrum* et même un interdit que l'on ne rencontre pas en matière de dol et de violence.

Cette hypothèse a conduit beaucoup d'auteurs (Girard, Cuq) à placer dans leurs manuels l'étude de la *fraus creditorum* à la suite de la violence et du dol, dans les développements consacrés aux délits prétoriens.

Or il n'est pas prouvé que la *fraus* ait été considérée comme un délit, donnant lieu à une action pénale. Girard faisait grand cas d'un argument tiré du caractère pénal des actions Fabienne et Calvisienne que l'on rencontre en matière de *fraus patroni* - question symétrique de celle de la *fraus creditorum*. Mais le caractère pénal de ces questions reste discutable (1). D'après les textes du Digeste, l'action Paulienne n'a certes pas un caractère pénal; elle est transmissible contre les héritiers et se donne, non pas *noxaliter*, mais *de peculio*, contre le , quand l'acte frauduleux est accompli par son fils (D. 42.8.12).

. Hypothèse de Solazzi :

Les patientes recherches entreprises par Solazzi (de 1904 à 1934) ont complètement renouvelé la question.

---

(1) Dans les fragments de PAUL, dits "*de formula Fabiana*" (Textes Girard, p. 458, les mots "*noxales sunt*" que l'on peut lire après un passage mutilé, ne concernent pas nécessairement les actions Fabienne et Calvisienne.

D'après cet auteur, il n'y avait pas à l'époque classique d'action *in factum* prétorienne en matière de *fraus creditorum*; l'action révocatoire que l'on trouve au Digeste a été entièrement créée par les compilateurs en fusionnant les deux seuls moyens que connaissaient les jurisconsultes classiques : la *restitutio in integrum* et l'interdit.

La *restitutio in integrum ob fraudem*, loin d'avoir un caractère accessoire et secondaire, était en réalité le moyen le plus ordinairement employé et il existait un lien étroit entre cette voie de droit et la procédure de *venditio bonorum*.

Au début de cette procédure, le magistrat rend un décret de "*missio in bona*", à la suite duquel les biens du débiteur sont confiés à un administrateur provisoire, le *curator bonorum*. Il était chargé de veiller à la conservation du patrimoine du débiteur, et par conséquent de faire rentrer dans ce patrimoine les biens qui n'auraient pas dû en sortir. C'est lui qui, dans l'intérêt collectif des créanciers, demandait la *restitutio in integrum*, c'est-à-dire la rescision des actes frauduleux.

Il importe de rappeler ici que la procédure en matière de *restitutio in integrum* comportait deux phases : l'une au rescindant, l'autre au rescisoire. Il y avait d'abord un procès, porté devant le magistrat, pour obtenir de lui un décret de restitution. A la suite de ce décret, l'acte attaqué était considéré, *jure praetorio*, comme n'ayant pas eu lieu : si par exemple il s'agit d'une aliénation, la chose est censée n'avoir pas été aliénée.

Puis il fallait tirer les conséquences de cette décision de principe et cela pouvait donner lieu à un second procès. Si par exemple l'acquéreur refusait de restituer la chose à la personne qui avait obtenu le décret de restitution, celle-ci exerçait l'action en revendication dans laquelle le juge était invité à apprécier ses droits comme si l'aliénation sujette à rescision n'avait pas eu lieu.

Dans le cas de fraude aux créanciers les choses se passaient ainsi. Le *curator bonorum* se contentait d'obtenir le décret de restitution. Cette décision de principe permettait de faire figurer dans l'inventaire des biens du débiteur les choses dont l'aliénation était rescindée. Il appartenait ensuite au *bonorum emptor* de tirer les conclusions pratiques du décret de *restitutio* : s'il rencontrait quelque résistance de la part des personnes visées par le décret de restitution, il agissait contre elles au rescisoire, intentait par exemple contre elles la revendication pour se faire restituer effectivement les biens frauduleusement aliénés. Il avait un délai d'un an, après la *venditio*, pour agir.

La *restitutio in integrum* permettait donc aux créanciers de vendre plus cher le patrimoine du débiteur en y faisant figurer les biens frauduleusement aliénés et les droits frauduleusement éteints.

Quant à l'interdit fraudatoire, son rôle était de compléter la *restitutio*. Si la *venditio bonorum* ne parvient pas à désintéresser complètement les créanciers, si elle ne leur procure qu'un dividende, le dé-

biteur reste encore obligé envers eux pour la quote-part qu'ils n'ont pas obtenue. Or le débiteur, dont on a vendu en bloc tout le patrimoine, n'a plus rien à offrir à ses créanciers, à moins qu'on ne retrouve d'autres biens, notamment des biens frauduleusement aliénés et qui n'ont pas figuré dans les *venditio bonorum*.

L'Interdit permet d'atteindre des actes frauduleux que le *curator bonorum* n'a pas atteints au moyen de la *restitutio in integrum*, soit parce que la technique de la *restitutio* ne permettait pas de les atteindre, soit parce que le *curator* n'en avait pas eu connaissance.

Ce n'était pas, comme on l'a souvent prétendu, un Interdit *adipiscendae possessionis* : il ne servait pas à faire acquérir la possession, mais permettait d'atteindre toutes sortes d'actes frauduleux, non seulement des aliénations, mais des remises de dettes, ou même des faits d'appauvrissement résultant du débiteur seul (comme l'abandon, qui est un fait contre lequel la *restitutio in integrum* ne pouvait rien).

En prononçant l'Interdit, le magistrat faisait rentrer dans le patrimoine du débiteur ce qui en était frauduleusement sorti (biens aliénés ou abandonnés, créances éteintes, etc ...).

Tandis que la *restitutio in integrum* était mise en mouvement par le *curator* et profitait à tous les créanciers, l'Interdit fraudatoire pouvait être intenté individuellement, par un créancier, dans son propre intérêt, pendant l'année qui suivait la *venditio bonorum*.

Les créanciers ne pouvaient exercer l'Interdit avec succès que contre des tiers qui avaient eu connaissance de la fraude. Cependant cette condition n'était pas exigée si le tiers était un acquéreur à titre gratuit : l'Interdit était en ce cas accordé dans des termes différents, sous forme "utile".

Telles auraient été à l'époque classique les voies de droit employées en matière de *fraus creditorum*.

Le système de Solazzi s'appuie sur de très solides arguments. On peut cependant lui reprocher de ne pas expliquer de façon satisfaisante pourquoi, dans le droit de Justinien, l'action paulienne peut être intentée contre le débiteur (le *fraudator*) lui-même (42.8.25.7). Justinien n'a pas pu emprunter cette solution à la *restitutio in integrum*, ni à l'Interdit : en effet l'action paulienne contre le débiteur n'a pas pour but de faire restituer ou de rescinder : elle aboutit à une condamnation pécuniaire.

Faut-il alors admettre que l'idée d'organiser un recours contre le débiteur *fraudator* lui-même est une innovation entièrement byzantine ? cela ne paraît pas prouvé. Si cette solution doit être retenue comme classique, elle prouve l'existence d'une action, dès l'époque classique, à côté de la *restitutio* et de l'Interdit.

• Droit de la basse-époque :

Dans le courant du III<sup>e</sup> siècle de notre ère se produisit une importante modification dans la procédure d'exécution : la *venditio bonorum* fut remplacée par la *distractio bonorum*. Dans la *venditio bonorum*, le patrimoine du débiteur était vendu en bloc à un *bonorum emptor*, qui réalisait un bénéfice en revendant ensuite les biens au détail. On trouva finalement préférable de se passer des services de ce spéculateur et de faire profiter les créanciers des avantages de la vente au détail. Avec la *distractio bonorum* les biens du débiteur sont vendus les uns après les autres : c'est encore une procédure collective, en ce sens qu'elle se poursuit dans l'intérêt commun de tous les créanciers, avec un *curator*. Mais il n'y a plus de *bonorum emptor*.

Les modifications apportées à la procédure d'exécution ne pouvaient manquer d'avoir des répercussions sur les voies de droit utilisées en matière de *fraus creditorum*.

La *restitutio in integrum* tomba en désuétude : en effet, son mécanisme était intimement lié à celui de la *venditio bonorum* et supposait l'existence d'un *bonorum emptor*.

Selon Solazzi, l'interdit serait devenu à la basse-époque le procédé le plus employé. Si l'on admet l'existence d'une action dès l'époque classique, on peut supposer qu'elle a dû profiter de la décadence de la *restitutio*.

Toujours est-il que dans le droit de Justinien il n'est plus question que d'une action; la Compilation nous la présente comme étant une action *in factum*, *répéscutoire* (D. 42.8.25.1), *arbitraire*, tendant à la révocation des actes frauduleux, ou à une condamnation pécuniaire quand elle est exercée contre le débiteur *fraudator* lui-même.

Un texte du Digeste (D. 22.1.38.4) lui donne le nom d'action *paulliana*, que l'on trouve également dans des ouvrages de droit de peu postérieurs au Digeste (Paraphrase de Théophile et une Scolie de Stéphane). Cette dénomination a été imaginée tardivement. Collinet prétend même qu'elle ne figurait pas dans le texte primitif du Digeste et y aurait été ajoutée, dès l'époque de Justinien, sous forme de glose.

On s'accorde à reconnaître que cette désignation ne rappelle pas le nom d'un prêteur qui aurait introduit cette action, mais bien celui du jurisconsulte Paul, sans doute parce qu'il existe au Digeste un texte important de Paul sur la matière.

§ 2 - ETUDE DE L'ACTION PAULIENNE  
D'APRES LA COMPILATION

Les règles qui dans le droit de Justinien régissent l'action révocatoire, dite Paulienne, présentent un très grand intérêt pratique : el-

les sont presque intégralement passées dans notre droit civil actuel, à part quelques différences que nous ne manquerons pas de signaler.

### 1/ Qui peut intenter l'action ?

En droit français, l'action paulienne peut être intentée individuellement par l'un quelconque des créanciers, à son profit. Il en est autrement dans la Compilation, parce qu'il existait encore au temps de Justinien une procédure de liquidation, la *distractio bonorum*, dont on peut regretter la disparition dans notre droit moderne. Dans le droit de Justinien l'action révocatoire doit être en principe exercée par le *curator bonorum*, dans l'intérêt commun de tous les créanciers.

Cependant, s'inspirant peut-être en cela du système de l'interdit, Justinien permet à l'un des créanciers d'intenter l'action en se faisant autoriser par le magistrat : mais son initiative profite à la masse.

### 2/ Contre qui s'intente-t-elle ?

- a) L'action peut être dirigée contre le *fraudator* lui-même; elle aboutit à une condamnation pécuniaire, à des dommages-intérêts. Cette condamnation ne présente pas un bien grand intérêt pratique puisque, par hypothèse, le débiteur est insolvable.
- b) L'action s'intente ordinairement contre des tiers qui ont bénéficié de la fraude. Le cas sur lequel il est le plus facile de raisonner est celui d'une aliénation consentie frauduleusement par le débiteur : l'action paulienne s'intente en ce cas contre le tiers acquéreur. Il n'est pas nécessaire qu'il détienne encore la chose : il ne s'agit pas en effet d'une action en revendication. Lorsque la chose aliénée frauduleusement est passée successivement entre plusieurs mains, les créanciers peuvent poursuivre soit le premier acquéreur, soit les sous-acquéreurs, selon des distinctions que nous verrons plus loin (D. 42. 8.9).
- c) L'action est transmissible passivement : elle peut s'intenter contre les héritiers du débiteur ou des tiers acquéreurs, mais produit alors des effets moins complets.

### 3/ Conditions de succès :

Pour que les créanciers intentent avec succès l'action paulienne, trois sortes de conditions doivent être réunies (A.B.C).



A/ Il faut un acte qui diminue le patrimoine du débiteur.

a) Un acte juridique :

L'action paulienne tend à la révocation d'actes juridiques, et non à la réparation du dommage causé par une activité non juridique. Contre un débiteur qui brûle ses meubles, tue son bétail pour nuire à ses créanciers, le droit romain reste désarmé : l'action *legis Aquiliae* ne compète pas aux créanciers. On pourrait, tout au plus, songer à l'action *doli*.

b) Cet acte doit être révocable :

Il existe en droit romain des actes irrévocables : ainsi l'acceptation d'une succession. L'affranchissement est aussi un acte irrévocable : mais s'il est frauduleux, la loi *Aelia Sentia* le frappe de nullité : les créanciers font tomber l'affranchissement frauduleux en invoquant cette loi : ils n'emploient pas l'action paulienne, qui serait inopérante en pareil cas.

c) Ce doit être un acte d'appauvrissement :

Il importe peu que ce soit un acte positif ou une abstention qui provoque l'appauvrissement : l'action est possible si le débiteur a laissé s'éteindre des droits par prescription, laissé s'établir une servitude sur son fonds, etc ...

- Le paiement d'une dette est-il un acte d'appauvrissement ?

S'il est fait avant la *missio in bona* il est inattaquable, en droit classique : mais Justinien permet de l'attaquer s'il a été fait en vue d'avantager l'un des créanciers au détriment des autres et si ce créancier était au courant de la situation. Le paiement fait après la *missio in bona* peut être attaqué parce qu'il tend à détruire l'égalité que la procédure romaine veut établir entre les créanciers.

L'action paulienne permet aux créanciers de se plaindre quand le débiteur diminue son patrimoine, mais elle ne s'applique pas quand le débiteur a négligé de s'enrichir. Rien n'oblige le débiteur à profiter des occasions qui lui permettraient d'améliorer sa situation et de payer ses dettes. Les créanciers ne peuvent pas reprocher au débiteur de n'avoir pas accepté une donation, un legs, une succession (solution différente en droit français en ce qui concerne la renonciation à une succession : en droit français, l'heritier qui a la saisine s'appauvrit en répudiant la succession).

B/ Il faut que l'acte porte préjudice aux créanciers.

Un débiteur très riche peut faire d'importantes libéralités : cela ne regarde pas ses créanciers. Ils ne peuvent se plaindre que s'il y a pour eux "*eventus damni*" : s'ils risquent de ne plus être payés.

C'est seulement à partir du moment où l'acte d'appauvrissement crée ou augmente l'insolvabilité, que l'on peut parler d'un préjudice causé aux créanciers.

En droit romain la preuve de ce préjudice est apportée par le résultat de la *distractio bonorum* : il est établi que les actes d'appauvrissement faits par le débiteur ont nul aux créanciers, quand ceux-ci ne tirent pas de la vente des biens de quoi recevoir entière satisfaction : ils cherchent alors, au moyen de l'action paulienne, à mettre la main sur des biens qu'ils n'ont pas encore vendus, parce qu'ils étaient sortis du patrimoine du débiteur.

C/ Il faut que l'acte soit frauduleux.

Que l'action paulienne soit intentée contre le débiteur lui-même ou contre des tiers, il faut que les créanciers prouvent que l'acte d'appauvrissement a été accompli par le débiteur "*fraudendi causa*", dans une intention frauduleuse.

a) En quoi consiste cette fraude ?

Il n'est pas nécessaire de prouver que le débiteur a agi dans le but précis de nuire aux créanciers : il suffit qu'il y ait chez le débiteur "*scientia*", connaissance de la situation; il suffit qu'il sache, en faisant un acte d'appauvrissement, qu'il crée ou augmente son insolvabilité.

Par contre il n'y a pas de fraude si le débiteur ignore qu'il est ruiné, au moment où il fait l'acte d'appauvrissement. Voici par exemple un armateur qui ignore que sa flotte vient de sombrer dans une mer lointaine : il se croit riche alors qu'il est ruiné. S'il fait un acte d'appauvrissement cet acte n'est pas frauduleux.

En partant du même principe, nous constatons que les créanciers ne peuvent attaquer, comme étant frauduleux à leur égard, les actes que le débiteur a accomplis avant de traiter avec eux. En faisant ces actes, le débiteur ne pouvait pas avoir l'intention de frauder des créanciers qui n'existaient pas encore à ce moment-là !

D'ailleurs quand des créanciers traitent avec un débiteur qui s'est déjà à peu près ruiné par des actes d'appauvrissement, ils ne sont pas pris au dépourvu : ils n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes s'ils ont traité avec un insolvable.

Le principe que la créance doit être antérieure à l'acte que l'on désire attaquer présente, en droit moderne, beaucoup plus d'importance qu'en droit romain. En droit romain, n'oublions pas que l'action paulienne est exercée par le *curator*, pour le compte de tous les créanciers. Si par conséquent l'acte d'appauvrissement est postérieur à l'une des créances et s'il est frauduleux à l'égard de ce seul créancier, le *curator bonorum* pourra en obtenir la révocation; or le *curator* agit pour le compte de la masse, de sorte que les autres créanciers profiteront de la révocation.

b) Ordinairement, l'action paulienne est intentée contre des tiers.

Pour exercer l'action paulienne avec succès contre un tiers, il faut dans certains cas prouver la fraude, non seulement du débiteur, mais aussi celle du tiers; dans d'autres cas il est inutile d'établir la fraude du tiers.

Le droit romain fait à cet égard une distinction très judicieuse entre l'acquéreur à titre onéreux et l'acquéreur à titre gratuit : cette distinction est passée dans notre jurisprudence française.

- Lorsque l'action est intentée contre un acquéreur à titre onéreux (un acheteur par exemple), il y a conflit entre des intérêts également respectables : le créancier et le tiers acquéreur à titre onéreux luttent l'un et l'autre pour éviter une perte "*certant de damno vitando*". Les créanciers ne triomphent d'un acquéreur de ce genre qu'en prouvant qu'il a été complice de la fraude, qu'il avait, lui aussi, connaissance de la situation (*consciis fraudis*).
- Lorsqu'au contraire l'action est intentée contre un acquéreur à titre gratuit (un donataire par exemple) le créancier lutte pour éviter une perte, tandis que le tiers acquéreur tâche de conserver un gain (*certat de lucro captando*) : ce tiers acquéreur paraît moins digne d'intérêt que le créancier - De sorte qu'ici le créancier triomphe sans avoir besoin de prouver la mauvaise foi du tiers acquéreur. Cette solution existait déjà à l'époque classique avec l'interdit utile.

L'application de ces principes est parfois assez délicate.

- Cas de la constitution de dot :

Un père de famille, qui se sait ruiné, constitue à sa fille une dot importante. Les créanciers peuvent-ils exercer l'action paulienne et à quelles conditions ?

A l'égard du mari, la dot n'est pas remise à titre gratuit, mais à titre onéreux, pour subvenir aux charges du ménage, qu'il supporte. Les créanciers ne pourront donc attaquer le mari qu'en prouvant qu'il avait connaissance de la fraude, c'est-à-dire qu'il savait, au moment de la constitution de dot, que son beau-père était ruiné.

A l'égard de la femme, la constitution de dot est un acte à titre gratuit; les créanciers peuvent donc poursuivre la femme sans avoir besoin de prouver sa mauvaise foi. Mais la femme ne reprend la dot qu'à la dissolution du mariage. Les créanciers peuvent à ce moment-là exiger que la femme leur fasse cession de l'action *rei uxoriae* en restitution de dot.

Justinien va plus loin et autorise les créanciers à poursuivre la femme pendant le mariage, pour obtenir d'elle la promesse de leur remettre la dot à la dissolution du mariage. La jurisprudence française considère toujours la constitution de dot comme un acte à titre onéreux.

- Cas d'aliénations successives :

Lorsque des créanciers attaquent un sous-acquéreur, on s'occupe, en droit romain, uniquement du caractère de ce sous-acquéreur, sans faire intervenir le caractère de son auteur.

Les créanciers triomphent du sous-acquéreur à titre onéreux à condition de prouver sa mauvaise foi. Et le fait qu'il tient la chose d'un acquéreur à titre onéreux et de bonne foi n'améliore pas sa situation, s'il est lui-même de mauvaise foi. Si le sous-acquéreur à titre onéreux est de bonne foi, il est inexpugnable : mais les créanciers peuvent alors se retourner contre le premier acquéreur, si celui-ci est de mauvaise foi, ou est acquéreur à titre gratuit.

Dans l'hypothèse d'un sous-acquéreur à titre gratuit, l'action paulienne est exercée avec succès contre lui, sans établir sa mauvaise foi - et cela même s'il tient la chose d'un acquéreur à titre onéreux et de bonne foi : solution contraire en droit français où le sous-acquéreur profite de la situation inexpugnable dont jouissait son auteur.

4/ Effet de l'action paulienne :

Dans le droit de Justinien, l'action paulienne est une action arbitraire : cela signifie que le juge donne d'abord ordre au défendeur de restituer, et c'est seulement si cet ordre n'est pas exécuté que le juge prononce une condamnation pécuniaire.

Dans certains cas la condamnation pécuniaire est la seule solution possible : ainsi, quand l'action est exercée contre le débiteur lui-même ou contre un acquéreur, qui ne détient plus la chose, parce qu'il l'a vendue à un acheteur de bonne foi (lequel est inexpugnable).

a) En quoi consistent les restitutions ?

Le défendeur doit restituer :

- . Rea : la chose même. Si l'acte attaqué est une aliénation, le juge ordonne au défendeur de restituer le propriété. Si c'est une remise frauduleuse de dettes, le juge ordonne de rétablir la créance. Si des obligations ont été contractées frauduleusement, le juge ordonne de faire une *acceptilatio* (remise de dette) etc ...
- . Cum causa : le défendeur doit restituer les fruits et produits de la chose, depuis l'acte frauduleux. Le défendeur est responsable des fruits qu'il a négligés de percevoir - mais il a droit aux impenses nécessaires.

b) La condamnation pécuniaire :

Son montant varie selon les circonstances.

- Elle constitue une réparation intégrale du préjudice subi par le créancier lorsque l'action est intentée 1° dans l'année qui suit la *distractio bonorum*; 2° contre le débiteur lui-même; 3° ou un tiers acquéreur de mauvaise foi.

Le montant de cette condamnation peut dépasser l'enrichissement que le défendeur a tiré de l'acte frauduleux.

- Mais la condamnation est limitée à l'enrichissement du défendeur. 1) quand l'action est intentée après le délai d'un an; 2) ou contre les héritiers du débiteur ou des acquéreurs; 3) ou contre des acquéreurs de bonne foi (donataires).

5/ Nature de l'action paulienne :

- On a beaucoup discuté sur le caractère pénal de cette action : la Compilation lui donne nettement un caractère répersécutoire (D. 42. 8.5 pr).

- Est-ce une action réelle ou personnelle ?

Les Institutes de Justinien (4.6.7) appliquant à l'action paulienne un texte où il était question, à l'époque classique, de l'action en revendication intentée "au rescisoire" après une *restitutio in integrum*

- lui donnent le caractère d'une action réelle. La paraphrase de Théophile se prononce dans le même sens. C'est une affirmation singulière. Cette action paraît être plutôt une action personnelle, qui peut être donnée contre quiconque profite de la fraude - comme l'action *metus*. C'est une action qui tout en étant personnelle, est "*in rem scripta*".

En droit moderne, l'action paulienne est d'une nature particulière, assez voisine de celle des actions en nullité, avec cette particularité que l'acte n'est anéanti que dans la mesure où l'exigent les intérêts des créanciers, victimes de la fraude.

o

### CHAPITRE III : LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE

#### Position du problème :

Lorsque le débiteur n'exécute pas, le créancier n'obtient pas nécessairement sa condamnation en justice : pour qu'il l'obtienne, il faut que le débiteur soit responsable du défaut d'exécution.

Ce problème de responsabilité ne se présente que dans des hypothèses assez délimitées :

- 1/ Il faut qu'on soit en présence d'une impossibilité absolue d'exécution : le débiteur qui n'exécute pas, alors qu'il pourrait le faire, est toujours responsable. Le problème se pose notamment lorsque l'objet dû vient à périr. Ainsi, l'esclave que le débiteur devait fournir est mort. La question est la même si l'esclave a été affranchi, car le débiteur se trouve encore, dans ce cas, dans l'impossibilité absolue de fournir l'esclave, qui n'existe plus en tant qu'esclave.
- 2/ Il faut par ailleurs que l'objet de l'obligation soit une chose d'espèce. Si en effet la chose due est un "*genus*", par exemple une somme d'argent, le débiteur ne peut jamais prétendre que l'exécution est impossible : pour parler d'une impossibilité absolue, il faudrait supposer que toutes les choses du même genre, toutes les pièces de monnaie, par exemple, aient disparu de la surface du globe ! C'est ce qu'exprime l'adage "*genera non pereunt*". Le débiteur d'une chose de genre est toujours responsable du défaut d'exécution.

Nous devons par conséquent supposer qu'il s'agit d'une obligation ayant pour objet une chose d'espèce, et que son exécution est devenue absolument impossible.

D'ordinaire, si l'objet dû est une chose d'espèce, sa perte libère le débiteur : à l'impossible nul n'est tenu. L'obligation s'éteint faute d'objet.

Il est cependant des cas où l'obligation survit à son objet : "*obligatio durat*" : l'action est exercée par le créancier - non certes pour contraindre le débiteur à exécuter ce qui est impossible - mais pour exiger de lui des dommages intérêts compensatoires. Il y a des cas où le débiteur est responsable de l'impossibilité d'exécution.

Théoriquement cette question de responsabilité intéresse l'exécution de toutes les obligations quelle que soit leur source. Pourquoi, dans ces conditions, donne-t-on à cette responsabilité le nom de responsabilité contractuelle ? - C'est parce qu'en fait ce problème de responsabilité pour inexécution ne peut pas se poser au sujet des obligations délictuelles : celles-ci ont toujours pour objet une somme d'argent, chose de genre. Mais il est bon de remarquer que le problème intéresse non seulement les obligations contractuelles, mais aussi les obligations quasi-contractuelles pour lesquelles une impossibilité d'exécution peut parfaitement se rencontrer.

#### • Les critères de responsabilité :

Lorsqu'il s'agit d'obligations contractuelles, les parties ont la faculté de déterminer par une clause les conditions dans lesquelles le débiteur sera responsable en cas de perte ou de détérioration de la chose due.

A défaut de conventions de ce genre, le problème est réglé par les principes du droit. La solution n'est pas uniforme.

La Compilation de Justinien fait appel à deux critères principaux : *dolus* et *culpa* : le dol et la faute. Ce sont des comportements que le débiteur n'aurait pas dû avoir : il est responsable si l'impossibilité d'exécution est la conséquence d'un comportement répréhensible. Ce sont là des notions morales et subjectives. Mais il ne semble pas que la question de la responsabilité ait été, à l'époque classique, aussi étroitement liée à l'idée de faute.

#### § 1 - EPOQUE CLASSIQUE

Les Compilateurs ont pu être tentés de modifier les textes pour les mettre en harmonie avec leur système de responsabilité, basée sur le dol ou les diverses catégories de fautes : certaines interpolations paraissent certaines, mais beaucoup d'autres restent discutables de sorte que la reconstitution du droit classique en cette matière reste assez problématique. Lit-

térature abondante aboutissant à des conclusions divergentes. La méthode des Interpolations a été très employée par Haymann, Schulz, Kaser, Beseler, dont les conclusions sont en grande partie adoptées par Arangio-Ruiz ("*Responsabilità contrattuale*", 2ème éd. 1934), Wicacker (Z.S.S. 1934 pp. 35 sq.). Une réaction contre l'hypercritique s'est manifestée : Buckland ("*Diligens paterfamilias*", Stud. Bonfante 1930, III, pp. 87 sq.; et "*Culpa and bona fides*" In L.Q.R. 48, 1932, pp. 217 sq), Vazny : "*Acta congressus int.*" 1934, I, pp. 345 sq.). Pour la littérature sur la *custodia*, cf. Infra).

La façon d'apprécier la responsabilité du débiteur dépendait des pouvoirs conférés au juge par la formule. Il y a lieu de distinguer selon que l'action en justice était *certa* ou *incerta*.

#### A/ Obligation de "dare rem certam" :

Ces obligations peuvent découler d'une stipulation ou de l'enrichissement injuste, ou d'un legs *per damnationem* : elles sont sanctionnées par des actions certaines et de droit strict : *condictio*, action *ex testamento*.

Dans les obligations de ce genre, la perte de la chose libre en principe le débiteur : "*debitor rei certae interitu rei liberatur*". Il n'est responsable que si l'impossibilité d'exécution provient de son fait positif, c'est-à-dire s'il a accompli un acte qui le met ensuite dans l'impossibilité de "*dare*" : ainsi le promettant a tué ou affranchi l'esclave qu'il devait fournir.

Mais il ne répond pas de la perte causée par son inaction : si par exemple le promettant a laissé mourir l'esclave qu'il aurait pu sauver en le soignant, le créancier ne peut le faire condamner à des dommages intérêts pour inexécution du contrat. La stipulation est un contrat de droit strict : le juge doit strictement s'en tenir à ce qui a été dit dans la stipulation. Or le débiteur a promis de "*dare Stichum*"; il n'a pas promis de soigner Stichus. Rendre le débiteur responsable de n'avoir pas soigné l'esclave, ce serait lui imposer une obligation qui ne résulte pas du contrat.

Cette façon de comprendre la responsabilité appelle les réflexions suivantes :

- 1) Elle n'est pas sans rapport avec la conception que l'on se faisait de la *culpa* à l'époque classique, quand il s'agissait de déterminer la responsabilité délictuelle en matière de *damnum injuria datum*. Nous avons vu qu'à l'époque classique la *culpa* dont il est question pour l'application de la loi *Aquilia* est un fait positif qui a directement causé un dommage.



2) Par contre, la notion de dol reste en principe étrangère à cette façon de comprendre la responsabilité.

- Peu importe que le fait positif ait été commis par le promettant intentionnellement ou non : ainsi l'héritier qui, ignorant l'existence d'un legs, affranchit de bonne foi un esclave légué *per damnationem*, est responsable envers le légataire de l'inexécution du legs (D. 30. 112.1).

- Par contre l'abstention qui rend l'exécution impossible ne fait naître aucune responsabilité, alors même que le débiteur se serait intentionnellement abstenu (D. 45.1.91 pr).

Il faut toutefois noter qu'à l'époque classique les juristes en arrivent à penser qu'il est inique de ne tenir aucun compte du dol commis par le débiteur.

La pratique avait d'ailleurs imaginé une précaution : pour rendre le promettant responsable de ses abstentions dolosives, il suffisait d'ajouter à la stipulation de *dare rem*, une *stipulatio doli* (clause de dol), par laquelle le débiteur s'engageait à ne commettre aucun dol.

De toutes façons, le débiteur qui s'abstient intentionnellement commet un dol; à défaut de sanction contractuelle, cela entraîne une sanction délictuelle, l'action *doli*, que Labéon propose en pareil cas (D. 4.3-793). D'autre part, en matière d'enrichissement injuste, la jurisprudence classique a finalement tenu compte de la bonne foi de l'enrichi : il n'est pas responsable si, ignorant qu'il devait restituer, il a, de bonne foi, rendu la restitution impossible : cette solution est admise dans le cas de la *condictio indebiti* (D. 12.6-65.8).

#### B/ Obligation ayant pour objet un *incertum* :

Ce sont d'abord toutes les obligations sanctionnées par des actions de bonne foi (contrats et quasi-contrats de bonne foi) - mais aussi la plupart des obligations sanctionnées par le prêteur au moyen d'actions *in factum*, et enfin les obligations sanctionnées par des actions de droit strict mais *incertae* (*actio ex stipulatu incerti*).

D'après la doctrine critique la plus avancée, la jurisprudence classique aurait utilisé, selon les cas, uniquement deux critères de responsabilité, la *custodia* et le *dolus*, sans jamais faire intervenir l'idée de *culpa*.

#### 1) La *custodia* :

Responsabilité fondée sur l'idée de garde. Cette responsabilité sévère a été imposée à divers débiteurs, considérés comme "gardiens"

de la chose due. La conséquence de la *custodia* est de rendre le débiteur responsable de certains cas fortuits (notamment du vol commis par des tiers); il n'est libéré que par la force majeure (1).

Selon beaucoup d'auteurs, cette responsabilité de la *custodia* jouerait à l'époque classique sans faire intervenir l'idée de faute : on ne cherche pas à savoir si le dégât pouvait être évité, ou si le débiteur s'est conduit de façon répréhensible : le débiteur répond de tout ce qui peut advenir à la chose, sauf force majeure : c'est une responsabilité objective, sans faute.

Les partisans de cette doctrine en arrivent à soutenir que le droit classique, dans les cas où s'appliquait la *custodia*, réglait très simplement les problèmes de responsabilité, par une brutale répartition des risques : la plupart des risques sont à la charge du débiteur, le créancier ne supportant que des risques exceptionnels, comme fait de guerre, incursion des pirates, naufrage, incendie.

L'expression technique "*custodiam praestare*" a donné lieu à controverses : selon Cannata, elle signifie que le débiteur doit procurer au créancier le résultat (obligation de résultat) qui serait obtenu si la chose due était surveillée par un gardien. Par contre Metro soutient qu'à l'époque classique cette expression n'indique pas autre chose qu'un critère de responsabilité objective et c'est seulement à la basse-époque qu'elle éveille l'idée d'une obligation de garde, imposant du débiteur une diligence particulière (*exacta diligentia*).

La doctrine de la *custodia*, aboutissant à l'époque classique à une responsabilité objective, sans faute, n'est plus unanimement acceptée (cf. notamment Alzon).

D'autre part, les conséquences pratiques de la *custodia* sont discutables : il est clair que tout débiteur qui doit "*praestare custodiam*" est responsable si la chose due disparaît à la suite d'un vol commis par des tiers : et c'est pour cela qu'on lui accorde l'action *furti* (G. III, 203 à 207). Mais, est-il responsable si la chose est endommagée par des tiers ? - Julien, à propos du commodataire, affirme que non (D. 13.6.19, confirmé par D. 19.2.41) : mais Gaius (à propos du *receptum*) est d'un avis contraire (D. 4.9-5.1). En cas de dommage causé par un animal, Paul (D. 9.1-2 pr) accorde l'action *de pauperie* au commodataire parce qu'il est responsable de ce dommage envers le commodant.

Enfin, en bien des cas, la notion de *custodia* ne suffisait pas : ainsi dans le cas du teinturier, on parvient, avec la *custodia*, à le

---

(1) Sur la *custodia* : PARIS, th. Nancy 1926. VAZNY : "*Custodia*" in Ann. Univ. Palerme 12.1929, pp. 101 sq. ARANGIO-RUIZ : op.cit. pp. 62-179. LUZZA-TO : "*Caso fortuito e forza maggiore*" I, "*Custodia*" 1938; "*Ricerche sulla resp. contrattuale*" 1966. METRO : "*L'obbligazione di custodire nel diritto R.*" 1965; "*Custodiam praestare*" in Labeo 13, 1967. CANNATA : "*Ricerche sulla resp. cont.*" 1966.

rendre responsable si le vêtement a disparu : mais ce n'est pas avec cette idée de garde qu'on le rendra responsable s'il a très mal teint le vêtement. La bonne exécution du travail, but essentiel du contrat de *locatio operis faciendi*, sera appréciée en faisant intervenir un autre critère : celui d'*imperitia*, la méconnaissance des règles du métier. Ce critère est parfaitement connu des classiques : ils l'emploient en matière de *locatio operis faciendi* (D. 9.2, 7, 29; 19.2.13.6) et il n'y a pas de raisons sérieuses pour suspecter les textes qui font de l'*imperitia* une faute : la faute professionnelle (D. 50.17-132; 19.2.9.5).

Les romanistes sont encore moins d'accord lorsqu'il s'agit de dresser la liste des débiteurs qui à l'époque classique répondaient de la *custodia*. Les auteurs qui ne veulent pas entendre parler d'une responsabilité fondée sur la faute à l'époque classique, allongent la liste de ceux qui répondaient de la *custodia*, en y faisant figurer des débiteurs qui, au Digeste, répondent de la *culpa*.

Des textes très sûrs permettent d'affirmer qu'en droit classique le débiteur "*custodiam praestat*", dans les cas suivants :

- a) Receptum des bateliers, hôteliers, loueurs d'écuries. A l'origine, l'idée de *custodia* n'intervenait pas. Les *nautae* permettaient "*rem salvam fore*" : sorte de contrat d'assurance qui jouait même en cas de naufrage (ce qui dépasse la *custodia*).
- b) Certains cas de louage d'industrie (*locatio operis faciendi*) (G. III 205). Cas du "*fullo*" et du "*sarcinator*", du foulon, du tailleur auxquels on a confié du tissu : ces petits artisans travaillaient en plein air, dans la rue : pour éviter toute chicane, il est entendu qu'ils doivent restituer la chose, quoi qu'il advienne : ils répondent du vol et même du dégât causé par les souris.  
  
L'"*horrearius*" est payé pour être "gardien" : il est juste qu'il réponde de la garde (selon Alzon, l'*horrearius* ne serait pas l'entrepôtier, mais un subalterne, qui pouvait recevoir des clients une rémunération pour veiller spécialement sur les choses entreposées).
- c) Le commodataire qui emprunte gratuitement une chose pour s'en servir assume, envers celui qui lui rend ce service, la responsabilité très étendue de la *custodia* (GAIUS III.206).

Beaucoup d'auteurs pensent que cette responsabilité était imposée à tous ceux qui acceptaient la chose d'autrui pour y effectuer un travail (tous les cas de *locatio operis faciendi*), mais aussi au locataire de choses (*locatio rei*) - au vendeur - au créancier gagiste - à l'utilisateur, à l'associé. Mais à notre avis, dans ces différentes hypothèses, notamment en matière de vente, la responsabilité de la *custodia* n'existait qu'en vertu de clauses particulières - expresses - ou sous-entendues dans certains cas.

On a essayé de trouver un critère qui permette de déterminer les cas dans lesquels le débiteur répondait de la *custodia* : selon certains auteurs (Paris), la formule des actions de bonne foi ne permettait pas d'imposer au débiteur une responsabilité aussi étendue : elle ne pouvait résulter que d'actions prétoriennes *in factum*. Mais cela paraît très contestable en ce qui concerne le commodataire (il existait à l'époque classique une action *commodati, in jus*, à côté de l'action *in factum*) et plus encore dans les cas de *locatio operis faciendi* où le *conductor* répond de la *custodia* (aucune trace d'une action *in factum* en matière de *locatio*). Beaucoup plus défendable le point de vue de Villers (précis Dalloz, p. 340, n. 2) : en vertu de contrats qui ordinairement n'imposent pas au débiteur une aussi lourde responsabilité, celle-ci peut jouer s'il a pris l'initiative du contrat (*rogatio*) : ainsi le vendeur répond de la *custodia* s'il a offert de garder la chose vendue jusqu'à livraison : cette solution affirmée par Justinien (Inst. 3.23.3 a) est confirmée par D. 19.5.17.1 (*aestimatum*) : et D. 17.2.52 parle d'une aggravation de la responsabilité du *socius* commandité "*si artem operamve pollicitus est*".

## 2) Le *dolus* :

Dans toutes les obligations de bonne foi, ou sanctionnées par des actions *in factum*, dont la formule contenait les mots "*dolo malo*", le débiteur "*praestat dolum*", répond de son dol. Qu'entend-on par là ? Il ne s'agit pas ici de manoeuvres dolosives : c'est l'attitude du débiteur qui, par ses actes ou ses omissions, rend sciemment et volontairement l'exécution impossible.

Cette responsabilité peut s'allier à celle de la *custodia* et la compléter : ainsi le commodataire répond de la perte causée par la force majeure, s'il s'est exposé "*dolo malo*" à celle-ci : Gaius donne cet exemple : le commodataire part à la guerre avec un cheval qu'on lui a prêté pour faire un voyage d'agrément ; il agit en cela "*dolo malo*" : si le cheval est tué à la guerre, il en est responsable, non en vertu de la *custodia* (qui ne joue pas en cas de perte par fait de guerre) mais en vertu du *dolus*.

Certains débiteurs ont une responsabilité qui se réduit uniquement au *dolus*. Quels sont-ils ?

D'après une doctrine (Arangio-Ruiz), il en serait ainsi de tous les débiteurs qui, à l'époque classique, sont frappés d'infamie s'ils sont condamnés : on ne doit, semble-t-il, déclarer infâmes que des débiteurs malhonnêtes. Les actions *depositi (directa)*, *mandati*, *pro socio*, *fiduciae*, *tutela* sont infamantes : par conséquent le dépositaire, le mandataire, l'associé, l'acquéreur fiduciaire et le tuteur ne devraient répondre que de leur dol.

Cette déduction est confirmée par les textes en ce qui concerne le dépôt, le mandat, la société, mais très contestable en ce qui concerne la fiducie et la tutelle, pour lesquelles nous croyons qu'il a été question, dès l'époque classique, d'un autre critère : la *culpa*.

### 3) La culpa :

Il y avait, selon nous, en droit classique, place pour une responsabilité fondée sur la *culpa* : nous pensons que sauf convention contraire, le vendeur, le locataire, le *negotiorum gestor*, peut-être aussi le tuteur et l'usufruitier, devaient "*praestare dolum et culpam*" : répondaient de leur dol et de leur faute. Les auteurs qui ont essayé de bannir la notion de faute du droit classique n'y sont parvenus qu'en gonflant outre mesure le domaine de la *custodia*, ou en donnant, comme le fait Arangio-Ruiz, une telle élasticité à la notion de *dolus* que cela revient à admettre la *culpa* sous le nom de *dolus*.

La *culpa*, nous l'avons rencontrée comme fondement de la responsabilité en matière de *damnum*, et dans les obligations de "*dare rem certam*" : dans ce domaine, le mot *culpa* a conservé son sens ancien : on l'emploie pour justifier la responsabilité de celui qui par son activité positive cause un dommage ou entraîne la perte de l'objet dû.

Quand il s'agit d'obligations portant sur un *incertum*, la notion de *culpa* prend dès l'époque classique un autre aspect : on entend par là une attitude - par acte ou omission - qui n'est pas celle qu'aurait eu en de semblables circonstances un romain honnête et sérieux, un *bonus paterfamilias*. C'est ce que les commentateurs appellent la "*culpa in abstracto*". Cet idéal abstrait n'est pas une invention byzantine : il correspond parfaitement aux moeurs romaines. Chez les romains, l'homme qui n'apportait pas une certaine gravité dans l'administration de son patrimoine était déconsidéré. Prendre les affaires à la légère, c'est se rendre coupable de "*luxuria*". Aussi nous pensons que les textes qui nous parlent du "*bonus paterfamilias*" ne sont pas interpolés : et ceux qui parlent de "*neglegentia*" et de "*diligentia*" ne sont pas tous suspects (cf. Buckland).

Dans certaines stipulations incertaines, notamment dans la *cautio usu fructuaria* (promesse que fait l'usufruitier à son entrée en jouissance), nous voyons que le promettant s'engage à se comporter "*boni viri arbitrato*" : sa conduite sera appréciée par des "hommes de bien", selon "l'usage des honnêtes gens".

C'est à l'usage des honnêtes gens que se référaient les arbitres à l'époque où les actions de bonne foi n'étaient encore que des "*arbitria*".

Apprécier la conduite qu'aurait dû avoir le débiteur en se référant à l'usage des honnêtes gens, c'est-à-dire des hommes sérieux en affai-

res, c'est bien prendre pour criterium de la responsabilité ce que les commentateurs appellent la "*culpa in abstracto*". Cette notion nous paraît parfaitement classique.

## § 2 - LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE AU BAS-EMPIRE

L'apport des juristes de la basse-époque se manifeste en cette matière sur trois points essentiels.

A/ La question de la responsabilité est entièrement dominée par une préoccupation morale : on ne doit tenir pour responsables que des individus à qui l'on peut reprocher une attitude répréhensible. C'est le triomphe complet de la conception subjective en matière de responsabilité.

La *custodia*, telle que les classiques la comprenaient, paraît aux byzantins quelque chose d'inadmissible : ils en font une forme de faute, la faute de garde "*culpa in custodiendo*".

B/ Tout le problème de la responsabilité est basé sur les notions de dol et de faute (1).

1/ La responsabilité la moins étendue, celle qu'aucune convention ne peut exclure, est celle qui repose sur le dol : *dolus*.

2/ Mais beaucoup de débiteurs répondent non seulement de leur dol, mais aussi de leur faute : *culpa*. La *culpa* comporte des degrés :

a) Les Compilateurs parlent parfois de la *culpa lata* : la faute lourde. C'est celle que ne commettrait pas l'homme le plus négligent. Cette faute est dite "voisine du dol", "équivalente à un dol" : de sorte que les débiteurs, qui en principe ne répondent que du dol, répondent aussi de la *culpa lata*.

b) Des textes interpolés font état de la "*diligentia quam in suis rebus*" : la diligence que le débiteur apporte dans ses propres affaires. Ne pas montrer cette diligence à l'égard de la chose due, c'est

---

(1) C'est uniquement en matière de *receptum* que le Digeste admet une responsabilité "*sine culpa*", sans faute, et les Compilateurs ont inventé des raisons bien surprenantes pour justifier cette exception à la règle (D. 4.9 - 3.1).

commettre une faute, que nos vieux commentateurs appelaient "*culpa in concreto*". Cette faute est équivalente au dol, car c'est presque un dol de traiter moins bien les choses dues que les siennes propres ! D'autre part, les byzantins se sont servis de ce type de responsabilité pour alléger la charge de certains débiteurs : mari qui doit restituer la dot, tuteur, curateur, associé ne répondent que de la "*culpa in concreto*" : on leur pardonne d'être négligents à l'égard de la chose due, s'ils ont coutume de l'être à l'égard de leurs propres affaires.

- c) Le plus souvent, la responsabilité s'apprécie plus sévèrement selon le criterium du "bon père de famille" : le plus souvent, le débiteur répond de la "*culpa in abstracto*", ou "*culpa levis*".
- d) Certains débiteurs, le commodataire par exemple, sont traités encore plus sévèrement : on exige d'eux une "*exactissima diligentia*" : ils sont responsables de la "*culpa levissima*"; responsables si la perte était évitable en prenant des précautions exceptionnelles. Ainsi s'est transformée, à la basse-époque, la responsabilité de la *custodia* : le débiteur assume une obligation de garde et n'est mis hors de cause que si aucune précaution ne pouvait empêcher la chose de périr.
- e) Ceci amena les byzantins à distinguer, parmi les causes d'impossibilité, *casus minor* et *casus major*.

Le *casus minor*, ou cas fortuit, est un événement dont les débiteurs, ordinairement, ne répondent pas : c'est par exemple le vol commis par des tiers. Mais les débiteurs qui répondent de la *culpa levissima* ne sont pas déchargés par le *casus minor* : ils ne sont déchargés de toute responsabilité que par le *casus major*, force majeure, dont personne ne peut répondre (fait de guerre, incursion des pirates, foudre, tremblement de terre, etc ...).

Cette subtile hiérarchie n'est pas classique, elle a été imaginée par les juristes de la basse-époque.

- c/ Les juristes se sont mis à la recherche d'un criterium qui permette de classer les débiteurs entre les différentes catégories de responsabilité.

Un texte de la Collatio (Coll. 10.2) (ouvrage rédigé vers la fin du IV<sup>e</sup> ou le début du V<sup>e</sup> s.) attribue à Modestin une classification basée sur l'"*utilitas contrahentium*" : l'avantage que les contractants tirent du contrat.

L'idée, en réalité, était déjà venue à l'esprit des classiques pour justifier la solution qu'ils proposaient dans des cas particuliers : ainsi la responsabilité du commodataire est réduite au dol si le prêt à usage

présente un intérêt pour le commodant : par exemple, un marié prête des bijoux à la mariée pour donner plus d'éclat à la noce (D. 13.6-5.10 et 18 pr) (cf. thèse MABROUK pp. 188 sq.). Le tort des juristes de basse-époque est d'avoir voulu systématiser, comme cela apparaît dans la Collatio, qui s'exprime ainsi : "celui à qui le contrat ne procure aucun avantage, celui qui rend un service gratuit, doit être traité avec douceur : il ne répond que de son dol. Et le texte donne comme exemples le dépositaire - et le mandataire (ce qui est exact à l'époque classique).

Quand le contrat est dans l'intérêt des deux parties, le débiteur répond du dol et de la *culpa* : le texte donne comme exemple type le cas du commodataire (ce qui est déjà singulier, car dans le commodat il n'y a pas avantage pour les deux parties, mais seulement pour le commodataire). Le texte poursuit en affirmant que c'est une règle générale du droit dont on trouve l'application en matière de fidejussio, de restitution de dot ... et de tutelle (singulier contrat !).

Le texte contient des erreurs si manifestes qu'on ne peut songer à en attribuer la paternité à Modestin, mais à quelque annotateur de basse-époque. Cette classification eut un certain succès : Justinien la reproduit dans des textes interpolés du Digeste : les Compilateurs ont ainsi commis une maladresse : car cette classification ne correspond aucunement aux solutions qui résultent des fragments conservés dans le Digeste. Le fameux criterium de l'*utilitas* est souvent en défaut : dans le Digeste le mandataire répond du dol et de la *culpa*, bien qu'il ne tire aucun avantage du contrat. De plus, ce criterium ne permet pas de distinguer ceux qui répondent de la *culpa in abstracto (culpa levis)* et ceux qui doivent l'*exactissima diligentia (culpa levissima)*.

Pothier a essayé d'améliorer considérablement cette classification avec sa théorie des trois fautes : si le contrat est dans l'intérêt du seul créancier, le débiteur ne répond que de sa *culpa lata (= dol)* - si le contrat est dans l'intérêt des deux parties, le débiteur répond de la *culpa levis (in abstracto)*, - si le contrat est dans l'intérêt du seul débiteur, il répond de la *culpa levissima (exactissima diligentia)*.

Cette théorie n'est pas romaine et elle n'a pas même été exprimée par les Compilateurs. Critiquée par Le Brun et puis par Hase, elle a été complètement abandonnée par le Code Civil. L'article 1137 oblige le débiteur à apporter à la conservation de la chose "tous les soins d'un bon père de famille". En principe le débiteur, en droit moderne, est tenu de la "*culpa in abstracto*"; cependant, lorsqu'il rend un service gratuit, des textes spéciaux restreignent sa responsabilité (gestion d'affaire 1374; dépôt 1927, 1928; mandat non salarié 1922).

ooooo

o



TITRE DEUXIEME

PERSONNES A L'EGARD DESQUELLES  
LES OBLIGATIONS PRODUISENT LEURS EFFETS.

Le conflit  
entre la logique juridique  
et la réalité :  
=====

1°/ C'est une règle de bon sens qu'exprime l'adage "*res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*"; un acte juridique ne peut nuire ni profiter à d'autres qu'à ceux qui l'ont accompli. Admettre le contraire, ce serait admettre que nous puissions nous trouver obligés malgré nous, à notre Insu, par la fantaisie d'individus qui passeraient entre eux des contrats à notre détriment ! Ce serait absurde et Intolérable.

En principe les promesses et stipulations par autrui doivent être sans valeur.

Mais si des abstractions de la logique nous descendons dans les réalités de la vie, nous constatons que bien souvent il y aurait un grand intérêt pratique à admettre la validité de contrats conclus dans l'intérêt des tiers, ou pour engager des tiers. Le problème du contrat dans l'intérêt d'autrui s'est posé de nos jours en matière d'assurances : un mari prend une assurance sur la vie au profit de sa femme; celle-ci n'a pas elle-même contracté; il est cependant nécessaire qu'au décès de son mari elle puisse se dire créancière envers la compagnie d'assurances. Ou bien encore, c'est un automobiliste qui s'assure pour les dommages qu'il peut causer à des tiers : il peut y avoir intérêt à admettre au profit du tiers, victime d'un accident, un droit propre contre la compagnie d'assurances. Les promesses pour autrui se rencontrent surtout quand il s'agit de faire des opérations pour un incapable ou un absent : dans certains cas il peut être utile de les rendre directement débiteurs, sans représentation.

2°/ Des problèmes de ce genre se posaient déjà au temps des Romains. Mais ils eurent à vaincre d'autres difficultés qui, celles-là, provenaient moins de la règle "*res inter alios acta*" que de l'idée qu'ils se faisaient de l'obligation. Nous avons vu qu'en droit romain l'obligation a toujours été considérée comme un "*vinculum*", comme un lien personnel entre le créancier et le débiteur. Si l'on s'en tient à cette conception, il est impossible - sans briser le lien - d'y faire entrer d'autres personnes que celles entre lesquelles il a d'abord été établi : changer la personne du créancier ou du débiteur, c'est atteindre l'obligation dans ses éléments constitutifs.

Par conséquent, la logique juridique rendait impossible une véritable représentation; elle rendait également impossible une transmission des dettes et des créances.

Ce sont là, il faut en convenir, des résultats tout à fait gênants.

- La représentation est une nécessité pratique; dans l'hypothèse d'actes accomplis pour le compte d'incapables ou de personnes morales, la représentation est bien la solution la plus satisfaisante. Elle est très utile aussi dans le monde des affaires : un homme qui est à la tête d'un négoce important ne passe pas lui-même tous les contrats que nécessite l'activité de son commerce; il a sur diverses places des préposés qui traitent les affaires en son nom.

D'autre part, il est bien difficile d'empêcher la transmission des créances dès que celles-ci sont considérées comme des biens qui figurent dans le patrimoine du créancier. Dans certains cas il est commode d'admettre la transmission des obligations, même à la charge d'acquéreurs à titre particulier : ainsi dans notre droit actuel, le bail est opposable à l'acquéreur de l'immeuble.

Il y a donc conflit entre la logique des principes et la complexité de la vie. Beaucoup d'auteurs modernes paraissent assez portés à la résoudre en abandonnant les principes. Ceux-ci cependant ne sont gênants que dans des cas assez limités : en les bannissant du droit, ne risque-t-on pas de tomber dans l'absurde ? - Les romains fournissent en cette matière un exemple qu'il est bon de méditer : avec leur solide bon sens ils n'ont jamais renié des principes qui paraissent dictés par la raison, mais ils se sont montrés assez habiles pour donner, malgré tout, très largement satisfaction aux besoins de la pratique.

## CHAPITRE I : LES PROMESSES ET STIPULATIONS POUR AUTRUI

Les promesses et stipulations sont nulles : le principe célèbre : "*alteri stipulari nemo potest*" (l. 1 3.19.19 et D. 45.1-38.17) ne concerne pas seulement le contrat *verbis* qui porte nom de stipulation, mais tous les contrats (PAUL : 44.7.11 : "*neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere ...*") et même les pactes et les clauses jointes aux contrats (Q. MUCIUS : 50.17-73.4 : "*neque paciscendo neque legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest*").

Le vieux droit romain s'était montré beaucoup moins rigoriste et à l'époque classique la pratique connaissait des contrats qui, en réalité,

étaient bien pour autrui ou à la charge d'autrui : pour les valider, la jurisprudence eut recours à des palliatifs et parfois à des subterfuges d'interprétation (cf. COUDERT : "Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui", 1957).

D'autre part, le principe de la nullité du contrat en faveur d'autrui n'avait pas à l'époque classique la portée générale qu'on lui attribue trop souvent.

### § 1 - LA PROMESSE POUR AUTRUI

Deux personnes, en passant entre elles un contrat quelconque, ne peuvent pas rendre débiteur, en vertu de ce contrat, un tiers resté étranger à l'acte : la promesse pour autrui est complètement dénuée d'effets.

Supposons une stipulation ainsi conçue : "Je promets que Titius vous donnera 100 sesterces" :

Titius, qui n'a rien promis, ne doit rien. Si j'ai fait la promesse avec son assentiment, cela ne change pas la situation : Titius, étranger au contrat, n'est pas obligé.

Là promesse que j'ai faite ne m'oblige pas non plus : je ne me suis personnellement engagé à rien.

Si Titius ne vous paie pas les 100 sesterces, vous ne pouvez les réclamer ni de lui, ni de moi, d'où le principe souvent répété par les juriconsultes : "*nemo potest alienum factum promittere*" : nul ne peut promettre le fait d'autrui.

#### A/ Expédients :

Mais, sans abandonner les principes, les juriconsultes ont imaginé divers expédients, qui tous consistent à faire le contrat en des termes tels que le promettant se trouve personnellement obligé : de cette façon, le créancier - qui n'a toujours aucune action contre le tiers - peut au moins poursuivre le promettant.

##### 1) Stipulatio poenae :

C'est une clause pénale jointe à la promesse pour autrui : "Je promets que Titius vous fournira tel esclave : si Titius ne vous le fournit pas, je vous promets 100 sesterces".

La promesse pour autrui est nulle : vous ne pouvez exiger ni de Titius ni de moi l'esclave en question; mais je me suis engagé envers vous à vous payer 100 sesterces si Titius ne vous fournit pas l'esclave : c'est une promesse sous condition suspensive, par laquelle je me suis moi-même personnellement engagé : elle est valable. Pour éviter de payer cette "pénalité", j'userai de toute mon influence auprès de Titius pour qu'il vous fournisse l'esclave (Inst.Just. : 3.19.21). On validait ainsi la stipulation "*dolum malum abesse*" (englobant le dol des tiers), la stipulation "*de rato*" imposée par le prêteur au *procurator* qui agissait en justice pour autrui (cf. COUDERT, pp. 128.172).

## 2) Clause de porte-fort :

Le promettant prend personnellement l'engagement de faire en sorte que le tiers exécute la prestation envisagée; il promet "*se effecturum ut Titius daret*" (Inst.Just. : 3.19.3). Si Titius n'exécute pas, le promettant n'a pas rempli ses engagements et le créancier peut agir contre lui.

En droit français, cette clause est facilement sous-entendue : les promesses pour autrui se trouvent ainsi souvent validées, au moins à l'égard du promettant.

En droit romain cette clause est souvent considérée comme sous-entendue, quand il s'agit d'un contrat de bonne foi, parce que dans les contrats de cette catégorie, le juge a le pouvoir de rechercher l'intention véritable des parties : d'après les circonstances de fait, il peut apparaître que le promettant a consenti à s'obliger personnellement.

Par contre, dans les contrats de droit strict, le juge doit s'en tenir à ce que les parties ont exprimé formellement : la clause de porte-fort ne s'y présume pas. Paul (D. 45.1.83 pr) interprète cependant de cette façon, pour les rendre valables, la stipulation "*dolum malum abesse*" et la stipulation "*habere licere*" (garantie contre l'éviction : pour cette dernière, Ulpien, plus rigoriste, est d'avis qu'elle ne vaut qu'en ce qui concerne le fait personnel du vendeur, à moins d'y ajouter stipulation de peine (D. 4R.1.38 pr et 2).

## 3) Subterfuges d'interprétation :

En matière de cautionnement, c'est un principe solidement établi que la caution ne promet pas le fait d'autrui, ne promet pas que le débiteur paiera, mais promet de fournir lui-même la prestation qui constitue l'objet de l'obligation principale (Celsus y fait allusion : D. 45.1.97.1; Hermogénien le proclame : D. 46.1.65). Mais une difficulté s'est présentée à la basse-époque lorsque le fidéjusseur *sistendi causa* s'est substitué à l'antique *vindex* pour garantir la compa-

ration du défendeur en justice : c'est un singulier fidéjusseur, car la dette principale n'existe pas (le défendeur ne promet rien); d'autre part ce garant de comparution promet que le défendeur comparaitra (*judicio sisti*) : c'est promettre le fait d'autrui. Pour sauver les principes, le Digeste, utilisant d'ailleurs des textes qui concernaient le *vindex*, analysent les choses autrement : le fidéjusseur *sistendi causa* est censé promettre, non pas que le défendeur comparaitra, mais que lui-même il produira le défendeur en justice (*exhibere* : D. 2.6.4 et 2.8.4) (cf. COUDERT, op. cit. pp. 69 sq.).

## B/ Promesses pour les héritiers :

L'action est donnée contre le tiers lui-même dans un cas particulier : c'est lorsque ce tiers - que l'on veut rendre débiteur - n'est autre que l'héritier du promettant.

### 1) A l'époque classique :

Celui qui promet que son héritier donnera quelque chose, fait un contrat sans valeur; c'est une promesse pour autrui. Il en est de même si l'on promet pour après sa mort (*post mortem*), c'est encore promettre pour l'héritier. Comme le dit Gaius (III.100) : "Il est inélégant de faire naître directement l'obligation à la charge de l'héritier".

Par contre si l'on s'exprime de telle sorte que l'obligation puisse exister, fût-ce un instant de raison, à la charge du promettant, le contrat est valable et l'obligation, contractée par le promettant, passe à son héritier : c'est pourquoi Gaius déclare qu'on peut valablement faire la stipulation en ces termes : "promets-tu pour le moment de ta mort ?" (*cum morieris*). Mais, à son avis, si l'on s'exprime ainsi : "Promets-tu pour la veille de ta mort ?" (*pridie quam morieris*), c'est sans valeur, on ne sait trop pourquoi !

### 2) Droit de Justinien :

Justinien mit fin à toutes ces subtilités; une constitution de 528 déclare valable la stipulation faite dans les termes "*post mortem tuam*" ou "*pridie quam morieris*" - une autre constitution, de 551, permet même de promettre "*pro herede meo*". Dans le dernier état du droit, il est donc possible d'engager valablement son héritier, et peu important les termes que l'on emploie pour parvenir à ce résultat.

## § 2 - LA STIPULATION POUR AUTRUI

### Fondement de la nullité

En droit romain, le contrat en faveur d'un tiers est en principe dépourvu d'effets (1). Le tiers bénéficiaire n'a pas d'action : étranger au contrat, il ne peut pas s'en prévaloir.

Il est par contre plus difficile de savoir pourquoi le stipulant ne peut pas exiger l'exécution, au profit du tiers, de ce qui a été convenu.

En invoquant un texte d'Ulpien (D. 45.1-38.17) on a souvent expliqué la nullité du contrat à l'égard du stipulant, en lui donnant pour fondement la règle "pas d'intérêt, pas d'action", et comme le dit Ulpien, "nous n'avons aucun intérêt à ce que quelque chose soit dû à autrui". Il arrive cependant parfois que nous ayons un intérêt non douteux à ce que le tiers obtienne la prestation prévue : dans un système qui fonde la nullité sur le défaut d'intérêt du stipulant, il serait logique d'écarter cette nullité et d'accorder une action au stipulant, toutes les fois que l'exécution présente pour lui un intérêt. Or en droit classique, cette solution est loin d'être admise aussi largement.

Bonfante a cherché l'explication dans le caractère des contrats en droit romain : qu'il y ait ou non intérêt pour le stipulant, le contrat ne peut prévoir que rapports entre les parties.

Nombreux sont les auteurs qui préfèrent trouver l'explication dans les *solemnia verba* du contrat *verbis* : à s'en tenir aux paroles de la stipulation, le tiers bénéficiaire ne peut rien réclamer puisqu'il n'a rien dit ; quant au stipulant, les paroles employées indiquent expressément que la prestation n'est pas pour lui : il ne peut donc rien exiger (CORNIL : "Stu. Riccobono" IV, 249 sq. ; VAZNY : B.I.D.R. 40, 1932, 43 sq. ; KER WILLIE : "Tijds" V. Rom. Hell. Reg. 1943 pp. 46 sq.). La règle, imposée par le formalisme du contrat *verbis* aurait été ensuite étendue aux autres contrats. Mais Perozzi ("*Istituzioni* ..." p. 216) a soutenu que les exigences du formalisme ne rendent sans valeur la stipulation que si son objet est un *dare* (par ex. : livrer tel esclave en propriété ou verser telle somme à Titius) : par contre le stipulant pourrait agir en justice si la stipulation a pour objet un *facere* au profit d'autrui. On objectera qu'au point de vue des *solemnia verba* il n'y a pas de différence entre la stipulation de *dare* et celle de *facere*. Mais Perozzi soulève là un problème très important : est-il exact qu'à l'époque classique, le contrat en faveur d'autrui ne produisait aucun effet que dans le cas où son objet était un *dare* ? Le stipulant avait-il une action en justice lorsque l'objet était un *facere* ?

---

(1) Par contre, le droit gréco-égyptien pratiquait sans difficulté le contrat en faveur d'autrui (TAUBENSCHLAG : "*Law of Greco-Roman Egypt*" p. 401).

Le texte d'Ulpien sus-indiqué ne fait aucune distinction entre les deux cas. Cependant Gaius III.103 et Paul (D. 45.1-126.2) formulent le principe de la nullité de la stipulation pour autrui, en précisant qu'il s'agit d'un "*alteri dari*".

Si l'on admet que seule est sans valeur la stipulation de *dare*, quelle peut être la raison de cette nullité ? Ankum ("Etudes Macqueron" 1970, pp. 21 sq.) en donne une explication très plausible, en portant le problème sur le terrain de la procédure. Les obligations de "*dare rem*" sont sanctionnées par des actions aboutissant à une condamnation pécuniaire calculée sur la base du "*quanti ea res est*" ou "*erit*", c'est-à-dire d'après la valeur objective de la chose due : en cas de stipulation d'un *dare* pour autrui, le stipulant ne peut pas obtenir la valeur d'estimation d'une chose qui en réalité ne lui est pas due. Par contre les actions qui sanctionnent des obligations de *facere* sont des actions *incertae*, aboutissant à une condamnation calculée sur la base du "*quanti interest*", c'est-à-dire en tenant compte de l'intérêt que le demandeur avait à obtenir l'exécution. En cas de stipulation d'un *facere* pour autrui, le stipulant peut agir en justice, s'il a lui-même intérêt à l'exécution : il réclame réparation de tout le préjudice que lui cause la non-exécution du contrat. Cette explication permet de comprendre 1) pourquoi le stipulant, alors même qu'il a un intérêt, ne peut pas agir quand il s'agit d'une stipulation de *dare* (ce que ne parviennent pas à expliquer les doctrines qui fondent la nullité sur le seul défaut d'intérêt); 2) pourquoi est nul le constitut par lequel le constituant s'engage à payer à autrui (D. 13.5.5.5) : ni la nature particulière des contrats romains, ni les *certa verba* de la stipulation ne peuvent expliquer pourquoi ce pacte prétorien est nul quand il est conclu "*pro altero*". Cette nullité se justifie si l'on tient compte du fait que l'action de *pecunia constituta* sanctionne une obligation de *dare pecuniam* et aboutit à une condamnation calculée sur le "*quanti ea res est*" (LENEL : Ed. §17).

Le principe de la nullité des contrats au profit d'autrui n'avait donc pas en droit romain une portée absolue.

#### A/ Validité à l'égard du stipulant :

Bien souvent le contrat est valable, au moins à l'égard du stipulant : il peut agir-en justice contre le promettant.

#### 1°) Stipulations de *facere* :

Il en est ainsi lorsque l'objet du contrat est un *facere*, si le stipulant a intérêt à son exécution. Les textes en fournissent de nombreux exemples :

- a) Un tuteur, abandonnant la gestion de la tutelle à un co-tuteur, exige de lui la "*satisfactio rem pupilli salvam fore*" (promesse que les biens du pupille seront sauvegardés) : c'est une stipu-

lation pour autrui, en faveur du pupille. Le stipulant pourra s'en prévaloir et agir en cas de besoin contre le co-tuteur, parce qu'étant responsable de la gestion envers le pupille, il a intérêt à la bonne exécution de cette stipulation (MARCELLIN, cité par ULPIEN D. 45.1-38.20).

- b) Gaius III.155 admet la validité du mandat *aliena gratia* : je vous demande de gérer les affaires de Titius : ce mandat produit ses effets entre vous et moi : si vous n'exécutez pas le mandat, j'ai contre vous l'action *mandati* - à condition que je puisse me prévaloir d'un intérêt : par exemple, étant le tuteur ou le *procurator* de Titius, je vous ai demandé de faire, sur les biens de Titius, une opération que je n'ai pas le temps de réaliser moi-même : responsable envers Titius, j'ai intérêt à la bonne exécution du mandat (D. 17.1.8 §§ 4 et 6).
- c) Il est fréquent de trouver dans le contrat de vente un pacte dans l'intérêt d'un tiers : si ce pacte présente un intérêt pour le vendeur, celui-ci peut en exiger l'exécution, au moyen de l'action même du contrat (*actio empti*) : ainsi le vendeur fait insérer dans la vente une clause par laquelle l'acheteur s'engage à respecter les baux en cours (D. 19.1-13.30) : l'intérêt du vendeur est évident, car il resté, en tant que bailleur, responsable envers ses locataires si l'acheteur les expulse.

Les ventes d'esclaves peuvent comporter des clauses en leur faveur : il est convenu que l'acheteur ne livrera pas l'*ancilla* vendue à la prostitution, ou que l'esclave n'aura jamais d'autre maître que l'acheteur, ou que celui-ci devra l'affranchir. Lorsque ces clauses ne présentaient guère pour le vendeur qu'un intérêt moral ou d'affection, on les assortissait ordinairement d'une stipulation de peine (D. 18.1-56 et 18.7-8 et 10) (1).

Un créancier gagiste, pour respecter un accord conclu antérieurement avec son débiteur, procède à la vente du gage avec cette clause que le débiteur pourra reprendre son bien en le rachetant à l'acheteur dans un certain délai (D. 13.7-13 pr) : le créancier gagiste peut exercer l'action *venditi* pour faire respecter ce pacte.

A l'époque où triomphe la procédure extraordinaire, la distinction entre les obligations de *dare* et celles de *facere* a perdu la précision procédurale que lui donnaient les formules d'action : dès

---

(1) Les empereurs ont eu souvent à s'occuper des difficultés soulevées par ces clauses (cf. les constitutions réunies au C.I. 4 titres 54,56,57).



L'époque de Dioclétien, la stipulation de *dare* à autrui peut être sanctionnée par une action au profit du stipulant dans la mesure où il y a intérêt : *quantum interesse tua* : cf. C. 8.38.3.

Dans le droit de Justinien, la distinction *dare-facere* est en cette matière tout à fait perdue de vue : les Institutes de Justinien et le Digeste proclament le principe général (I.J. 3.19.3 et D. 45.1.38.17) ; la stipulation pour autrui est nulle. Mais le principe est corrigé par un autre : le stipulant peut agir si le contrat en faveur d'autrui présente pour lui un intérêt.

## 2°) Les expédients :

A l'époque classique, lorsqu'il s'agissait d'une stipulation de *dare*, ou lorsque l'intérêt du stipulant n'était pas évident, on parvenait à valider le contrat, du moins à son égard, en recourant à des expédients : ils correspondent à ceux que nous avons signalés à propos des promesses pour autrui : ils consistent à rendre le stipulant personnellement créancier.

### a) Stipulatio poenae :

C'est une clause pénale, prévue au profit du stipulant pour le cas où le promettant n'exécuterait pas la prestation prévue au profit du tiers : "Me promets-tu 100 sesterces si tu ne fournis pas tel esclave à Titius ?". Cette stipulation conditionnelle est valable d'après les principes du droit commun. Pour peu que la pénalité soit assez forte, le promettant aura intérêt à fournir à Titius la prestation convenue, plutôt que d'avoir à payer au stipulant la *poena* prévue.

### b) On peut stipuler en même temps pour soi-même et pour autrui. Deux formes possibles :

#### a. "*mihi et alteri*" :

.....

Cette forme avait donné lieu à des difficultés d'interprétation. Stipuler pour soi-même et pour autrui, cela peut se comprendre de deux manières ; de toute façon, le tiers, étranger au contrat, ne peut rien réclamer. Mais en cas d'inexécution, le stipulant, selon les Proculiens, ne peut agir que pour la moitié, tandis que d'après les Sabinien, il peut exiger la totalité : les premiers en effet prétendaient que le stipulant et le tiers étaient conjointement créanciers d'une même chose, et n'y avaient droit chacun que pour une partie ; les seconds soutenaient au contraire que la prestation était promise pour le tout, indistinctement à l'un comme à l'autre.

B. "*mihī aut alteri*" :

La forme "*mihī aut alteri*" ne soulève aucune difficulté : quand on stipule pour soi-même ou pour autrui, il y a ici une alternative : la chose devra être fournie entière, à l'un ou à l'autre. Le tiers, en cas d'inexécution, ne peut rien réclamer : mais le stipulant, d'après les termes mêmes du contrat, peut agir pour en exiger la complète exécution à son profit.

B/ Validité à l'égard du tiers bénéficiaire :

Donner une action au stipulant ne suffit pas : si celui-ci se désintéresse de l'affaire, le bénéficiaire n'obtiendra rien : il est certes habilité à recevoir paiement ; l'exécution accomplie à son profit libère le promettant. Mais il serait très désirable d'aller plus loin et de donner au tiers bénéficiaire une action pour exiger l'exécution du contrat.

Le droit romain y est arrivé dans certaines hypothèses :

1) La stipulation des *alieni juris* :

Nous devons d'abord mettre hors de question le cas des *alieni juris*, fils de famille ou esclave, qui stipulent au profit du chef de famille. Nous ne sommes plus ici en présence d'une stipulation pour autrui, mais de l'application normale des règles relatives à la représentation du chef de famille par les personnes placées sous sa puissance : tout contrat conclu par un *alieni juris* en vue de rendre le *paterfamilias* créancier est pleinement valable, comme si celui-ci l'avait lui-même conclu : le père de famille stipule par la bouche de son esclave ou de son fils. Ce n'est plus, comme on peut s'en rendre compte, un contrat pour autrui. Gaius (III.103), Ulpien (45.1-38.17), lorsqu'ils formulent le principe de la nullité des stipulations pour autrui, s'empressent de préciser qu'ils mettent hors de cause le cas où le stipulant est placé sous la puissance du tiers bénéficiaire.

2) La stipulation au profit des héritiers :

Lorsque le bénéficiaire du contrat est l'héritier du stipulant, le droit romain arrive à mettre l'action entre ses mains, mais indirectement. Nous retrouvons ici le pendant des solutions signalées à propos des promesses pour les héritiers.

La stipulation "*post mortem meam*" ou "*pridie quam moriar*" est nulle, comme si l'on stipulait "*heredi meo*" : ce sont des stipulations pour autrui. Par contre on peut stipuler "pour le moment de sa mort" (*cum moriar*), la créance prend naissance, un moment de raison, en la personne du stipulant, et passe ensuite à l'héritier (G. III.100). Les romains

sont parvenus ainsi à valider l'assurance sur la vie, qui n'était pas chose inconnue chez eux (cf. APPLETON : "Rev. Gén. Droit" 1926).

Mais Gaius (III.117) trouve plus correct de valider les stipulations au profit des héritiers, en employant un autre procédé : c'est de faire intervenir un "*adstipulator*". L' *adstipulator* est une sorte de gérant d'affaires, que le stipulant fait figurer à côté de lui quand il fait une stipulation pour après sa mort : cet *adstipulator* est un créancier accessoire, habilité à recevoir paiement, mais aussi à agir en justice. Si le stipulant meurt, l'*adstipulator* fait valoir la créance (qui est devenue exigible, par le décès du stipulant) : et comme l'*adstipulator* est traité, au temps de Gaius, comme un mandataire, il faut qu'il rende des comptes aux héritiers de son mandant. L'héritier finit par bénéficier de la stipulation faite en sa faveur, en demandant des comptes à l'*adstipulator*.

La pratique de l'*adstipulatio* disparut à la basse-époque : Justinien admet la validité de la stipulation au profit des héritiers, quels que soient les termes employés (*cum moriar*, ou *pridie quam moriar*, ou *post mortem meam*, ou même *heredi meo*).

### 3) Cession au bénéficiaire de l'action du stipulant :

Dans les hypothèses où le contrat pour autrui fait naître une action au profit du stipulant, celui-ci peut être contraint de céder cette action au tiers bénéficiaire, s'il existe entre eux un rapport de droit qui l'y oblige en bonne foi : ainsi dans le cas sus-indiqué du créancier gagiste qui vend le gage en réservant expressément pour son débiteur une faculté de rachat qu'il lui avait antérieurement consentie : ce débiteur, en vertu du contrat de gage tel qu'il a été conclu, peut exiger que son créancier lui fasse cession de l'action *venditi* qu'il a contre l'acheteur pour faire respecter la clause insérée dans la vente. De même le locataire peut se faire céder par son bailleur l'action *venditi* contre l'acheteur qui, contrairement à la clause insérée dans la vente, ne respecterait pas les baux en cours.

### 4) Entorses aux principes :

Enfin dans quelques cas très particuliers on est arrivé à reconnaître au tiers bénéficiaire un droit qu'il tient directement et personnellement du contrat et qu'il fait valoir au moyen d'une action *utilis*. Ce résultat a été obtenu assez tardivement par des constitutions et surtout en interpolant les textes classiques.

#### a) Dépôt fait par un dépositaire :

(PAUL : Coll. 10.7.8 itp ?)

Un dépositaire ne pouvant plus conserver chez lui la chose qui lui a été confiée, la dépose à son tour chez une personne. Le premier déposant peut exercer l'action *depositi utilis* contre le dernier dépositaire, avec lequel il n'a pourtant pas lui-même traité. Même solution dans le cas du commodataire qui confie à autrui la chose qu'il a empruntée (DIOCLETIEN C. 3.42.8 tlp). Un créancier refusant la somme que le débiteur lui offre, ce dernier dépose cette somme dans une caisse publique; le créancier pourra obtenir paiement de cette caisse (C. 4.32.19, de Dioclétien).

b) Donation avec charge :

Une donation est faite à une personne, à charge pour elle de transmettre la chose donnée à un tiers. Si le donataire n'exécute pas, le tiers bénéficiaire peut exercer contre lui une *actio utilis* : cette solution résulte d'une constitution de Dioclétien de 290 (frg. Vat. 286 et C 8.54.3) : l'empereur ne fait pas mystère que c'est une véritable entorse aux principes - une exception introduite "*benigne juris interpretatione*". Dioclétien a étendu aux donations une solution déjà connue en matière de fidéicommiss d'hérédité (où elle ne faisait pas de difficulté, puisqu'il s'agissait, non pas d'un contrat, mais d'un testament).

c) Vente du gage :

(avec réserve de rachat au profit du débiteur)

L'action en revendication et l'action *in factum* données au débiteur en propre par D. 13.7-13 pr sont interpolées.

d) Promesse de restitution de dot au profit d'un tiers :

Une femme qui se constitue une dot fait avec son mari une convention aux termes de laquelle le mari s'engage, en cas de dissolution du mariage par décès de sa femme, à restituer la dot à la mère de la constituante, sans que cette mère stipule elle-même. Ou un grand-père maternel dote sa petite fille et stipule la restitution au profit de cette petite fille, ou des enfants à naître (les bénéficiaires ne pouvaient pas stipuler).

Justinien, en interpolant plusieurs textes (D. 24.3.45 et C. 5.14.7) valide ces stipulations pour autrui : Il accorde une action à la mère contre son ex-gendre : c'est une solution exceptionnelle ("*jus singulare*"), que justifient les liens de parenté entre les intéressés; Il accorde également l'action à la petite fille (cf. GERARD 480, n. 6 et ALBERTARIO : Studi I., 349 sq.; VI, p. 296).

C'est en partant de ces diverses solutions romaines que les pandectistes allemands (Windscheid) sont arrivés à écarter le principe de la nullité des stipulations pour autrui. Leur doctrine a exercé une grosse influence en Allemagne; le Code Civil allemand de 1900 admet, selon les circonstances de fait, l'acquisition directe d'un droit par le tiers bénéficiaire. Le droit français, notamment en matière d'assurances, connaît des "contrats en faveur des tiers" qui échappent à la règle "*res inter alios acta*" et qui permettent aux tiers bénéficiaires d'acquérir un droit propre, en acceptant le bénéfice du contrat.

## CHAPITRE II : LA CESSION DE CREANCES

Nous avons déjà expliqué pourquoi la conception romaine de l'obligation s'opposait au fonctionnement d'une véritable cession de créances. Les romains sont arrivés à réaliser quelque chose d'approchant, au moyen d'expédients de plus en plus perfectionnés.

### § 1 - CESSION PAR STIPULATION NOVATOIRE

Le créancier qui désire céder sa créance demande au débiteur cédé de bien vouloir s'engager envers le cessionnaire, en faisant avec ce dernier une stipulation novatoire : sur ce "*jussus*" du créancier, le débiteur promet au cessionnaire ce qu'il devait au cédant. Cette stipulation produit novation par changement de créancier : la créance primitive est éteinte et remplacée par une créance nouvelle au profit du cessionnaire.

Ce procédé présente de graves inconvénients :

- 1°) Il n'y a pas à proprement parler cession de la créance, car le cessionnaire n'obtient pas la créance même du cédant, mais bénéficie d'une créance nouvelle : sans doute c'est bien le même objet qui reste dû par le même débiteur, mais en vertu d'un acte nouveau, la stipulation novatoire. L'ancienne créance est éteinte : il en résulte les conséquences suivantes :
  - a. Le cessionnaire ne bénéficie pas des garanties dont jouissait le cédant, les cautions sont libérées puisque la dette qu'elles garantissaient est éteinte et les hypothèques qui avaient pu être consenties sont levées.
  - b. Par contre le débiteur cédé ne peut pas opposer à son nouveau créancier les exceptions qu'il aurait pu invoquer contre son créancier primitif.

2°) Cette cession nécessite l'accomplissement d'un acte juridique, passé entre le cessionnaire et le débiteur cédé : le consentement du débiteur est par conséquent indispensable. Or rien ne le force à le donner. Il est à craindre qu'il ne profite de la situation et ne fasse payer son concours, en demandant une réduction de la dette ou des délais avantageux.

## § 2 - CESSION PAR PROCURATIO IN REM SUAM

Un procédé bien plus satisfaisant est celui qui consiste à réaliser la cession sous les dehors d'un mandat "*ad litem*". Le cédant donne au cessionnaire mandat de poursuivre en justice le débiteur cédé.

Ce mandat présente une particularité : le mandataire (le cessionnaire) n'a pas à rendre compte à son mandant (le cédant) de l'exécution du mandat et conserve pour lui tout le profit de la condamnation prononcée contre le débiteur. Tel est en effet le but de ce mandat : le mandataire intente l'action dans son propre intérêt. C'est une "*procuratio in rem suam*", un mandat donné dans l'intérêt du mandataire. Sur ce type de *procuratio*, cf. GEHRLISCH : Göttingen 1963 et C.R. KASER : Z.S.S. 1964, 390 sq.

Ce procédé n'a pu être utilisé qu'à une époque relativement tardive : il suppose d'abord la possibilité d'agir en justice par mandataire : or cette faculté n'existait pas dans la procédure des actions de la loi (la représentation en justice s'est introduite dans la procédure formulaire au moyen de formules spécialement adaptées par le préteur).

De plus la validité d'un tel mandat, donné dans l'intérêt du mandataire, était très discutable : ce sont les jurisconsultes du premier siècle de notre ère qui ont réussi à en faire admettre la validité; pour des raisons d'utilité pratique, on passa outre aux règles qui régissent ordinairement le mandat.

La *procuratio in rem suam* est un procédé bien plus perfectionné que la stipulation novatoire : elle ne présente pas les mêmes inconvénients.

Sans que la créance soit à proprement parler transmise, c'est tout de même bien la créance du cédant que le cessionnaire fait valoir en justice. Il bénéficie par conséquent des garanties qui s'y attachent et le débiteur peut lui opposer les exceptions qu'il aurait pu invoquer s'il avait été poursuivi par le créancier lui-même.

Enfin, le grand avantage de ce procédé est de pouvoir fonctionner sans requérir le consentement du débiteur.

Mais le cessionnaire n'a pas un droit propre et autonome; il est mandataire du créancier et cela n'est pas sans danger pour lui.

Le cédant (qui est un mandant) reste créancier. Le cédant peut donc encore, derrière le cessionnaire, recevoir paiement du débiteur ou lui consentir une remise de dette.

D'un autre côté, le mandat est un contrat fragile; il est révocable et prend fin par le décès soit du mandant, soit du mandataire.

Le cessionnaire met fin à cette situation périlleuse lorsqu'il fait *litis contestatio* avec le débiteur. La *litis contestatio* fait naître au profit du mandataire le droit d'obtenir un jugement. Le cédant ne peut plus libérer le débiteur et le droit qui découle de la *litis contestatio* survit en cas de décès du cédant ou du cessionnaire (effet fixateur de la *litis contestatio*).

La *litis contestatio*, acte de procédure intervenant entre le débiteur et le cessionnaire procure à ce dernier un droit propre, irrévocable et transmissible. Mais entre le jour de la *procuratio* et celui de la *litis contestatio*, le cessionnaire se trouve dans une situation très précaire.

### § 3 - PERFECTIONNEMENTS APPORTES PAR LA LEGISLATION IMPERIALE

#### A/ L'action utile :

Dès l'époque classique on accorde au cessionnaire une "action utile", qui lui appartient en propre et qu'il ne perd pas si le cédant décède ou vient à révoquer la *procuratio in rem suam*.

L'origine de cette action remonte au s.c. Trebellien, qui est d'ailleurs étranger à la cession de créances. Ce sénatus-consulte de l'an 56 concernait les fidéicommiss d'hérédité, fidéicommiss portant sur l'ensemble de l'hérédité et pouvant par conséquent comprendre des créances. Ce sénatus-consulte accordait au bénéficiaire du fidéicommiss une action utile pour poursuivre les débiteurs de la succession, comme aurait pu le faire un héritier et sans avoir à dépendre de la personne qui devait exécuter le fidéicommiss. Antonin le Pieux (C. 2.14.16) étendit cette action utile dans l'hypothèse d'une vente d'hérédité : celui achète une hérédité ouverte se fait céder par les héritiers tous les biens de la succession, y compris les créances : l'acquéreur peut faire valoir ces créances en vertu d'un droit propre, qui ne peut être influencé ni par une révocation ni par le décès de l'héritier qui a consenti la cession : Antonin le Pieux accorde à l'acheteur d'une hérédité l'action utile que le sénatus-consulte Trebellien avait déjà prévue au profit du bénéficiaire d'un fidéicommiss d'hérédité. Cette action se complétait d'une exception de dol que le débiteur pouvait opposer au vendeur de l'hérédité, si celui-ci voulait le poursuivre : pour permettre au

débiteur d'employer cette exception, l'acheteur de l'hérédité était tenu de lui faire connaître la cession : c'est l'origine de la *denuntiatio* dont nous allons bientôt parler.

Ce système fut ensuite étendu dans des cas où il ne s'agissait plus de la vente d'une hérédité, mais de la cession d'une créance déterminée. D'une façon générale, le cessionnaire n'a plus à redouter la mort du cédant : il dispose, en propre, d'une action utile. Au décès du cessionnaire, l'action utile fut donnée à ses héritiers, d'abord au cas de vente de la créance, puis aussi lorsque la cession est faite pour exécuter un legs (C. 6.37.18 de 294) ou réaliser une donation (C. 8.53.33 de 528) ou constituer une dot.

Dans le droit de Justinien le système des actions utiles était devenu général en matière de cession de créance. Sans avoir besoin de faire *litis contestatio*, le cessionnaire était nanti d'un droit irrévocable que ni sa propre mort ni celle du cédant ne pouvaient détruire.

#### B/ La denuntiatio :

Mais le cessionnaire qui n'avait pas fait *litis contestatio* pouvait avoir encore à craindre l'exercice, par le cédant, de ses droits. Il fut admis que le cessionnaire se mettait dans une situation aussi avantageuse que s'il avait fait *litis contestatio*, en adressant au débiteur cédé une signification de la cession - une *denuntiatio* - acte extra-judiciaire - ou en recevant de lui un paiement partiel.

Il en est question dans une constitution de Gordien de 239 (C. 8. 141.3), mais ce texte est interpolé (1). La *denuntiatio* rend la cession opposable au débiteur; celui-ci ne peut plus faire de paiement valable qu'entre les mains du cessionnaire et il ne peut plus être libéré par une remise de dette que consentirait le cédant. La *denuntiatio* a aussi pour effet d'empêcher le cédant de céder une seconde fois la même créance : le débiteur doit se libérer entre les mains de celui qui, le premier, lui a signifié la cession : il dispose d'une "*exceptio*" pour repousser les prétentions du cédant ou de cessionnaires plus tardifs.

Avec la *procuratio in rem suam*, complétée par la *denuntiatio*, le droit romain était arrivé à peu près à notre système moderne, tel qu'il résulte de l'art. 1690 C.C. En droit romain, il n'y a pas à proprement parler transmission de la qualité de créancier du cédant au cessionnaire : celui-ci a théoriquement conservé le caractère d'un mandataire du cédant.

---

(1) La *denuntiatio* a pu exister à l'époque classique dans le cas de la cession d'hérédité. Mais son emploi généralisé est probablement une innovation due à Justinien.



Nous avons vu que le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions qu'il aurait pu opposer au créancier. Le cessionnaire, ainsi débouté, a-t-il un recours contre le cédant ? Existe-t-il une garantie en faveur de l'acquéreur d'une créance ?

De la cession elle-même - réalisée par mandat - ne découle aucune garantie. Mais si la cession est faite en exécution d'une vente de la créance, le cessionnaire peut faire valoir la garantie que le contrat de vente impose à tout vendeur : le vendeur garantit l'existence de la créance : il est par conséquent responsable si elle est rendue inefficace par une exception. Mais le vendeur ne répond pas de la solvabilité du débiteur (sauf convention contraire) (ULP. : D. 18.4.4).

#### § 4 - MESURES HOSTILES A LA CESSION DE CREANCE

Lorsque la cession de créance, très perfectionnée, devint d'utilisation courante, on s'aperçut qu'elle pouvait donner lieu à des abus : des mesures législatives furent prises en vue de restreindre la faculté de céder des créances.

- a) Certaines mesures concernent d'une façon générale la cession de droits litigieux - y compris les créances litigieuses.

Une constitution de Claude le Gothique (fin III<sup>e</sup> s.) Interdit, sous les peines les plus sévères, aux *potentes* d'agir en justice comme cessionnaires de droits litigieux.

En 532, Justinien (C. 8.36.3 et 5) Interdit sous menace de confiscation du prix, la cession de droits litigieux, sauf dans des hypothèses où toute idée de spéculation est évidemment étrangère (constitution de dot, partage).

- b) D'autres mesures concernent certaines cessions de créances, même non litigieuses.

Le tuteur ne doit pas acquérir les créances de son pupille, les *potentes* celles de *humiliores*.

- c) Une importante constitution d'Anastase de 506 crut mettre fin à toute spéculation en permettant au débiteur cédé de se libérer valablement en offrant au cessionnaire le prix de cession et les intérêts. Cette mesure ne s'applique pas lorsque la cession est faite en vue d'un partage, ou pour délivrance d'un legs, dation en paiement, donation - hypothèses

dans lesquelles la cession de créance n'est pas employée dans un but de spéculation (C. 4.35.22 complétée par Justinien ht. 23).

Le Code Civil (art. 1699) connaît une solution comparable, le retrait litigieux, mais qui ne concerne que la cession de créances litigieuses.

### § 5 - TRANSFERT DE DETTES

Pour substituer un débiteur à un autre, le seul procédé possible est celui de la novation par changement de débiteur : le nouveau débiteur promet au créancier ce que lui doit le débiteur primitif. Le consentement de ce débiteur primitif n'est pas indispensable : il peut se trouver libéré à son insu. Mais le consentement du créancier est nécessaire; la novation résulte d'un acte conclu entre lui et le nouveau débiteur. De cet acte résulte une obligation nouvelle, qui ne jouit pas des garanties qui s'attachaient à l'ancienne, et qui échappe aux exceptions dont l'ancienne pouvait être menacée.

Le procédé est par conséquent très imparfait. A l'exemple du droit romain, le droit français n'a pas organisé de façon plus satisfaisante le transfert de dette. Certaines législations modernes admettent le transfert de dette, avec le consentement du créancier, et ce transfert n'opère pas novation (Code Civil Allemand 1900).

### CHAPITRE III : LA REPRESENTATION EN MATIERE D'OBLIGATIONS

La question de la représentation se pose à propos de toutes sortes d'actes juridiques et pas seulement à propos des *negotia* destinées à créer des obligations : représentation pour acquérir ou aliéner la possession, la propriété, représentation pour accepter une succession, un legs, représentation pour faire ou supporter un procès, etc ... D'une façon générale, le droit romain est hostile à la représentation et nous l'avons signalé à propos du mandat (p. 177) et des stipulations pour autrui.

En principe on ne peut pas, pour devenir créancier ou débiteur, faire faire le contrat en son nom par un intermédiaire : il n'en est autrement que dans l'hypothèse où un chef de famille est représenté par une personne placée sous sa puissance : esclave, fils ou même fille de famille. La représentation par des *extranei* fonctionna ordinairement sans qu'on puisse parler d'une véritable représentation, sauf dans quelques exceptions.

SECTION I : LA REPRESENTATION  
PAR LES *ALIENI JURIS*

§ 1 - REPRESENTATION  
A L'EFFET DE RENDRE LE CHEF DE FAMILLE  
CREANCIER (REPRESENTATION ACTIVE)

Le chef de famille profite de toutes les richesses produites par les personnes placées sous sa puissance : un esclave potier fait une amphore : l'amphore appartient automatiquement au maître, sans qu'il ait besoin de manifester sa volonté de l'acquérir, et même à son Insu. Supposons qu'au lieu d'une activité physique l'esclave déploie une activité juridique : par exemple il fait une stipulation; qu'il emploie les termes "promets-tu de me payer 100 sesterces ?" ou "promets-tu de payer à mon maître Titius 100 sesterces", de toutes façons, c'est le maître Titius qui devient créancier et c'est lui (et non l'esclave, incapable d'agir en justice) qui pourra faire un procès au promettant s'il ne paie pas les 100 sesterces.

- Ce résultat est obtenu en se passant de l'idée de représentation : l'*alieni juris* n'est pas capable de devenir créancier : il n'a personnellement aucun droit : s'il peut faire une stipulation, c'est en empruntant la capacité de son maître : il ne peut pas valablement employer des formalités que son maître aurait été incapable lui-même de faire : ainsi l'esclave d'un pèlerin ne peut pas valablement faire une *sponsio*, parce que son maître ne le pourrait pas davantage. Le maître parle par la bouche de son esclave : il devient directement créancier en vertu de la stipulation comme s'il l'avait faite lui-même.

Mais avec cette idée que les *alieni juris* sont des "instruments d'acquisition" au profit du chef de famille, on n'arrive pas à rendre celui-ci débiteur par leur intermédiaire. Le *jus civile* en est resté à cette position : solution très gênante car il est rare qu'une affaire nous procure un avantage sans que nous ayons à consentir un sacrifice : fils et esclaves ne pouvaient devenir des agents d'affaire pratiquement utilisables que s'ils pouvaient prendre à l'égard des tiers des engagements opposables au chef de famille.

§ 2 - REPRESENTATION  
A L'EFFET DE RENDRE LE CHEF DE FAMILLE  
DEBITEUR (REPRESENTATION PASSIVE) (1)

Le prêteur, dans l'intérêt bien compris du chef de famille, organise tout un ensemble d'actions que les tiers créanciers pouvaient exercer con-

---

(1) GAIUS (IV.69 à 74 a - complété par PAP. OXYR. 2103) fournit sur cette question une très précieuse documentation.

tre le *paterfamilias* : la représentation passive par les *alieni juris* appartient entièrement au droit prétorien : le contrat conclu par l'*alieni juris* fait naître, à la charge du *pater*, une obligation dont la validité n'existe que par la grâce du prêteur.

Les commentateurs du droit romain ont donné à ces actions préto-riennes le nom d'actions "*adjectitiae qualitatis*" (de qualité ajoutée) : soit parce que dans le procès le *pater* est poursuivi "es-qualité" (de man- dant ou préposant), soit parce que (dans le cas du fils de famille) l'action contre le père s'ajoute à celle qu'on pourra exercer contre le fils lui-même quand il sera devenu *sui juris*.

Ces actions se répartissent en deux groupes : les unes rendent le chef de famille débiteur "*in solidum*", c'est-à-dire pour la totalité de la dette contractée par l'*alieni juris*; les autres ne l'obligent que dans une certaine mesure.

A/ Le chef de famille est poursuivi  
pour la totalité de la dette :

Lorsque la dette a été contractée par l'*alieni juris* avec son ap- probation expresse ou présumée.

a) Action quod jussu :

Lorsque l'*alieni juris* a contracté sur le *jussus* du chef de famil- le : le *jussus* n'est pas nécessairement un ordre, ce peut être une ad- hésion donnée à l'avance.

b) L'assentiment du chef de famille se présume :

Quand l'*alieni juris* a contracté des dettes pour les besoins d'un commerce maritime ou terrestre à la tête duquel le chef de famille l'a préposé. L'action *exercitoria* est accordée par le prêteur contre l'*ex- ercitor* (l'armateur) qui a préposé un de ses *alieni juris* au commande- ment d'un de ses navires : si, pour les besoins du commerce maritime, le capitaine de navire fait des dettes, les créanciers peuvent en exi- ger le paiement intégral à l'*exercitor*. - L'action *institoria*, conçue dans le même esprit, concerne le cas de l'*alieni juris* que son chef de famille a préposé comme boutiquier (*institor*) ou d'une façon générale a mis à la tête d'une affaire commerciale.

B/ Action de peculio aut de in rem verso :

- a) Si l'*alieni juris*  
n'est pas préposé à un commerce  
maritime ou terrestre :

Le chef de famille répond, d'une façon générale, des dettes contractuelles ou quasi-contractuelles de celui-ci jusqu'à concurrence de l'actif du pécule qu'il lui a concédé ou de l'enrichissement que l'affaire lui a procuré. La formule de cette action avait une *condemnatio* présentant une alternative : selon ce qui était le plus avantageux pour le créancier, le juge condamnait le chef de famille "*de in rem verso*" (à concurrence de son enrichissement) si par exemple il n'y avait pas de pécule, ou "*de peculio*" (sur l'actif du pécule) si l'enrichissement pour le chef de famille était nul ou inférieur à la dette. Les tiers qui traitent avec un esclave lui font confiance en considération de son pécule : il est juste que ce pécule serve à les payer (1).

Quand les créanciers n'arrivent pas à obtenir satisfaction de l'esclave, ils s'adressent à son maître et celui-ci règle, avec les biens du pécule, les dettes de son esclave, payant les créanciers dans l'ordre où ils se présentent : les créanciers les plus diligents obtiennent satisfaction et lorsque les paiements effectués par le chef de famille ont épuisé le pécule, celui-ci ne peut plus être tenu "*de peculio*", sur son pécule qui ne comporte plus d'actif.

Or le maître lui-même peut, d'après les comptes tenus en famille, avoir une créance à l'égard de l'*alieni juris* : il commence par se payer lui-même sur le pécule et offrira ce qui reste au premier créancier qui se présentera : le chef de famille a le droit de procéder à ce qu'on appelle la "*deductio peculii*" en sa faveur : ses créances jouissent d'une sorte de privilège. Le prêteur, en reconnaissant cette façon de procéder, admettait la validité des créances du chef de famille sur ses *alieni juris*, créances qui ne sont pourtant que naturelles (2).

- b) Action tributoria :

Le chef de famille cesse d'être autorisé à faire la *deductio peculii* en sa faveur, lorsque l'*alieni juris* a contracté des dettes en exploitant un commerce qu'il tient au su et vu du chef de famille, sans y avoir été cependant préposé par celui-ci (car dans ce dernier cas,

---

(1) Sur le pécule, cfr l'ouvrage fondamental de MICOLIER : "Pécule et Capacité juridique", 1982...  
(2) Cf. Supra, p. 351 : les obligations naturelles entre le chef de famille et les *alieni juris*.

c'est l'action *institoria* qui est accordée aux créanciers). Le chef de famille devient le liquidateur du pécule de l'*alieni juris* commerçant : il doit répartir l'actif du pécule entre tous les créanciers, au prorata de leurs créances, et pour ses propres créances, il doit se contenter du même dividende que les autres : il ne jouit d'aucun privilège. S'il ne fait pas cette équitable répartition, les créanciers l'y contraignent avec l'action *tributoria* (action en "répartition" de l'actif du pécule).

° Comme le remarque Gaïus (4.74 a), cette action *tributoria* est parfois moins avantageuse pour les créanciers que l'action *de peculio aut de in rem verso* : d'abord parce qu'elle ne permet pas de tenir compte de l'*in rem versum* (l'enrichissement) dont profite le chef de famille; de plus, elle ne porte pas sur tout le pécule (comme l'action *de peculio*) mais seulement sur la partie du pécule affecté au commerce (*merx pecularis*).

Avec ces actions prétoriennes, les créanciers font valoir le contrat conclu avec l'*alieni juris* : le chef de famille n'est pas directement débiteur, mais tenu "du chef" de l'*alieni juris* contractant. Justinien a ajouté à ce système prétorien une représentation directe, qui rend le chef de famille personnellement débiteur comme s'il avait fait lui-même l'opération (I. 5.4.7.8). Lorsque le contrat a été conclu sur le *jussus* du chef de famille, ou lorsqu'il peut être poursuivi par les actions *exercitoria* ou *institoria*, ou bien encore lorsqu'il profite d'un enrichissement (*in rem versum*), on peut - dit Justinien - exercer directement contre lui une *condictio* (*directo posse condicti*), comme si l'affaire avait été conclue avec lui à titre principal.

## SECTION II : LA REPRESENTATION PAR DES *EXTRANAE PERSONAE*

D'une façon générale, le droit romain est hostile à la représentation par des personnes étrangères à la *familia*. Si je vous demande de faire une affaire pour mon compte, c'est vous qui, ayant passé le contrat, devenez créancier ou débiteur : nous procéderons ensuite à un règlement de comptes entre nous : je vous rembourserai ce que vous avez dû payer et vous me transférerez les droits que vous avez acquis à l'égard du tiers (cf. supra p. 177). Ce n'est pas une véritable représentation : aucun rapport de droit ne s'établit entre les tiers et le mandant : les tiers ne connaissent que le mandataire. C'est de la représentation par cascades : les tiers ne sont en rapport avec le mandant que si celui-ci s'est fait céder, par le mandataire, les droits qu'il a acquis.

Dans quelques cas cependant, celui pour le compte duquel l'affaire a été conclue peut agir contre les tiers ou être actionné par eux, au moyen d'actions prétorienne, dites "utiles".

A/ Représentation active :

A l'époque classique, on ne donne l'action utile au représenté contre le tiers débiteur, que de façon exceptionnelle : le magistrat ne la lui accorde pas automatiquement, mais "*cognita causa*", après examen des circonstances de fait. Il l'accorde par exemple s'il n'y a pas moyen de sauvegarder autrement les intérêts du représenté (D. 14.3.2) dans le cas où le représentant est un "*institor*", *extraneus*, préposé par le représenté à l'exploitation d'un commerce.

Par interpolation, Justinien accorde bien plus largement cette action utile : Ulpien (D. 19.1-13.25) raisonne sur l'hypothèse d'un "*dominus*" qui a chargé son mandataire de vendre : l'acheteur pourra faire valoir la garantie contre l'éviction en s'attaquant directement au mandant, par une action utile *ex empto* : ce qui est peut-être classique, mais la fin du texte, passant à l'hypothèse inverse (le mandataire chargé d'acheter) accorde au *dominus* (qui a donné mandat d'acheter) l'action utile *ex empto*, pour agir en garantie contre le tiers vendeur : ce passage obscur est très suspect.

B/ Représentation passive :

Elle a été facilement admise lorsque le mandataire a été préposé à un commerce maritime ou terrestre et fait des dettes pour les besoins de ce commerce. Les actions *exercitoria* et *institoria* que l'édit prévoyait dans le cas où le préposé était un *alieni juris* ont été étendues au cas où c'est un *extraneus* (homme libre ou esclave d'autrui). Cette extension n'était pas prévue dans l'édit mais accordée dans chaque cas particulier par un décret du magistrat (action décrétale et non édictale) (1).

Papinien a donné une extension bien plus large à l'action *institoria*, en préconisant son emploi comme action *utilis ad exemplum institoriae* ou *quasi institoria*, dans des hypothèses où il ne s'agit plus d'un individu préposé à un commerce, mais d'un *extraneus* qui a fait un acte juridique en exécutant un mandat ou même comme *negotiorum gestor* (D. 19.1.13.25 cas d'une vente, 17.10.5 et 14.3.19 pr, *mutuum* dans lequel l'emprunteur se fait représenter par un *procurator*) : avec cette action utile les tiers créanciers pourraient donc toujours s'adresser au mandant pour obtenir

---

(1) Sur ce point, très judicieuse analyse du texte des I.I. 4.7.2, par VIL-  
LERS, Précis Dalloz, Obligations, p. 198, n 1.

directement de lui l'exécution : mais le caractère classique des textes attribués à Papinien n'est pas certain. Par contre, dès l'époque classique, la représentation directe a été facilement admise en matière de *mutuum* : si les deniers sont remis au mandataire de l'emprunteur, ce n'est pas le mandataire qui devient débiteur en vertu du *mutuum*, mais bien le mandant; la tradition peut se faire par l'intermédiaire d'un représentant: c'est le mandant qui devient propriétaire des deniers que son mandataire a reçus en son nom.

C/ Représentation  
par les tuteurs et les curateurs :

Lorsque la tutelle ou la curatelle prennent fin, les dettes et créances résultant de la gestion du tuteur ou du curateur sont supportées par l'ex-incapable ou lui profitent : des actions utiles peuvent être exercées contre lui par les tiers créanciers, ou par lui contre les tiers débiteurs. Si un tiers créancier poursuit l'ex-tuteur ou l'ex-curateur, ceux-ci opposeront une exception.

ooooo  
o



## TROISIEME PARTIE

---

### L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS

---

#### . Aperçu historique :

La raison d'être de l'obligation est de procurer au créancier une prestation. Lorsqu'il l'a obtenue, l'obligation a rempli son office et n'a plus qu'à disparaître : le mode le plus normal d'extinction des obligations est par conséquent l'exécution : le paiement, au sens large du mot (*solutio*).

Mais les romains ne sont pas arrivés du premier coup à une conception aussi naturelle des choses : avec le formalisme ancien, le simple paiement ne suffisait pas pour libérer le débiteur, pas plus que le simple accord de volonté n'avait suffi pour l'obliger. Il fallait des formalités pour lier le débiteur; il en fallait d'autres pour le délier.

Les rites libératoires correspondaient aux rites créateurs d'obligations selon le principe bien connu du "*contrarius actus*", ou de la concordance des formes : les effets qui résultent d'une formalité ne peuvent être effacés qu'au moyen d'une formalité symétrique mais inverse. Cette règle trouve son application fréquente dans le droit religieux : les choses devenues *res sacrae* par la *consecratio*, perdent ce caractère à la suite d'une *exsecratio*. La femme placée sous la *manus* du mari en vertu du rite de la *confarreatio*, ne peut sortir de cette *manus* que par une *diffareatio*.

De même le débiteur lié (*obligatus*) à la suite d'une formalité *per aes et libram* ne peut être délié (*solutus*) qu'au moyen d'une formalité inverse, la *solutio per aes et libram*. Si l'obligation résulte du dialogue solennel de la stipulation, il ne suffira pas d'un simple paiement pour l'éteindre; il faudra que ce paiement s'accompagne du dialogue solennel de la *solutio "verbis"* : l'*acceptilatio*.

Dans le courant de l'époque républicaine, cette exigence du formalisme s'est adoucie : il fut admis que l'exécution de l'obligation, indépendamment de toute formalité, libérait le débiteur, au regard même du *jus civile* : le paiement devint le mode normal d'extinction de toutes les obligations.

Mais le droit classique porte encore des traces du système ancien :

- 1/ Tout d'abord les formalités qui avaient autrefois servi à donner au paiement sa force libératoire ne furent pas supprimées : on ne s'en servait plus guère pour faire un paiement, mais pour libérer le débiteur sans qu'il fasse paiement : ces vieilles formalités étaient employées pour opérer des remises de dettes et faisaient figure de "paiements fictifs" (*imaginariae solutiones*).
- 2/ D'autre part, la règle du "*contrarius actus*", née dans les cadres du formalisme, fut exploitée par les jurisconsultes pour justifier des solutions qui intéressent des contrats non formels, comme le *mutuum* ou les contrats "*consensu*". Ainsi pour justifier l'effet libératoire du simple paiement fait en exécution d'un *mutuum*, Pomponius (D. 46.3.80) donne cet argument : quand nous contractons "*re*", la libération doit se faire "*re*" : *cum re contraximus, re solvi debet*. Nous verrons plus loin les conséquences que la jurisprudence a pu tirer de la règle du *contrarius actus* dans les contrats consensuels : ce que le consentement a fait, le *contrarius consensus* peut le défaire.

#### . Classification des modes d'extinction :

Avec les progrès du droit, les modes d'extinction des obligations devinrent très nombreux : admis les uns après les autres, sans plan d'ensemble, ils obéissent à des règles différentes : cette matière manque tout à fait d'unité.

On peut classer les modes d'extinction en deux grandes catégories, d'après les sources du droit qui les ont reconnus : les uns proviennent du *jus civile*, les autres du droit prétorien. Cette classification présente un grand intérêt pratique car ces deux catégories de modes d'extinction produisent des effets différents.

#### 1/ Modes du *jus civile* :

Ils proviennent du vieux droit romain et de l'interprétation qu'en donnèrent les jurisconsultes. A la Basse-Epoque, certains modes "civils" ont été introduits par la législation impériale (ainsi la prescription).

Lorsqu'une dette est éteinte en vertu d'un mode civil, elle n'existe plus et ne peut plus exister : l'extinction opère "*ipso jure*". Le débiteur, poursuivi en justice, peut, en tout état de cause, s'en prévaloir ; s'il ne l'a pas fait *in jure*, il est encore temps qu'il l'oppose *in judicio*, comme moyen de défense au fond, devant le juge.

## 2/ Modes du droit prétorien :

Ces modes ont été reconnus par le préteur, mais ne peuvent produire leurs effets qu'au moyen d'un artifice prétorien de procédure : une exception.

- Tandis que les modes civils jouent "*ipso jure*", les modes prétoriens produisent leurs effets grâce à une exception : "*exceptionis ope*". Le débiteur, pour en bénéficier, doit s'en prévaloir *in jure*, au moment où l'on procède à la rédaction de la formule : il obtient que l'exception soit insérée dans la formule. De cette façon le juge est invité à tenir compte de l'extinction prétorienne. Mais il serait trop tard de l'opposer *in judicio*. Si la formule n'en parle pas, le juge n'a pas la faculté de s'en occuper.

- Les modes prétoriens ne produisent pas une extinction définitive : l'obligation peut reprendre toute sa vigueur, si l'exception est paralysée par une réplique accordée au créancier.

Les procédés civils qui agissent "*ipso jure*" sont : le paiement, la remise de dette *per aes et libram*, l'*acceptilatio*, le *contrarius consensus*, la confusion, la prescription.

Les procédés prétoriens sont : le pacte de remise, la condition résolutoire.

La novation agit ordinairement *ipso jure* : elle agit cependant "*exceptionis ope*" dans la novation par changement d'objet. La *litis contestatio* joue tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope*. La compensation fonctionne *ipso jure* dans des cas bien délimités : elle joue *exceptionis ope* dans les actions de droit strict, en vertu d'un rescrit de Marc-Aurèle. Dans le droit de Justinien, la compensation joue toujours "*ipso jure*".

Une autre classification distingue :

### 1. les modes volontaires :

(le paiement, la remise de dette) qui nécessitent une activité des deux parties, et résultent d'un "acte" libératoire passé entre elles;

### 2. les modes involontaires :

qui fonctionnent en vertu des règles du droit sans le concours des parties.

## CHAPITRE I : LE PAIEMENT (SOLUTIO)

Nous prenons ici le mot paiement au sens large : exécution de l'obligation. Le débiteur fournit la prestation due (argent ou autre chose); il s'acquitte de sa dette (*solvere*).

A l'époque classique, le paiement est un mode civil de libération : il éteint l'obligation *ipso jure*.

- Ce mode est absolument général, il s'applique à toutes les obligations.

- C'est un mode volontaire, une opération qui se réalise avec le concours du créancier, qui accepte le paiement, et du débiteur, qui l'effectue.

Pour produire son effet libératoire, le paiement doit remplir certaines conditions qui tiennent à l'objet, aux personnes, aux lieux et temps.

### § 1 - OBJET DU PAIEMENT

#### Principes :

Le paiement doit avoir pour objet exactement l'objet dû. Le créancier ne peut être contraint d'accepter et le débiteur ne peut être contraint de fournir une chose à la place de celle qui est due : *aliud pro alio*.

Ce principe reçoit divers tempéraments.

#### 1/ Question du paiement partiel :

En principe le débiteur qui n'offre qu'une partie de ce qu'il doit offre "*aliud pro alio*" : le créancier peut refuser et s'il accepte, le paiement partiel ne libère pas le débiteur, pas même pour partie.

Mais des conventions contraires peuvent être introduites dans les contrats : une clause peut reconnaître au débiteur la faculté de se libérer par des versements successifs (*pensiones*). De plus la jurisprudence admet que si le débiteur a contracté plusieurs dettes distinctes envers le même créancier, il lui est permis de se libérer en plusieurs fois; les premiers paiements, conformément à l'intention présumée du débiteur, éteignent d'abord les dettes les plus onéreuses pour lui.

Enfin dans le droit de Justinien, le magistrat peut contraindre le créancier à accepter un paiement partiel.

2/ La règle que le débiteur ne peut offrir *aliud pro alio* est écartée :

A/ Dans le droit de Justinien, par la nouvelle 4, qui autorise le débiteur de sommes d'argent à s'acquitter en offrant des immeubles (solution imposée par la rareté du numéraire).

B/ Dès l'époque classique, par l'accord des parties : les parties peuvent décider que le débiteur s'acquittera en fournissant une chose à la place de celle qu'il doit : c'est ce qu'on appelle une "*datio in solutum*" ou datio en paiement.

Les effets de ce procédé conventionnel de libération ont donné lieu à des difficultés, ainsi que sa nature juridique.

a) Tout d'abord, la datio en paiement peut-elle libérer le débiteur aussi complètement que s'il avait vraiment payé ? Gaius (III.168) nous apprend qu'il y eut sur ce point une divergence entre les Ecoles.

Selon les Proculiens, la datio en paiement n'est pas l'équivalent d'un paiement; *jure civili* la dette n'est pas éteinte. Mais le créancier commettrait un dol, s'il poursuivait encore le débiteur après avoir accepté une datio en paiement : le débiteur pourrait lui opposer l'*exceptio doli*. La datio en paiement n'éteint par conséquent la dette qu'*"exceptionis ope"*.

Les Sabiniens soutiennent au contraire que la datio en paiement vaut paiement et libère le débiteur, *ipso jure* et c'est ce point de vue qui finit par l'emporter.

b) Un autre problème met en cause la nature juridique de la *datio in solutum*. Qu'advient-il si le créancier est évincé par des tiers, de la chose qu'il a acceptée en guise de paiement ? Il a évidemment un recours contre son débiteur, mais lequel ?

Les textes fournissent deux solutions fort différentes.

Selon Marcien (D. 46.3.46 pr) le créancier n'a pas été payé; il peut par conséquent faire valoir sa créance, qui existe toujours "*manet pristina obligatio*" : l'obligation subsiste, avec toutes les garanties dont elle a pu être pourvue.

- Par contre Ulpien (D. 13.7.24 pr) et une constitution de Caracalla (C. 8.44.4) analysent tout autrement la situation. En acceptant la datio en paiement, le créancier est censé avoir acheté la chose

et l'avoir payée avec l'argent qui lui était dû. Nos vieux commentateurs tireront de ces textes l'adage "*dare in solutum vendere est*" (donner en paiement, c'est vendre).

Cette analyse conduit aux conséquences suivantes : 1. le créancier a reçu un paiement; la dette est éteinte et les cautions qui la garantissaient sont libérées définitivement; 2. mais le débiteur, considéré comme vendeur, doit à son acheteur - le créancier - la garantie contre l'éviction : le créancier évincé pourra donc exercer l'action *empti utilis* contre son débiteur.

Cujas mettait d'accord ces deux solutions divergentes. Celle de Marcien concerne l'hypothèse où le débiteur devait autre chose que l'argent : la *datio in solutum* est alors l'équivalent d'un échange. Or l'échange est un contrat innomé qui ne se forme que s'il y a d'abord une *datio*, c'est-à-dire un transfert véritable de la propriété. Si le débiteur n'est pas parvenu à rendre le créancier propriétaire de la chose offerte en guise de paiement, rien de valable n'a été fait : l'obligation primitive subsiste intacte.

Cujas fait remarquer que les textes qui appliquent la règle "datio en paiement vaut vente" concernant, et d'ailleurs ne peuvent concerner, que l'hypothèse où l'obligation a pour objet de l'argent : dans ce cas, on peut considérer que le créancier achète la chose avec l'argent qui lui est dû.

Cette explication ingénieuse exprime peut-être le système que les Compilateurs ont voulu établir en faisant figurer au Digeste et au Code les textes que nous avons signalés. Beaucoup d'auteurs pensent que le texte de Marcien nous fait connaître la solution de l'époque classique. On soutient que l'idée d'assimiler la *datio* en paiement à une vente était étrangère au droit romain, mais familière aux orientaux : les papyrus étudiés par de Francisci et Arangio-Ruiz témoignent de la persistance de cette conception dans le droit gréco-égyptien. Justinien aurait donc tenu compte du droit oriental en interpolant la constitution de Caracalla ainsi que le texte d'Ulpien. Mais cette doctrine ne me paraît pas indiscutable car un texte de Cicéron ("*Pro Flacco*" 21) parle déjà de "*vendere*" à propos d'esclaves offerts en paiement d'une dette d'argent.

La solution admise au Digeste est passée dans notre droit actuel (C.C. 2038) : le créancier, en acceptant un effet quelconque en paiement de la dette principale, décharge la caution, encore qu'il vienne à en être évincé et il n'a de recours que contre le débiteur.

## § 2 - CONDITIONS CONCERNANT LES PERSONNES

- a) Pour être valable, le paiement doit être fait par une personne capable de payer, à une personne capable de donner quittance.

Le pupille ne peut pas payer sans son tuteur : il est incapable d'alléner seul la propriété des choses qu'il possède. Il est incapable de recevoir paiement : il est bien capable de devenir propriétaire de ce qu'on lui remet, mais incapable d'éteindre son droit de créance.

La femme peut alléner sans son tuteur les *res nec mancipi* : elle peut donc faire seule certains paiements. A l'époque classique elle est capable de recevoir paiement.

- b) En principe, le paiement doit être effectué par le débiteur lui-même, au créancier : mais ce principe est loin d'être absolu.

- Le paiement peut être reçu valablement par un mandataire, un tuteur ou un curateur du créancier - par un *adstipulator* (créancier adjoint) - par un *adjectus solutionis gratia* (personne habilitée, par convention des parties, à recevoir paiement, sans être créancière adjointe). Mais un *negotiorum gestor* ne peut pas recevoir paiement à la place du créancier - Le paiement fait au *negotiorum gestor* ne devient valable que si le créancier le ratifie.

- Pour la plupart des obligations, peu importe que la dette soit payée par une personne plutôt que par une autre : l'exécution faite par un tiers, même à l'insu du débiteur, libère celui-ci (à condition bien entendu que le tiers ait agi en connaissance de cause et n'ait pas cru payer sa propre dette : dans ce cas, il y aurait paiement de l'indu et *condictio indebiti*).

Le paiement peut donc être fait par un *negotiorum gestor*, un donateur, une personne quelconque déléguée par le débiteur.

Seules les obligations contractées "*intuitu personae*" ne peuvent être valablement exécutées que par le débiteur en personne : obligations résultant du mandat, de la société, ou consistant dans une abstention ou un fait personnel.

## § 3 - CONDITIONS DE TEMPS ET DE LIEU

A défaut de convention spéciale la dette est en principe immédiatement exigible, à moins qu'un terme puisse être présumé en raison des circonstances de fait (ainsi, des intérêts ont été stipulés pour une certaine période; ou bien il est évident que l'exécution demande des délais, si par exemple il s'agit de bâtir une maison).

Le débiteur qui n'exécute pas au moment voulu peut se trouver "en demeure".

A défaut de convention particulière, les obligations de choses d'espèce doivent s'exécuter dans le lieu où se trouve l'objet le jour où le contrat est conclu. Les obligations de choses de genre sont "quérables", le paiement se fait au domicile du débiteur.

Le créancier peut cependant intenter l'action dans un lieu qui n'est pas celui où l'exécution doit se faire : l'action prend alors une forme particulière : c'est l'action de *co quod certo loco*, qui permet au juge de prononcer la condamnation en tenant compte de l'"*utilitas loci*", de l'intérêt qu'avaient les parties à ce que l'exécution ait lieu dans un endroit plutôt que dans un autre (cf. DUMAS : "L'*actio de co quod certo loco*", R.H.D. 1920, pp. 610-669).

#### § 4 - PREUVE DU PAIEMENT

Le débiteur peut prouver par tous les moyens l'existence du paiement qui l'a libéré (notre droit actuel est à cet égard plus formaliste, en exigeant une preuve écrite au-dessus d'un certain taux).

En droit romain, le débiteur ne manquait pas d'ordinaire de se ménager une preuve écrite, "une quittance" (1). On possède un grand nombre de quittances sur cire, provenant de la maison d'un homme d'affaires de Pompéi, Caecilius Jocundus. Ces quittances sont établies les unes en forme de *testatio*, scellées par des témoins, les autres en forme de chirographe délivré par le créancier.

Nous avons vu que Justinien permit au créancier de contester les quittances imprudemment délivrées sans avoir reçu paiement (*querela non numeratae solutionis*).

## CHAPITRE II : LA REMISE DE DETTE

En consentant une remise de dette, le créancier libère le débiteur, que celui-ci ait ou non payé. La remise de dette est le plus souvent une façon de dispenser le débiteur d'exécuter. Ce peut être une forme de libéralité, ou de constitution de dot. Ce peut être aussi un sacrifice consenti par

---

(1) En droit romain, la quittance s'appelle "*apocha*".



le créancier en vue d'obtenir en retour certains avantages : ainsi en matière de transaction. La remise de dette est parfois ordonnée par le juge, dans les actions arbitraires (*actio doli, actio metus*) : le juge enjoint au créancier de renoncer à un droit mal acquis.

Mais la remise de dettes peut aussi accompagner un paiement véritable : de cette façon le débiteur est libéré sans discussion possible sur la validité du paiement.

Les procédés pour réaliser la remise de dette sont les uns civils, les autres prétoriens, les uns solennels, les autres non solennels.

Dans le système du vieux *jus civile*, pour opérer la remise de dette, il fallait employer des formalités. Ces actes compliqués avaient d'abord accompagné de vrais paiements, puis quand le paiement devint par lui-même libératoire, ces vieilles solennités - ces simulacres de paiement - servirent à libérer le débiteur indépendamment de tout paiement. Ces modes solennels sont : la *solutio per aes et libram* et l'*acceptilatio*.

#### § 1 - SOLUTIO PER AES ET LIBRAM

Ce très ancien mode solennel de paiement n'était plus, au temps de Gaius, qu'un paiement symbolique, employé pour opérer remise de dette dans des cas très particuliers.

#### • Cas où elle est employée :

Gaius nous apprend qu'encore de son temps (III.173) il fallait recourir à ce procédé archaïque pour faire remise des dettes provenant soit d'un acte *per aes et libram*, soit d'un jugement.

- Que ce mode de libération ait été exigé pour éteindre des obligations nées *per aes et libram*, c'est conforme à la règle du "*contrarius actus*". On peut supposer que dans l'ancien droit romain l'obligation née d'un *nexum* ne pouvait s'éteindre que par un paiement solennel *per aes et libram*. Mais à quelles sortes de créances peut songer Gaius ? Certainement pas au *nexum*, qui n'existait plus depuis longtemps. Gaius parle du *legs per damnationem* : le testament civil est en effet un acte *per aes et libram*. Encore au temps de Gaius, le légataire, pour faire remise à l'héritier d'un legs portant sur une chose de genre, devait se servir de la *solutio per aes et libram*.

- Gaius affirme enfin que le défendeur condamné par jugement à payer une certaine somme d'argent ne pouvait obtenir remise de cette dette qu'au moyen de ce procédé solennel.

Dans ces deux catégories d'hypothèses, Gaius fait remarquer que le débiteur est - et se déclare solennellement - "*dammatus*" : faut-il en conclure que ce procédé de libération était exigé toutes les fois que le débiteur était "*dammatus*" ? Par exemple dans le cas de l'individu "*dammatus*", aux termes de la loi *Aquilia*, parce qu'il a commis un *damnum* ? Cette hypothèse, qui a été soutenue par des auteurs considérables, ne paraît guère admissible : elle donne aux mots "*dammas esto*" employés par la loi *Aquilia* une portée technique qu'ils n'ont pas.

. Forme :

La *solutio per aes et libram* est décrite par Gaius avec assez de détails. Cet acte solennel nécessite la présence des deux parties, assistées de 5 témoins et d'un *libripens* : c'est, à l'époque de Gaius, un simulacre de paiement. On s'accorde à reconnaître que primitivement c'était un paiement véritable : la somme due était payée en lingots d'airain, que l'on pesait en présence de témoins; ce mode de paiement ne pouvait évidemment concerner que des dettes ayant pour objet une certaine quantité d'airain. A l'époque de Gaius, le lingot ne figure plus, dans cette cérémonie, que comme un simulacre, et les jurisconsultes se sont efforcés de l'employer pour des dettes de choses de genre autres que de la monnaie (GAIUS : III.175).

Le créancier assiste à l'opération, il reçoit le lingot, et ne dit rien : son assentiment résulte de son attitude. C'est le débiteur qui prononce les paroles solennelles. Gaius reproduit celles qui devaient être prononcées dans le cas où la remise de dettes était consentie à un "*judicatus*", un individu condamné par jugement à payer une somme d'argent : "De ce que je suis condamné envers toi à telle somme, je me libère et m'acquitte à ce titre envers toi au moyen de cet airain et de cette balance d'airain" (ou "de cette livre d'airain", selon une traduction que nous croyons meilleure (1)). On pesait un lingot : le débiteur continuait : "Je pèse pour toi de la première à la dernière livre d'airain, conformément à la loi de la cité" (2).

- 
- (1) Il est en effet inadmissible que dans une même formule solennelle où le mot "*libra*" figure deux fois, ce mot soit pris successivement dans le sens de "balance" puis de "livre" : or la deuxième fois, le mot désigne de façon non douteuse un lingot pesant une livre : "*hanc tibi libram primam posteramque expendo*" : (cf. J. REINACH : R.H.D. 1947).
  - (2) Sur le sens de "*hanc primam posteramque libram expendo*", MONIER : "Studi Francisci" 1954, I, p. 33.

A l'époque où cette cérémonie servait à faire un vrai paiement, on pesait une à une des livres d'airain, autant qu'il en fallait pour donner au créancier ce qui lui était dû; quand ce ne fut plus qu'un procédé destiné à réaliser une remise de dette, on se contenta de peser un seul lingot, qui symbolisait ce qui était dû.

Le débiteur frappait le lingot (pour le faire sonner et montrer qu'il était de bon aloi), et le remettait au créancier "en guise de paiement" (*velut solvendi causa*).

A l'époque classique, ce procédé compliqué, peu employé, ne présentait qu'un intérêt pratique assez mince : mais pour l'histoire du vieux droit romain, la description que Gaius donne de cet acte archaïque est extrêmement précieuse : on s'en est servi pour reconstituer, par symétrie inverse, la forme du mystérieux *nexum*. On peut s'en servir pour se faire une idée de la forme la plus ancienne du paiement de dettes d'airain (1).

## § 2 - ACCEPTILATIO

Cette remise de dette, dont la solennité se fait "*verbis*", est le pendant de la stipulation. Comme dans la stipulation, nous retrouvons un dialogue, mais ici c'est le débiteur qui prend le premier la parole. Il emploie des termes consacrés, que nous connaissons par Gaius (III.169) :

"*Quod ego tibi promisi habesne acceptum ?*" (Ce que je t'ai promis, le tiens-tu pour reçu ?)

Le créancier répond :

"*Habeo*" (Je le tiens pour reçu)

Dans l'ancien droit romain, le paiement de dettes résultant d'une stipulation devait, pour être libératoire, s'accompagner de cette formalité; puis, quand il fut admis que le paiement, à lui seul, suffisait à éteindre la dette, l'*acceptilatio* devint une formalité destinée à libérer le débiteur, qu'il ait ou non exécuté. Ce n'est plus, comme le dit Gaius, qu'une "*imaginaria solutio*", un simulacre de paiement.

### Conditions :

Les seules dettes que l'on puisse éteindre par ce procédé sont celles qui résultent d'un contrat *verbis*, et même plus exactement d'un contrat comportant un dialogue; ce qui exclut la *dictio dotis*. Nous trouvons ici une application très nette du principe de la concordance de forme : on éteint au moyen d'un dialogue les dettes nées d'un dialogue.

---

(1) Sur le paiement *per aes et libram*, cf. TITE-LIVE VI.14, anecdote de Manlius qui règle la dette d'un centurion : "*rem creditori palam populo solvit, libraque et aere liberatum emittit ...*" (en 384 a. J.C.).

L'*acceptilatio*, comme la stipulation, nécessite la présence des parties et même des parties en personne : l'*acceptilatio* ne peut pas être faite par un mandataire du créancier, pas même par un tuteur pour le compte de son pupille.

Plusieurs conditions découlent de cette idée que l'*acceptilatio* a d'abord été un paiement, et est encore à l'époque classique un simulacre de paiement.

- 1) L'*acceptilatio* ne peut comporter ni terme ni condition; car un paiement ne peut être que pur et simple.
- 2) La validité d'une *acceptilatio* partielle était discutée, parce qu'à l'époque classique, on ne considérait pas comme libératoire, même pour partie, le paiement partiel.
- 3) Les conditions de capacité requises pour consentir cette remise de dette sont celles qui sont exigées pour recevoir paiement. Cependant les règles anciennes se sont ici mieux conservées qu'en matière de paiement : à l'époque classique, la femme était finalement devenue capable de recevoir paiement sans son tuteur, alors qu'il lui fallait encore son tuteur pour consentir une remise de dette par *acceptilatio*.

#### . Effets :

Les effets sont ceux d'un vrai paiement : la dette est éteinte exactement comme si le créancier avait (comme il le déclare) reçu son dû. L'*acceptilatio* produit donc l'effet libératoire le plus complet; reconnue par le *jus civile*, elle agit "*ipso jure*".

Comme le paiement, elle a un effet absolu, lorsqu'il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs pour la même dette :

- a) Plusieurs co-créanciers : l'*acceptilatio* consentie par l'un d'eux, ou par un créancier "adjoint" (*adstipulator* : cas visé par le second chapitre de la loi *Aquilina*), libère le débiteur à l'égard de tous.
- b) Plusieurs co-débiteurs solidaires, ou plusieurs cautions engagées *verbis* : l'*acceptilatio* consentie à l'un d'eux libère entièrement tous les autres.

• La stipulation Aquilienne :

Nous venons de voir que l'*acceptilatio* ne peut être employée que pour éteindre des dettes *verbis* : on est arrivé à l'utiliser pour éteindre toutes sortes de dettes et même pour mettre fin à toutes sortes de contestations relatives aux droits les plus variés, en faisant passer ces dettes ou ces droits dans une stipulation, dont on éteignait ensuite les effets par l'*acceptilatio* (1).

Ce procédé est entré dans les usages dès une époque ancienne : il a été perfectionné par le jurisconsulte Aquilius Gallus (ami de Cicéron et prêteur en 66 a. J.C.); il imagina une forme particulière de stipulation, qui porte son nom : la stipulation Aquilienne. Les termes en sont rapportés par Justinien dans ses Institutes (3.29.2) et au Digeste (FLORENTINUS, D. 46.4.18). On énumère dans cette stipulation les créances, droits réels, actions que l'on désire éteindre et l'on stipule, sans la fixer d'ailleurs, une somme d'argent équivalente. L'autre partie promet cette somme indéterminée. Il ne reste plus qu'à la libérer de cette promesse, par *acceptilatio*.

La stipulation Aquilienne est conçue sur le type d'une formule d'action : comme la *litis contestatio*, elle transforme en créance d'argent les droits les plus variés.

Ce procédé était très commode pour apurer des comptes entre tuteurs et pupilles, mandataires et mandants : aussi eut-il un grand succès. La stipulation Aquilienne fut employée dans tout le monde romain et même en Orient : Justinien témoigne de sa persistance dans le droit byzantin et des papyrus en mentionnent l'utilisation en Egypte encore au VII<sup>e</sup> s. de notre ère (P. LOND : IV.2017; BELL : "Byz." Z.XXII.393).

§ 3 - REMISE DE DETTE LITTERIS

Existait-il une remise solennelle de dettes par un jeu d'écritures comptables ? Gaius n'en parle pas. Nous sommes cependant très portés à croire que ce procédé devait exister :

- 1) D'abord en vertu de la règle de concordance de forme; pour faire remise d'une dette née *litteris*, il ne semble pas qu'on puisse envisager d'autre procédé qu'une formalité correspondante : une écriture comptable caractérisée par le mot *acceptum* (reçu).

---

(1) DE VISSCHER : R.H.D. 1928, p. 360 et bibliographie, *ibid.* p. 528, n. 1.  
SOLAZZI : S.D.H.I. 1939, 479 sq.

- 2) Plusieurs textes au surplus font allusion à la remise de dettes *litteris* pour des dettes nées d'un contrat *litteris* : (PLINE LE JEUNE : 2.4.2; PAPINIEN : Frg. Vat. 329) et surtout d'un texte d'Ulpien (D. 46.4.16 pr, où l'expression "*accepto feratur*" semble bien concerner une formalité écrite : ce texte nous fait savoir que cette remise de dette avait exactement le même effet qu'un paiement, et notamment un effet absolu, lorsqu'elle était accordée à l'un des débiteurs "*participes ejusdem obligationis*".

#### § 4 - MODES NON FORMALISTES DE REMISE DE DETTE

##### . Contrarius consensus :

En interprétant la règle de la concordance de forme, la jurisprudence classique était arrivée à cette conclusion qu'en matière de contrats consensuels le consentement suffisait pour délier les parties d'obligations que le seul consentement avait suffi à faire naître.

La remise de dette par simple convention fut d'abord admise dans le cas où le contrat n'avait reçu encore aucune exécution : "*rebus adhoc integris*". Puis on la considéra comme possible, si les choses étaient susceptibles d'être remises en leur état primitif : ainsi les obligations découlant d'une vente peuvent être éteintes par une convention des parties, même après le paiement du prix ou la livraison de la chose si le vendeur est disposé à rendre le prix et l'acheteur la chose.

Tiré de l'interprétation d'une règle du droit civil, le *contrarius consensus* est un mode d'extinction du *jus civile*; les effets se produisent "*ipso jure*".

##### . Le pacte :

En dehors des contrats consensuels la simple convention peut encore être employée comme procédé de remise de dette.

- 1) C'est un procédé reconnu par le plus ancien droit romain, et qui joue *ipso jure*, pour éteindre des dettes délictuelles. Il a toujours été permis à la victime d'un délit de "faire la paix" (*pacisci*) avec le délinquant, de faire une transaction (*damnum decidere*), en fixant une composition de gré à gré. Cet arrangement amiable ne demande aucune solennité, sa validité n'en est pas moins reconnue par le *jus civile* pour la plupart des délits privés : *furtum, injuria*. Par contre, en

matière de *damnum*, il n'est pas permis de transiger tant que l'affaire n'a pas donné lieu à une *litis contestatio* - mais on peut encore transiger sur le droit né de la *litis contestatio* : nous en verrons la raison plus loin.

## 2) Pacte de remise :

Lorsque le droit civil ne reconnaît aucune validité au pacte de remise, celui-ci se trouve ordinairement sanctionné par le prêteur au moyen de l'exception de pacte : si le débiteur est poursuivi alors que le créancier lui a fait remise non solennelle de la dette, il lui est possible d'invoquer le pacte de remise sous forme d'exception. Le pacte de remise est par conséquent un mode prétorien, qui joue *exceptionis ope* : mode très commode, sans forme, possible à distance, entre absents.

Il convient de distinguer plusieurs sortes de pactes de remise :

a) Le *pactum "de non petendo"*, par lequel le créancier s'engage à ne plus poursuivre le débiteur, est une véritable remise de dette.

- Il peut être employé pour toutes sortes de dettes - sauf cependant pour celles que sanctionnent des actions à litis crescence (PAUL Sent. 1.19.2) comme les actions *judicati*, *depensi*, *ex testamento*, *Legis Aquiliae*. En ce qui concerne l'obligation résultant d'un jugement ou d'un legs *per damnationem* cela ne doit pas nous surprendre, puisque nous savons déjà que la remise de dettes, pour ces sortes de dettes, doit se faire "*per aes et libram*". Paul admet cependant (Sent. L.1.50) la validité du pacte relatif à la *res judicata*, si le but poursuivi n'est pas de transiger, mais de faire une donation.

Il est beaucoup plus difficile de savoir pourquoi il n'est pas permis de transiger en matière de *damnum*; cela semble résulter d'une disposition spéciale de la loi *Aquilia* (Thèse PAOLI : "*Lis infitiamdo*", Paris 1933, p. 222).

Le pacte de remise peut être tacite : on considère que le créancier fait remise de la dette, par le seul fait qu'il remet au débiteur la "*cautio*", son titre de créance.

Le pacte de remise peut être consenti de façon à éteindre la dette à l'égard de tous les co-débiteurs et de toutes les cautions : on dit alors qu'il est "*in rem*"; à l'inverse, ce peut être une faveur accordée à l'un des débiteurs, avec un effet simplement relatif : le pacte est alors "*in personam*".

- b) Il ne faut pas confondre avec le pacte de remise, la convention par laquelle le créancier accorde des délais : le *pactum de non petendo intra certum tempus*, pacte de ne pas poursuivre avant telle date. Si le créancier exige paiement avant le jour convenu, le débiteur lui oppose l'exception de pacte, mais une fois le délai révolu, si le débiteur opposait l'exception de pacte, le créancier anéantirait l'effet de cette exception au moyen d'une réplique de dol.

### CHAPITRE III : LA NOVATION

La novation éteint une obligation pour lui en substituer une autre. Dans notre droit moderne, où elle n'a plus qu'une importance assez réduite, la novation résulte de l'intention des parties et l'obligation nouvelle peut avoir un objet différent de celui de l'obligation antérieure. Cette façon de comprendre la novation est celle que l'on trouve dans la Compilation de Justinien : elle ne correspond nullement à la conception primitive, ni même à celle du droit romain classique (1).

#### § 1 - ORIGINE

Dans le vieux droit romain, la novation ne reposait pas sur l'intention des parties : elle s'imposait aux parties en matière de stipulation comme une conséquence inévitable des principes du droit. Lorsqu'un débiteur promettait ce qui était déjà dû, il était de principe qu'il ne pouvait y avoir qu'une seule dette : la règle "*bis de eadem re ne sit debitum*" faisait pendant à la règle "*bis de eadem re ne sit actio*" qui empêchait le renouvellement des procès dans la procédure des Actions de la loi.

Cette règle est à la base du mécanisme de la solidarité conventionnelle, active ou passive; si plusieurs créanciers stipulent la même chose ou si plusieurs débiteurs promettent la même chose, la chose n'est due qu'une fois : il n'y a qu'une dette : de sorte que le paiement ou la *litis contestatio* intervenant entre l'un des débiteurs et l'un des créanciers éteint la dette à l'égard de tous.

---

(1) BONIFACCIO : "*La novatio nel diritto romano*" 1950 et cr. LEMOSSE : R.H.D. 1951, 103; WOLFF : IURA, 1951, 238.



Cette même règle explique tout le jeu de la novation : si l'on stipule une chose qui est déjà due, cette chose ne peut être due qu'une fois : elle le sera en vertu de la stipulation et cessera par conséquent de l'être en vertu du rapport de droit antérieur : l'obligation antérieure est éteinte. Les principes du droit conduisaient fatalement à ce résultat, qu'il fût ou non conforme au désir des parties (1).

Vers la fin de la République, il fallut assouplir cette règle qui était très gênante en matière de cautionnement. Les cautions s'engageaient par stipulation : elles promettaient la même chose (*idem*) que le débiteur. D'après les règles que nous venons de voir, l'engagement des cautions aurait dû produire novation et libérer le débiteur principal. Or ce n'est pas le but que l'on poursuit lorsqu'on engage des cautions : on ne cherche pas à libérer le débiteur, mais à munir la dette d'une garantie personnelle.

Dans l'ancien droit romain on parvenait à résoudre cette difficulté en engageant les cautions en même temps et par le même acte que le débiteur principal. On évitait ainsi de stipuler des cautions pour une dette déjà née. La caution et le débiteur principal promettaient ensemble la même chose, comme feraient des co-débiteurs solidaires : la chose n'était due qu'une fois, mais pouvait être exigée de l'un ou de l'autre, parce que l'engagement de l'un ne libérait pas l'autre.

Ce procédé était gênant : il fallait avoir les cautions sous la main au moment même où l'on faisait le contrat avec le débiteur principal : le besoin se fit sentir de pouvoir engager les cautions un certain temps après le débiteur principal, et par acte distinct.

La jurisprudence fit admettre qu'on pouvait engager des cautions sans que cela produisît novation : il y avait désormais des cas où la stipulation d'une dette antérieure produisait novation, et des cas où elle n'avait pas cet effet.

Le criterium qui permet de savoir si la stipulation produit ou ne produit pas novation n'est pas à l'époque classique l'intention des parties ; les textes qui parlent de l'"*animus novandi*" sont interpolés. A l'époque classique, ce sont les circonstances de fait, les conditions objectives dans lesquelles intervient la stipulation, qui permettent de dire si elle produit ou non novation.

La doctrine classique n'en est pas moins restée fidèle à cette idée ancienne que la novation résulte d'une promesse portant sur une chose déjà due. Ulpien définit encore la novation : "la transfusion et le trans-

---

(1) POMPONIUS (D. 45.1.18) : "*Qui bis idem promittit ipso jure amplius quam semel non tenetur*" = Celui qui promet deux fois de suite la même chose n'est obligé de plein droit (en vertu du *jus civile*) qu'une seule fois.

fert d'une dette antérieure dans une obligation nouvelle" (D. 46.2.1 pr). A l'époque classique la novation suppose toujours un "*idem debitum*" et il n'y a pas de novation par changement d'objet : cela serait incompatible avec l'idée même que les juriconsultes se font de la novation.

Dans le droit de Justinien au contraire, la novation se fonde sur la volonté de nover, l'*animus novandi*. Rien ne s'oppose alors à admettre la novation par changement d'objet, lorsque telle est la volonté des parties.

## § 2 - CONDITIONS DE LA NOVATION

### A/ Epoque classique :

A l'époque classique, il faut, pour que la novation se produise, une obligation ancienne, une obligation nouvelle, des circonstances de fait qui justifient la novation.

#### 1°) Obligation ancienne :

L'obligation que la novation éteint doit d'abord exister : on n'éteint pas le néant. Pour qu'on puisse parler de novation, il faut supposer qu'il existe d'abord une dette.

Peu importe sa nature : ce peut être une dette contractuelle ou délictuelle, civile ou prétorienne. Ce peut être une dette naturelle, ou même une dette paralysée par certaines exceptions (*mutuum* contracté par un fils contrairement au *senatus consulte macédonien*). Si la dette antérieure est conditionnelle, la novation ne s'opère qu'à l'arrivée de la condition.

#### 2°) Obligation nouvelle :

##### . Forme :

Nover, c'est stipuler ce qui est déjà dû : la novation se réalise au moyen d'une stipulation, la stipulation novatoire. C'est un contrat *verbis*, auquel on donne pour objet la dette antérieure. Ce procédé exige la présence des parties.

Le contrat *litteris*, avec la *transcriptio a persona in personam* ou *a re in personam*, paraît bien produire une sorte de novation. Ce procédé présente l'avantage d'être possible entre absents. Mais Gide a contesté la possibilité d'employer le contrat *litteris* pour

faire novation. Ce que l'on peut remarquer, c'est que le contrat *litteris* ne produit pas une véritable novation. La stipulation novatoire éteint et crée tout à la fois; tandis que l'inscription d'un *expensum* crée une dette sans rien éteindre et l'extinction résulte d'une autre écriture, l'inscription d'un *acceptum*.

Les romains ont-ils admis la possibilité d'opérer novation, sans formalité, par un simple pacte ? On a parfois prétendu que le pacte de constitut, au moins dans le droit de Justinien, pouvait remplir cet office. Cela ne paraît pas prouvé. Si l'on fait un constitut de la dette d'autrui, ce pacte passé entre le créancier et le nouveau débiteur ne change pas la situation du débiteur primitif; pour libérer celui-ci il faudrait que le créancier lui consente un pacte de remise. Cette novation résultant de deux actes séparés n'est plus une vraie novation.

. L'obligation nouvelle  
n'a pas besoin  
d'être valable :-----

Il n'est pas indispensable, pour produire un effet extinctif, que la stipulation novatoire fasse naître une obligation valable. Si la promesse novatoire a été faite "*post mortem*" (pour après la mort du stipulant ou du promettant), ou bien si elle a été faite par un pupille ou une femme sans leur tuteur, aucune obligation n'en découle et cependant Gaius (III.176) affirme que la dette antérieure est malgré tout éteinte : le créancier, dit-il, perd en pareil cas tous ses droits : sa créance ancienne est éteinte et la créance qui devait la remplacer est nulle. Par contre la promesse faite par un esclave, bien qu'elle mette à sa charge une obligation naturelle, ne produit aucun effet extinctif : la dette antérieure subsiste comme si aucune stipulation novatoire n'avait été faite. De même si la stipulation novatoire a été faite par un pérégrin en se servant à tort de la *sponsio*, réservée aux romains : cet acte n'a pas même les apparences d'un contrat *verbis* et ne produit absolument aucun effet (1).

La stipulation novatoire peut être affectée d'une condition suspensive : ses effets sont très compliqués. Tant que la condition est en suspens, le débiteur est censé bénéficier d'un pacte de remise et ne peut être poursuivi. Si la condition se réalise, la no-

---

(1) De même en matière de cautionnement par *sponsio* (G. III.119), le *sponsor* est, dans certains cas, obligé alors même que la dette principale est nulle, et ces cas sont ceux que nous trouvons ici : le parallélisme est signalé par BOULVERT ("La validité de l'obligation principale ...", Etudes Audinet, Aix 1968, p. 11).

vation se produit normalement. Si la condition fait défaut, l'obligation nouvelle ne naît pas : l'obligation ancienne est-elle éteinte ? Oui, si l'on a fait novation sans changer le débiteur, car celui-ci continue à bénéficier du pacte de remise; non, si l'on a fait une novation par changement de débiteur; l'ancien débiteur reste tenu. Cette question avait d'ailleurs donné lieu à des divergences que Gaius nous rapporte (III.179).

. Idem debitum :

La stipulation novatoire a le même objet que la dette ancienne : le principe de l'identité d'objet tient aux origines de la novation.

Il ne s'agit pas ici d'une simple identité de chose, mais d'une identité de dette "*idem debitum*". Une chose peut être due plusieurs fois, je peux parfaitement m'engager à payer 10 à Primus, puis 10 à Secundus, puis encore 10 à Tertius, etc ... sans qu'il y ait novation : c'est sans doute la même somme, mais ce sont là des dettes différentes : à l'un je veux payer une chose que je lui ai achetée, à l'autre je rembourse un prêt, au troisième je veux faire un cadeau.

Mais si je promets à Secundus les 10 que je dois à Primus, c'est bien la même dette que je fais passer dans la stipulation avec Secundus : il y a novation.

En droit romain, cette identité résulte des termes de la stipulation novatoire : "*Quod te Titio dare oportere, dare mihi spondes ne ?* = Me promets-tu ce que tu dois fournir à Titius ?

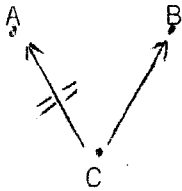
. Aliquid novi :

Mais la novation, comme son nom l'indique, suppose l'introduction d'un élément nouveau. Si les deux obligations étaient à tous égards identiques, il n'y aurait pas novation, mais confirmation d'un contrat déjà conclu.

L'étude de cet élément nouveau va nous permettre de passer en revue les différentes applications de la novation : et nous allons constater qu'elle jouait en droit romain un rôle pratique très important.

1. Novation *inter novas personas*  
(par changement de personnes)  
.....

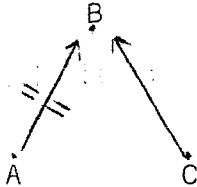
a) Novation  
par changement de créancier :



C promet à B ce qu'il doit à A : la dette de C envers A est éteinte, remplacée par une dette de C envers B. Le débiteur C s'engage envers B sur les instructions que lui donne son créancier primitif A (*jussus*).

C'est une façon, nous l'avons vu, de faire une cession de créances, avec le concours et le consentement du débiteur cédé.

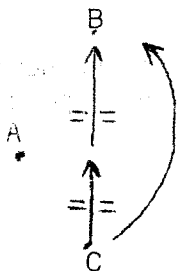
b) Novation  
par changement de débiteur :



C promet à B ce que A doit à ce créancier B : c'est une *stipulatio debiti alieni*. La dette de A envers B est éteinte, remplacée par une dette de C envers B. Le consentement de A n'est pas nécessaire : il peut se trouver libéré sans le savoir.

Ce peut être une façon de réaliser une donation ou de constituer une dot : C est le donateur ou le constituant; A le donataire ou le mari. Les commentateurs donnent parfois à cette application de la novation le nom d'"*expromissio*". Le mot figure dans les textes, mais n'a pas toujours un sens aussi précis : les juriconsultes entendent par "*expromissor*" celui qui s'engage à la place d'un autre - avec ou sans novation.

c) Novation  
par changement  
de créancier et de débiteur :



Le créancier B a un débiteur A qui se trouve être créancier de C. C pourrait payer ce qu'il doit à A qui, avec cette somme, pourrait se libérer envers B : cela nécessiterait deux paiements, deux transports de numéraire.

A demande à son débiteur C de s'engager envers B; il délègue à son créancier B son débiteur C : c'est une des formes possibles de délégation (*delegatio debiti*).

C promet à B ce qu'il doit à A : sa dette envers A est éteinte (= novation par changement de créancier). Par ailleurs A est libéré envers B du fait qu'il lui a délégué sa créance : délégation vaut paiement : *qui delegat solvit* (cf. § 4).

Un seul paiement sera fait au lieu de deux : si C et B sont tous deux à Rome et A à Ephèse, on évitera de transporter la même somme de Rome à Ephèse, puis d'Ephèse à Rome : on économisera ainsi des frais et des risques.

2. Novation *inter easdem personas*  
(sans changement de personnes)  
.....

Le débiteur promet à son créancier ce qu'il lui doit déjà.

L'élément nouveau peut être :

a) Changement de cause,

c'est-à-dire de la source de l'obligation. Ce qui par exemple était dû en vertu d'un contrat de bonne foi, est dû désormais en vertu de la stipulation, contrat de droit strict. Ou bien on transforme en obligation civile une obligation naturelle.

b) Adjonction ou suppression  
d'un terme ou d'une condition :

Il y a novation quand on transforme une dette pure et simple en dette conditionnelle, ou inversement.

c) Adjonction ou suppression d'une caution :

un débiteur, déjà tenu *verbis*, fait avec son créancier une nouvelle stipulation, mais cette fois en y faisant intervenir une caution, un *sponsor*. Cette seconde stipulation produit-elle novation ? Les Proculiens ne le croyaient pas ; les Sabinien (et Gaius III.178) étaient d'avis qu'il y avait bien là une novation : Justinien a reproduit dans ses Institutes l'opinion de Gaius, mais en parlant de fidejusseurs au lieu de *sponsores* comme le faisait Gaius.

3. Circonstances de fait  
qui justifient la novation  
.....

A l'époque classique, la stipulation qui a pour objet une dette déjà née ne produit pas nécessairement novation : tout dépend des circonstances.

Ainsi la stipulation faite tout de suite après un *mutuum* n'est pas considérée comme une stipulation novatoire ; il n'y a pas novation par changement de cause, substitution d'une obligation *verbis* à une obligation *re*, mais uniquement un contrat *verbis*, car la numération des deniers n'intervient que pour justifier la stipulation (cf. supra p. 84 : POMONIUS, D. 46.2.6.1).

Très souvent la stipulation de la dette d'autrui n'est pas faite pour libérer le débiteur, mais pour engager des cautions. Les termes employés ne laissent là-dessus aucun doute : les cautions

qui s'engageaient par *sponsio* ou *fidepromissio* promettaient "*idem*" : les fidéjusseurs déclaraient : "*id fide mea jubeo*". Le formalisme qui, à l'époque classique, existait encore en matière de stipulation, permettait de savoir s'il s'agissait d'un cautionnement ou d'une novation par changement de débiteur.

## B/ Droit de Justinien :

Depuis la constitution de Léon de 472, il était possible de faire une stipulation en se servant de n'importe quel mot : il devint dès lors très difficile de savoir si une stipulation était ou non novatoire : on cherchait, d'après les circonstances, ce qu'avait pu être l'intention des parties.

Dans le droit de Justinien, l'intention de nover (*animus novandi*) est devenue le fondement même de la novation. Mais pour qu'il n'y ait pas de doute possible sur cette intention, Justinien, dans une constitution de 530 (C. 8.41.8) exige que les contractants expriment clairement leur volonté de nover - faute de quoi l'ancienne obligation subsiste. Cette solution est celle de notre droit actuel (C.C. 1273) :

"La novation ne se présume point : il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte"

Mais à partir du moment où c'est la volonté des parties qui fonde la novation, rien ne s'oppose à admettre la novation par changement d'objet. Cette solution, étrangère à l'esprit du droit romain, figure dans plusieurs textes du Digeste, notamment PAPINIEN : D. 46.2.28) : tous ces textes sont interpolés.

La novation par changement d'objet produit l'effet d'un pacte de remise : elle n'éteint la dette antérieure qu'"*exceptionis ope*".

## § 3 - EFFETS DE LA NOVATION

a) La novation éteint la dette ancienne.

C'est un mode d'extinction du *jus civile*, qui produit son effet *ipso jure* (sauf dans la novation par changement d'objet).

La dette est éteinte avec tous ses accessoires, ses garanties. La novation purge la demeure : les intérêts moratoires cessent de courir.

b) La novation - ordinairement - fait naître une obligation nouvelle, celle qui découle de la stipulation novatoire.

Cette obligation est absolument distincte de l'ancienne.

Elle ne profite pas des garanties qui l'entouraient - par contre le débiteur ne peut pas opposer les exceptions qui pouvaient être opposées à la créance primitive.

Cette institution qui a joué un si grand rôle en droit romain est en pleine décadence : le Code Civil, par respect des traditions, en parle encore, mais plusieurs législations modernes (Code Allemand, Code Fédéral Suisse) ne mentionnent même pas la novation. Cette décadence s'explique aisément : nous n'avons plus besoin de la novation pour réaliser la cession de créance, les paiements par virement, etc ... La novation par changement de cause ne présente guère d'intérêt quand on ne distingue plus obligation de bonne foi et obligation de droit strict. En somme en droit moderne la novation par changement d'objet est la seule qui peut encore avoir un intérêt pratique; or c'est une forme de novation que le droit romain classique ignorait.

#### § 4 - LA DELEGATION

Dans la Compilation, le titre "*De novationibus et delegationibus*" (D. 46.2 et C. 8.41.42) réunit les deux institutions : c'est pourquoi il est d'usage d'étudier la délégation à propos de la novation. En réalité ce sont là deux choses distinctes : il arrive assez souvent que la délégation se complique d'une novation, mais il peut y avoir délégation sans novation.

Le délégant (A) permet au délégataire (B) d'obtenir quelque chose du délégué (C). Dans certains cas, cela aboutira à une novation : il en est ainsi dans l'emploi le plus fréquent de la *delegatio debiti*, cas déjà signalé ci-dessus : A paie sa dette envers B en se servant de sa créance sur C : il délègue à B son débiteur C et la stipulation qui intervient entre B et C est une stipulation novatoire. On pourrait aussi réaliser cette délégation en se servant du contrat *litteris*, comme Gaius (III.130) l'explique à propos de la *transcriptio a persona in personam* : on procède à un changement de débiteur. Sur proposition de son débiteur A, le créancier B inscrit en *expensum* dans ses écritures comptables le nom de C, d'accord avec ce dernier, pour la somme que lui doit A.

Mais on peut envisager une *delegatio debiti* qui n'a pas pour but de libérer le délégant, celui-ci n'ayant pas de dette à régler : A se sert de la créance qu'il a sur C pour prêter de l'argent à B, ou constituer une dot (le débiteur C en ce cas pourra employer la *dictio dotis*, sur le *jussus* de la femme A qui se constitue une dot (G. : III.95a) ou faire une donation à B.

D'autre part, la délégation de dette n'est pas la seule possible : il existe bien des exemples de *delegatio pecuniae* : l'objet n'est plus ici une créance, et toute idée de novation est ici exclue. L'opération porte sur une dation : par exemple A, pour prêter à B une somme qu'il n'a pas, demande à son banquier C de lui en faire l'avance, et de la remettre à l'emprunteur B. Nous ne trouvons ici aucune extinction de dette, mais création de deux créances : une du banquier C qui a consenti une avance à son client A; une autre au profit de A sur B, en raison du *mutuum* qu'il lui a consenti et réalisé par l'intermédiaire de son banquier.



Si A veut employer une donation que va lui faire C pour faire lui-même une donation à B, il délègue son donateur C à son donataire B : il n'y a ici ni extinction ni création d'obligations; mais une seule datio (de C à B) réalise deux donations qui auraient dû normalement nécessiter deux dations, de C à A, puis de A à B.

La délégation permettait de corriger les inconvénients que présentait un système juridique peu favorable à la représentation et aux promesses entre absents : elle était déjà très employée au temps de Cicéron, et souvent en recourant aux services des banquiers.

. Forme :

Le délégant manifestait sa volonté de déléguer sans employer de formalités : un muet peut déléguer en rédigeant un billet ou même par un signe de tête (ULP. : D. 46.2-17) (1). Entre le délégué et le délégataire un acte juridique intervient, qui nécessite leur accord : ce peut être, selon les circonstances, une *datio* (par exemple remise effective de deniers du délégué au délégataire) ou un acte générateur d'obligations : stipulation, contrat *litteris*, *dictio dotis* ou même un simple pacte de constitut (C. 8.41(42)-7, de 294 : mais ltp., cf. ROUSSIER : "Constitut", p. 137 : l'effet novatoire du constitut est une innovation de Justinien).

. Effets :

Le grand avantage pratique de la délégation est de réaliser d'un seul coup deux opérations. Quand A paie ce qu'il doit à B en lui déléguant son débiteur C, tout va se passer comme si C ayant payé à A, celui-ci avait ensuite payé B avec cet argent.

- a) Dans les rapports entre A le délégant, et B le délégataire, la délégation vaut paiement. Si A veut régler une dette envers B, la délégation le libère comme s'il avait effectivement payé. Si A veut consentir un *mutuum* à B, le *mutuum* se réalise comme s'il avait remis les deniers à B. Le délégant ne répond pas de la solvabilité du délégué : ce risque est supporté par le délégataire qui a accepté ce mode de règlement.
- b) Les rapports entre B et C découlent de l'acte intervenu entre eux : si C a promis de payer à B, il doit exécuter ce contrat sans pouvoir lui opposer les exceptions qu'il aurait pu invoquer s'il avait été poursuivi par A, son créancier primitif. Mais le délégant, en tirant profit d'une créance qu'il n'aurait pas pu faire lui-même valoir en justice, s'enrichit injustement au détriment du délégué : celui-ci pourra exercer une *condictio* contre le délégant (ULP. : D. 46.2.13).

---

(1) Ce *jussus* doit émaner d'une personne capable : le pupille doit obtenir l'*auctoritas* de son tuteur pour faire une délégation (D. 46.3.66).

#### CHAPITRE IV : LA COMPENSATION

La compensation est un mode de règlement auquel on peut recourir lorsque deux personnes sont en même temps créancière et débitrice l'une envers l'autre (1).

Le mot "*compensatio*" éveille l'idée d'une pesée : les dettes sont mises en balance, ou comme dit Modestin la dette et la créance se mêlent entre elles (*debiti et crediti inter se contributio*, D. 16.2.1). Si les deux dettes sont égales, elles sont toutes deux éteintes : si elles sont inégales, elles s'éteignent, la plus petite complètement, et l'autre jusqu'à concurrence de la plus petite.

Ce procédé présente de grands avantages :

Il est commode : il dispense les parties de faire deux paiements auxquels elles auraient dû procéder si elles n'avaient pas recouru à ce mode de règlement : vous me devez 10, je vous dois 10, nous sommes quittes.

Il est équitable : il met la partie solvable à l'abri de l'insolvabilité de son partenaire. Si l'on ne fait pas compensation, la partie solvable paie intégralement sa dette, mais ne reçoit pas ce qui lui est dû. Avec la compensation, la partie solvable se trouve payée, en ne payant pas sa dette.

La compensation présente de tels avantages que, dans notre droit actuel, "elle s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs" (C.C. 1290). Dans notre droit civil la compensation se produit automatiquement dès qu'apparaît à la charge d'un créancier une dette au profit de son débiteur. Cependant cette compensation automatique ne se produit que si certaines conditions se trouvent réunies : il faut que les deux dettes soient fongibles, liquides, exigibles (art. 1291). Si ces conditions font défaut, le juge peut encore, s'il le trouve convenable, faire compensation en prononçant le jugement. Enfin les parties ont toujours la faculté de recourir à ce mode de règlement si elles le désirent.

Il existe par conséquent dans notre droit actuel trois sortes de compensations : une compensation légale, sous certaines conditions prévues par la loi - en dehors de ces conditions, il peut y avoir compensation judiciaire et compensation conventionnelle.

En droit romain, la compensation ne s'est introduite qu'à la suite de longs efforts. Le formalisme ancien se prêtait mal à une institution de ce genre : primitivement il fallait employer des formalités appropriées

---

(1) SOLAZZI : "*La compensazione nel diritto romano*", Napoli 1950 et c.r.  
KRELLER : IURA 1951, 216-223.

pour éteindre chaque sorte de dette : la coexistence de dettes réciproques ne pouvait évidemment pas entraîner leur extinction. Il n'y avait donc pas de compensation légale. Le droit de l'époque classique connaît la compensation conventionnelle et dans des cas bien délimités la compensation judiciaire. Justinien reconnut à cette dernière une portée générale : mais nous ne croyons pas qu'il ait songé à établir une compensation légale.

## § 1 - LA COMPENSATION CONVENTIONNELLE

Il est possible que dès une époque ancienne, les praticiens aient conseillé aux particuliers de régler ainsi leurs dettes réciproques. Il suffisait, pour obtenir ce résultat, d'utiliser les modes d'extinction en usage pour opérer une remise de dette. La compensation conventionnelle se réalisait au moyen de deux remises de dette : par exemple en faisant deux *acceptationes* si les deux dettes étaient *verbis*. A l'époque classique on se servait de deux pactes de remise, qui présentaient l'avantage de pouvoir se faire sans formalité et à distance.

Mais on ne pouvait mettre facilement en balance que des dettes liquides et fungibles. Dans le cas où ces conditions n'étaient pas remplies, Quintilien ("*Institutiones Oratoriae*" 3.10) nous fait connaître le procédé auquel on avait recours, sous le nom de "*mutuae petitiones*". Lorsque les deux dettes portaient sur des choses différentes dont il était difficile de déterminer la valeur, les deux parties se faisaient, d'accord entre elles, un procès : les deux dettes étaient ainsi soumises au même juge, qui procédait à leur estimation. Les jugements transformaient chaque dette en dette d'argent : la compensation conventionnelle était alors facile à réaliser.

## § 2 - LA COMPENSATION JUDICIAIRE

La procédure romaine présentait une particularité peu favorable à la compensation judiciaire; la formule d'action donnait au juge la mission de statuer sur une seule action, sur une seule créance.

Quand on lui demande d'examiner si NN<sup>US</sup> est débiteur envers AA<sup>US</sup>, il n'a pas à s'occuper de savoir si par ailleurs AA<sup>US</sup> est débiteur envers le défendeur. Pour ordonner la compensation, le juge, dans la plupart des cas, aurait dû s'occuper de questions que la formule ne lui permettait pas d'examiner.

C'est une chose que Sénèque, au 1er siècle de notre ère, constate en termes très clairs ("*De beneficiis*" 6.5.5); envisageant le cas d'un dépositaire qui a été victime d'un vol commis par le déposant, il déclare que le dépôt et le vol ne peuvent se compenser entre eux :

"Les formules ne se confondent pas entre elles, un droit ne se mêle pas à un autre droit, mais chaque droit suit sa voie : il y a une action pour le dépôt et une autre action pour le vol"

Malgré tout, la compensation judiciaire s'est installée dans le droit de l'époque classique : timidement d'abord, puis d'une façon beaucoup plus large à la suite d'un rescrit de Marc-Aurèle.

A/ La compensation judiciaire  
avant Marc-Aurèle :

Gaius, qui a écrit ses Institutes vers 160, nous permet de connaître avec précision l'état du droit avant la réforme introduite par Marc-Aurèle (161-180). Gaius (IV.63.68) s'occupe de la compensation à propos de la procédure.

1°) Dans les actions de bonne foi :

Il entre dans l'*officium* du juge de tenir compte des dettes qui résultent, à la charge des deux parties, de l'opération de bonne foi sur laquelle la formule l'invite à statuer. Par exemple, le juge qui statue sur l'action *pro socio*, doit s'occuper non seulement de la dette que le contrat de société met à la charge du défendeur, mais il doit aussi s'inquiéter de la dette que le même contrat de société a pu établir à la charge du demandeur envers le défendeur. Le juge examine l'affaire dans son ensemble : mis en présence d'un contrat synallagmatique, il peut, s'il le trouve équitable, réduire la condamnation au solde qui reste dû, après avoir opéré compensation entre les dettes réciproques des parties.

- Cette compensation joue entre des dettes provenant de la même source (du même contrat ou du même quasi-contrat) : *ex eadem causa*.
- Le juge peut opérer cette compensation entre des dettes qui portent sur des objets différents, car il entre dans ses attributions d'estimer en argent les droits des parties. Cette compensation est possible "*ex dispari specie*", entre dettes non fongibles.
- Ce pouvoir de compenser découle du caractère de bonne foi de l'action, conformément aux principes du *jus civile*. Ce mode d'extinction fonctionne donc "*ipso jure*" : le défendeur n'a pas besoin de faire insérer une exception dans la formule pour l'obtenir.
- Mais cette compensation est facultative : elle n'est pas légale, elle ne joue pas automatiquement. Le juge refusera certainement de faire entrer en compensation une créance non encore exigible.

2°) Dans les actions de droit strict :

La compensation, au temps de Gaius, était en principe impossible. L'action de droit strict sanctionne une opération unilatérale. Si le défendeur prétend avoir une créance à opposer en compensation, elle ne peut être qu'étrangère à l'affaire dont le juge est saisi. Le juge n'a donc pas le pouvoir de s'en occuper.

Gaius signale cependant deux exceptions à cette règle.

a) Compensation de l'*argentarius* :

Le banquier qui intente une action de droit strict contre son client, doit lui-même réduire sa demande en opérant compensation entre ce que lui doit son client et ce qu'il lui doit. En somme le banquier ne peut poursuivre ses clients que pour leur réclamer le solde passif de leur compte en banque.

Cette compensation fonctionne *ex dispari causa*, entre créances provenant d'opérations différentes.

Elle suppose des dettes fongibles et exigibles : le banquier ne peut pas compenser une dette d'argent avec une dette de blé : il faudrait pour cela qu'il procède à une estimation du blé, et l'estimation qu'il ferait lui serait contestée. On ne peut pas demander au banquier de déduire de sa demande les créances non encore échues de ses clients : ce serait lui faire perdre le bénéfice d'un terme auquel il a droit.

Enfin cette compensation est obligatoire : l'*argentarius* qui exige la totalité de sa créance, sans opérer compensation, commet une *plus petitio* : il perd son procès ... et son action (en vertu de la *litis contestatio*).

b) *Deductio* du *bonorum emptor* :

Le *bonorum emptor* a acheté en bloc tous les biens d'un failli, et trouve des créances dans ce patrimoine : il les fait valoir (avec des formules particulières). Or il peut arriver que le débiteur qu'il poursuit soit en même temps créancier de la faillite.

En pareil cas, le *bonorum emptor* se voit opposer par le défendeur ce que Gaius appelle une "*deductio*" : c'est une sorte de compensation. Le défendeur obtient, après débats devant le magistrat, une modification de la formule : la *condemnatio* de la formule sera rédigée "*cum deductio*"; le juge reçoit ainsi mission, après avoir reconnu le bon droit du *bonorum emptor*, de "déduire" de sa créance le montant de celle qu'oppose le défendeur.

Cette "*deductio*" joue entre créances provenant de sources différentes (*ex dispari causa*), comme la *compensatio* de l'*argentarius*, mais elle s'en écarte à bien des points de vue.

Il n'est pas nécessaire ici que la dette opposée en compensation soit fongible et échue. En effet, c'est ici le juge lui-même qui opère la compensation en prononçant la condamnation : or le juge transforme toujours en argent les créances des parties : il peut donc faire la balance entre elles, même si leur objet est différent. De plus la *venditio bonorum* rend exigibles les dettes à terme du failli (règle établie pour activer la liquidation de la faillite).

Enfin le *bonorum emptor* est traité moins sévèrement que l'*argentarius* : on ne l'oblige pas à réduire lui-même sa demande : s'il ne fait pas lui-même la *deductio*, il ne commet pas une *plus petitio*. Il appartient ici au défendeur de faire valoir ses droits en temps voulu, *in jure*, quand on rédige la formule.

B/ La compensation judiciaire  
après le rescrit de Marc-Aurèle :

On ne connaît ce rescrit que par ce qu'en dit Justinien dans ses Institutes (4.6-30) :

"... dans les actions de droit strict, la compensation s'opérait, en vertu d'un rescrit de Marc-Aurèle, en opposant au demandeur l'exception de dol"

- Ce rescrit se situe entre 161-180 (et comme il n'est pas question de Verus, entre 169-180).

La compensation qui, au temps de Gaius, n'était possible dans les actions de droit strict que dans deux cas très spéciaux, est admise par Marc-Aurèle de façon générale.

Justinien indique brièvement l'économie du système : le défendeur qui se prétendait créancier de son adversaire faisait insérer une exception de dol dans la formule si le demandeur, après les débats, refusait de réduire sa demande.

L'emploi de l'exception de dol est ici très justifié : le demandeur commet un dol en intentant l'action comme il le fait : car "c'est un dol de réclamer ce qu'on sera bientôt forcé de restituer". Il s'agit ici d'un "*dolus praesens*" : dol commis en intentant l'action.

On rencontre plus de difficultés quand on essaye de déterminer les effets de cette exception. A l'époque de Marc-Aurèle, les exceptions,

lorsqu'elles étaient vérifiées, entraînaient purement et simplement l'absolution complète du défendeur : la distinction des exceptions minutaires et des exceptions péremptoires est une invention tardive : au surplus, dans le droit de Justinien, l'*exceptio doli* est encore classée dans la catégorie des exceptions péremptoires.

Lorsque les deux dettes sont égales, l'effet péremptoire de l'exception aboutit à un excellent résultat : le défendeur est absous; les deux dettes sont complètement éteintes.

Mais si la créance du demandeur est plus grande que celle du défendeur, l'absolution complète, que l'exception *doli* procure à ce dernier, est inique : d'autant plus que le demandeur n'a pas la faculté de reprendre le procès en rectifiant sa demande : il a fait *litis contestatio* pour le montant intégral de sa créance et a ainsi épuisé son droit d'agir en justice.

La technique de l'exception de dol ne permet pourtant pas de supposer une autre solution que celle-là. On peut d'ailleurs remarquer que si la solution est sévère pour le demandeur, elle ne le prend pas en traître; il y a eu des débats *in jure*; le défendeur, à ce moment-là, a demandé que le montant du litige soit réduit. Si le demandeur s'y est à tort refusé, il en subit ensuite les conséquences.

. Caractères de cette compensation :

- Elle est judiciaire :

Au début du procès, le demandeur est invité à faire compensation, sous menace de perdre son procès.

- Elle est facultative :

Le juge considère si le demandeur a commis un dol en refusant la compensation : le juge a sur ce point un pouvoir d'appréciation. Si la créance opposée en compensation n'est pas échue, ou si elle est contestable, le demandeur n'a commis aucun dol en refusant de réduire sa demande.

Elle produit ses effets à partir du jugement, et non pas à partir du jour où les dettes ont commencé à coexister (à la différence de notre compensation légale) : si l'une des dettes était productive d'intérêts, les intérêts ont continué à courir même après l'apparition de l'autre dette, et la compensation prononcée par le juge n'a pas un effet rétroactif.

Cette compensation concerne les actions de droit strict et par conséquent joue entre dettes provenant de sources différentes (*ex dispari causa*). Pouvait-on opposer en compensation une dette portant sur un objet différent (*ex dispari specie*) ? La chose paraît possible, car le juge pouvait procéder à l'estimation des choses dues.

Enfin ce mode d'extinction fonctionne "*exceptionis ope*" grâce à une institution du droit prétorien, l'exception de dol.

On s'est demandé si la réforme de Marc-Aurèle concernant les actions de droit strict n'avait pas réagi sur le système de la compensation dans les actions de bonne foi. L'exception de dol, dit-on, est sous-entendue dans les actions de bonne foi : le défendeur aurait donc pu invoquer le rescrit de Marc-Aurèle pour opposer la compensation *ex dispari causa*, dans les actions de bonne foi. Mais cette hypothèse est discutable. Chaque opération de bonne foi constituait un tout : il est peu vraisemblable que les jurisconsultes aient songé à bouleverser l'économie des actions de bonne foi en y introduisant une réforme qui, à la vérité, ne concernait que les actions de droit strict.

C/ La compensation  
dans le droit de Justinien :

A la fin de l'époque classique, la question de la compensation judiciaire était, il faut en convenir, bien compliquée : il y avait quatre régimes distincts : l'un pour les actions de bonne foi, l'autre avec le rescrit de Marc-Aurèle, pour les actions de droit strict, sans oublier les deux régimes particuliers de l'*argentarius* et du *bonorum emptor* ! Dans chacun de ces régimes, les conditions, le mécanisme, les effets, tout était différent !

Justinien apporta en cette matière une réforme complète par une constitution de 531 (C. 4.31.14), résumée dans ses Institutes (Ins. 4.6.30).

Les régimes particuliers sont abolis : la compensation judiciaire est soumise à des règles uniformes : c'est une institution qui prend un caractère général : quelle que soit l'action intentée, de droit strict ou de bonne foi, la compensation peut être opposée par le défendeur.

On peut même opposer des obligations naturelles (tout au moins certaines obligations naturelles) - et (ce qui est plus singulier) la compensation peut fonctionner avec des droits sanctionnés par des actions réelles.

Justinien ne refuse la compensation qu'à deux sortes de défendeurs : le dépositaire, et le possesseur qui s'est emparé d'une chose par violence.



Il suffit que les dettes soient liquides, fongibles, échues, pour que la compensation puisse être demandée.

Dans ses Institutes, Justinien déclare que la compensation opère "*ipso jure*" (*ut compensationes ... actiones ipso jure minuant*).

Ce texte a été mal compris par les vieux commentateurs; ils ont cru qu'il s'agissait d'une compensation "de plein droit", c'est-à-dire automatique : notre compensation légale est sortie de ce contre-sens. En réalité, Justinien, qui vient d'indiquer la réforme de Marc-Aurèle, et le système de l'*exceptio doli*, s'enorgueillit d'avoir fait beaucoup mieux, en permettant à la compensation de jouer sans qu'on ait besoin d'une exception : c'est ce que signifie, dans ce texte, l'expression "*ipso jure*". La compensation dont Justinien parle dans ses Institutes est une compensation judiciaire : ce n'est pas une compensation légale, automatique.

Mais il est possible que dans quelques cas particuliers Justinien ait admis une sorte de compensation légale : ainsi le mari débiteur de la dot en argent bénéficie d'une compensation "de plein droit", au sens actuel du mot, en ce qui concerne les impenses dotales (D. 25.1.5).

o

Parmi les modes volontaires d'extinction, il faut encore signaler le terme extinctif et la condition résolutoire : ce sont des hypothèses où l'extinction de l'obligation est prévue à l'avance par une convention des parties. Cette question sera étudiée dans la quatrième partie.

o

## CHAPITRE V : MODES INVOLONTAIRES

Les modes involontaires, ou nécessaires, d'extinction des obligations sont nombreux.

- A/ Les uns se rattachent à la question de l'intransmissibilité de certaines obligations : certaines obligations s'éteignent par la mort du créancier ou par celle du débiteur - les dettes contractuelles s'éteignent par la *capitis deminutio* du débiteur.

B/ Les autres se rattachent à l'idée que l'obligation s'éteint lorsque son exécution devient impossible, en fait ou en droit.

Le débiteur reste malgré tout tenu s'il est en demeure, ou s'il est responsable de l'inexécution, ou s'il y a pour lui un enrichissement : ces réserves faites, le débiteur est libéré dans les cas suivants :

- 1) Perte de la chose due, si c'est un corps certain et s'il n'est ni en demeure, ni responsable.
- 2) Mise de cette chose hors du commerce (l'esclave dû a été affranchi).
- 3) Le créancier est devenu propriétaire de la chose due, autrement que par l'exécution de l'obligation. S'il a fait quelque dépense pour acquérir la chose, il peut demander à en être indemnisé, de sorte que le débiteur n'est vraiment libéré que si son créancier a acquis la chose à titre gratuit : c'est ce qu'on appelle le concours de causes lucratives.
- 4) La confusion : les qualités de créancier et de débiteur se trouvent réunies en une même personne pour une même dette: par exemple le débiteur hérite de son créancier, ou inversement. L'exécution devient impossible : on ne peut pas être créancier envers soi-même.

Certains juristes disent que la Confusion est une sorte de paiement. Cette façon d'analyser la confusion conduit à des conséquences fâcheuses en cas de pluralité de débiteurs solidaires : si la confusion vaut paiement, il suffit que le créancier hérite d'un des débiteurs, pour que tous les autres soient libérés à son égard. Les Proculiens se refusaient à admettre pareille solution : ils considéraient que la confusion est chose très différente du paiement; c'est un obstacle à l'action du créancier. Cet obstacle a un caractère personnel. Il peut aussi n'être que temporaire : ainsi lorsque la victime d'un délit acquiert par héritage l'esclave qui a commis le délit, l'action noxale s'éteint par confusion : mais selon les Proculiens, l'action n'est pas à proprement parler éteinte, elle est en sommeil, à cause d'un obstacle qu'elle rencontre : si la victime affranchit cet esclave, elle peut intenter l'action pénale contre le délinquant devenu *sui juris* (GAIUS IV.78).

La confusion est un mode civil, qui joue *ipso jure*.

C/ La prescription :

- 1) L'idée que les obligations puissent s'éteindre par l'effet du temps est tout à fait étrangère au droit ancien : les actions civiles, qui sanc-

tionnent les obligations reconnues par le *jus civile*, étaient encore restées à l'époque classique, des actions perpétuelles.

Il n'y avait de dérogation à cette règle que dans quelques cas. Ainsi l'*actio auctoritatis* s'éteignait au bout d'un ou deux ans, parce que, passé ce délai, l'usucapion rendait superflue la garantie établie par la loi des XII Tables au profit du *mancipio accipiens*. On peut signaler aussi la disposition de la loi *Furia* qui libère "*ipso jure*" les *sponsores* et *fidepromissores* au bout de deux ans (règle établie en faveur des cautions).

- 2) Par contre les actions établies par les magistrats étaient souvent soumises à de courts délais : la plupart des actions prétorienes sont annales. Les actions prétorienes ne sont guère perpétuelles que lorsqu'elles se substituent à des sanctions civiles perpétuelles (ainsi l'action *furti manifesti*). Les actions édilitiennes en matière de vices rédhibitoires s'éteignent très rapidement (2 mois, 6 mois).

Sans parler d'une extinction de l'obligation par prescription, il y avait par conséquent des cas, à l'époque classique, où l'on ne pouvait plus rien exiger du débiteur, au bout d'un certain temps, parce que l'action était éteinte.

- 3) Le principe que les droits garantis par la loi sont imprescriptibles est théoriquement défendable : en fait, il est dangereux de permettre aux particuliers de soulever des litiges relativement à des droits trop anciens. Dans l'intérêt de la paix publique, la loi impose un sacrifice à celui qui tarde trop à agir. Ce point de vue, qui est celui de nos législations modernes, était déjà celui de certains gouverneurs de provinces dès l'époque classique (édit du Préfet d'Egypte au Premier siècle).

Théodose II établit d'une façon générale le principe de la prescription trentenaire, par une constitution de 424 (1); c'est donc, à la Basse-Epoque, un principe général que, passé le délai de 30 ans, on peut opposer au demandeur une fin de non recevoir.

Cette prescription extinctive concerne toutes les actions, tant réelles que personnelles, qui antérieurement étaient perpétuelles : les actions temporaires continuaient à être soumises à leurs délais particuliers.

---

(1) C. 5.7.39.3 : bien qu'insérée au C.Th. 4.14.1, publiée en 438 pour l'Occident, elle n'est pas encore appliquée en Gaule en 449 comme le prouve Sidoine APOLLINAIRE (Ep. 8.6). Une nouvelle de Valentinien III imposa en Occident le système de la prescription trentenaire (Nov. Val. 26 de 449).

Certaines actions restaient imprescriptibles : l'action en réclamation de liberté, l'action du fisc en réclamation de l'impôt foncier.

L'action hypothécaire contre des tiers détenteurs se prescrivait par les dix à vingt ans de la *praescriptio longi temporis*, ou à défaut par la prescription de trente ans établie en 424. Mais cette constitution conservait un caractère perpétuel à l'action hypothécaire dirigée contre le débiteur. Une constitution de Justin fit disparaître la perpétuité de cette action en la soumettant à une prescription de quarante ans, assez singulière, puisque la dette elle-même se prescrit plus vite, par trente ans (C.J. 7.39.7 de 525).

La prescription de 30 ans court du jour où l'action peut être intentée. Elle est suspendue à l'égard de certaines personnes (impubères, mineurs de 25 ans, fils de famille pour les biens adventices). Elle est interrompue par l'exercice de l'action ou la reconnaissance de dette résultant d'un paiement partiel ou d'un écrit, etc ...

La prescription est-elle simplement une fin de non recevoir, ou éteint-elle l'obligation elle-même ? Agit-elle *ipso jure* ou comme moyen de défense ? La question est controversée. De plus, il ne semble pas qu'elle laisse subsister une obligation naturelle (D. 46.8.25.1 : répétition de l'indu en cas de paiement d'une dette prescrite; libération des cautions : D. 46.3-38.4).

ooooo

o

## QUATRIEME PARTIE

### MODALITES ET PLURALITE DE SUJETS

#### TITRE PREMIER

#### LES MODALITES

°°° Selon Paul (D. 44.7-44 pr) il y aurait quatre sortes de modalités : *modus*, *accessio*, *diēs*, *conditio*.

#### . Modus :

Paul entend par là l'alternative, qui peut concerner l'objet de l'obligation : il y a "*modus*" lorsqu'on stipule en ces termes "promets-tu de me donner 10 ou l'esclave Stichus ?".

Il importe de remarquer que si notre mot "modalité" dérive du latin "*modus*", ce mot, dans la langue technique du droit romain, ne désigne pas toutes les modalités, mais une seule. Le mot *modus* a aussi un autre sens : dans le Code de Justinien (C. 8.54) un titre traite "*De donationibus quae sub modo ... conficiuntur*"; c'est-à-dire des donations avec charge : dans la langue de la Basse-Epoque, *modus* peut signifier "charge" en matière de donations.

#### . Accessio :

L'*accessio* consiste à adjoindre dans un contrat le nom d'une personne habilitée à recevoir paiement : cette modalité concerne le mode d'exécution. L'*accessio* peut être soit "*personae*", soit "*rei*". L'*accessio personae* se présente lorsqu'on stipule en ces termes : "promets-tu de donner 10,

soit à moi-même, soit à Titius ?" (*mihî aut Titio*). Titius ne peut pas agir, mais peut recevoir paiement : il est "*adjectus solutionis gratia*". Nous avons vu que c'est un procédé employé pour valider la stipulation pour autrui.

. Accessio rei :

L'*accessio rei* consiste à désigner un tiers habilité à recevoir paiement, tout en prévoyant que l'objet de ce paiement sera différent de celui qu'on stipule pour soi-même : "promets-tu de me donner à moi 10, ou de donner tel esclave à Titius ?". La désignation d'un "*adjectus solutionis gratia*" se complique ici d'une *datio in solutum* : l'esclave pourra être donné en paiement à la place des 10, à condition que l'on exécute entre les mains de Titius.

Nous n'insisterons pas davantage sur le *modus*, dont nous avons déjà parlé à propos de l'objet de l'obligation; pour l'*accessio*, nous renvoyons à la stipulation pour autrui.

Il nous reste, des quatre modalités signalées par Paul, à étudier le terme "*dies*" et la condition. Le terme et la condition sont des événements futurs dont on fait dépendre les effets d'un acte juridique : l'étude de ces modalités intéresse les actes juridiques en général : aussi bien les actes translatifs de propriété ou les dispositions à cause de mort, que les contrats et les modes d'extinction des obligations. Nous étudierons ici les modalités dans les contrats.

Certains actes juridiques, par leur nature même, sont affectés d'une modalité de ce genre : la constitution de dot comporte toujours la condition tacite que le mariage ait lieu; le prêt à intérêt suppose un terme.

Mais ordinairement, terme et condition résultent de clauses insérées dans le contrat.

Les vieux actes juridiques - les "*actus legitimi*" - se prêtaient mal à l'adjonction de ces modalités : la plupart des actes formalistes ne pouvaient être que purs et simples (mancipation, *in jure cessio*, *acceptilatio*). Dans les contrats formalistes il est vraisemblable que l'adjonction d'un terme a dû être admise assez rapidement : mais il y eut beaucoup plus de difficultés à y introduire une condition. La condition n'a jamais été admise dans le contrat *litteris* et sa validité était encore discutée, en matière de stipulation, vers la fin de la République.

Par contre, il est toujours possible d'introduire ces modalités dans les contrats non formels.

## CHAPITRE I : LE TERME (DIES)

Le terme est un événement futur qui doit nécessairement se produire. Le terme est "certain" quand il s'agit d'une date future; il est "incertain" quand il s'agit d'un événement qui se produira, mais dont on ne connaît pas la date : par exemple, "quand telle personne décèdera".

Au point de vue de ses effets, on distingue le terme suspensif et le terme extinctif.

### § 1 - TERME SUSPENSIF (DIES A QUO)

C'est un terme à l'arrivée duquel on subordonne l'exigibilité de la dette (1).

A l'époque classique, cette modalité pouvait être insérée dans toutes sortes de contrats, formels ou non formels, par une simple clause.

Le terme peut être dans l'intérêt du débiteur (ainsi dans le *mutuum*) ou dans celui du créancier (ainsi dans le dépôt), ou enfin dans l'intérêt des deux (ainsi dans le prêt à intérêt). En principe on présume que le terme est dans l'intérêt du débiteur (il n'est dans l'intérêt du créancier que dans les contrats de bienfaisance, et dans les autres contrats en vertu d'une clause explicite).

#### Effets :

Le terme suspensif n'affecte pas l'existence de l'obligation, mais ajourne simplement son exécution.

1/ L'exécution est ajournée : d'où les conséquences suivantes :

---

(1) Si le terme suspensif est le décès du stipulant ou du promettant, la question qui se pose est celle de la validité de la stipulation "*post mortem*" (étudiée supra : "Stipulation pour autrui") : cf. SOLAZZI : "*Sull'obbligazione a termine iniziale*", IURA, 1950, pp. 49 sq.

- a) Le créancier commet une *plus petitio* s'il poursuit le débiteur avant terme (au cas où le terme est en faveur du débiteur). S'il est en faveur du créancier, le débiteur ne peut pas le contraindre à recevoir un paiement anticipé.
- b) La dette à terme ne peut pas être opposée en compensation.

2/ Mais la dette existe dès le jour du contrat : d'où les conséquences suivantes :

- a) Si le terme est en faveur du débiteur, il peut y renoncer et faire un paiement valable sans attendre le jour fixé.
- b) S'il paie avant terme, il ne paie pas indûment : aussi ne pourra-t-il pas exercer la *condictio in debiti*.
- c) La dette à terme peut faire l'objet d'une remise de dette par *acceptilatio*.
- d) Elle peut constituer un des éléments de la novation et peut servir de support à un cautionnement, à une hypothèque.

## § 2 - TERME EXTINGTIF (DIES AD QUEM)

C'est un terme à l'arrivée duquel l'obligation doit s'éteindre, après avoir produit jusque là ses effets, comme une obligation pure et simple. Le vieux *jus civile* était hostile à ce genre de modalité : pour éteindre une obligation, il fallait des formalités : une simple clause ajoutée au contrat ne pouvait produire cet effet.

La validité du terme extinctif fut admise dans les contrats de bonne foi et sans difficulté en ce qui concerne les contrats *consensu* : le terme extinctif était même d'usage courant dans le louage (on loue une maison pour un an, on embauche un ouvrier pour six mois), dans le mandat et la société. Le terme met fin au contrat : les obligations déjà nées avant l'arrivée du terme restent valables et peuvent donner lieu à une action en justice après le terme (ainsi pour les loyers qui n'ont pas été payés avant l'expiration du bail).

Il fut beaucoup plus difficile de faire admettre l'introduction d'un terme extinctif dans les contrats de droit strict.



Le droit prétorien parvint cependant à le valider, dans le cas de la stipulation de rente viagère. Cette stipulation comporte un terme extinctif : l'obligation du débit rentier, d'après la convention des parties, doit s'éteindre au décès du crédit rentier : la stipulation se présente ainsi : "promets-tu de me verser tous les ans telle somme tant que je vivrai ?". Le préteur eut à écarter deux difficultés :

1°) D'après les principes du *jus civile* la stipulation forme un tout qu'il est impossible de décomposer en plusieurs stipulations qui concerneraient chacune une annuité. Le contrat fit naître une créance unique, ayant pour objet toutes les annuités qui pourront être dues; cet objet est indéterminé (*incertum*), au moment où l'on fait la stipulation, puisqu'on ignore combien d'années le crédit rentier vivra.

Les conséquences de ce principe c'est que le crédit rentier, en réclamant la rente, déduit en justice tout le droit indéterminé qu'il tient de la stipulation. Il fait *litis contestatio* aux seules annuités échues : une *praescriptio*, placée en tête de la formule, faisait savoir que le procès était fait uniquement "*cujus rei dies fuit*", pour les annuités échues. On donnait ainsi au droit du demandeur un objet déterminé et limité, et on lui réservait la faculté d'agir d'autres fois encore, pour de nouvelles annuités.

2°) D'après les principes du *jus civile*, le terme extinctif inséré dans un contrat de droit strict ne produisait aucun effet : le contrat devait se comporter comme s'il avait été pur et simple : l'obligation qui en découlait était perpétuelle. Par conséquent, dans le cas d'une stipulation de rente viagère, les héritiers du crédit rentier pouvaient encore exiger le service de la rente à leur profit : le décès du crédit rentier n'éteignait pas l'obligation. Cette solution était absolument contraire à ce que les parties avaient voulu faire.

Le préteur valida le terme extinctif en permettant au débit rentier de repousser la prétention des héritiers au moyen de l'exception de pacte. Le terme extinctif était interprété comme un pacte "*de non petendo*" : interprétation hardie (car un terme inséré dans un contrat est une clause et n'est pas un pacte) mais qui ne souleva pas d'objection, en raison du résultat équitable qu'elle permettait d'atteindre.

Ainsi donc, dans les contrats de droit strict, le terme extinctif lorsqu'on admet sa validité, est un mode prétorien d'extinction des obligations et ne vaut qu'"*exceptionis ope*". Dans les contrats de bonne foi au contraire, le terme extinctif produit des effets reconnus par le *jus civile* et vaut "*ipso jure*".

## CHAPITRE II : LA CONDITION

### . NOTIONS GENERALES

#### . Définition :

La condition est un événement futur et incertain à la réalisation duquel on subordonne l'existence même de l'obligation : sa naissance ou son extinction.

C'est un événement futur : un événement passé, fût-il inconnu des parties, n'est pas une condition, car le sort de l'obligation est déjà accompli et dont attend simplement la constatation.

C'est un événement incertain : la condition introduit un élément d'aléa dans le contrat.

#### . Caractères requis :

La condition doit présenter certains caractères. Elle doit être :

1°) Possible.

2°) Licite et morale :

Il faut considérer moins la condition elle-même que l'ensemble du contrat : ainsi il est licite de ne pas épouser telle personne; mais promettre une peine pécuniaire au cas où l'on n'épouserait pas, c'est faire une stipulation sous condition illicite, parce que contraire au principe de la liberté matrimoniale.

En droit romain, le caractère impossible ou illicite de la condition entraîne la nullité du contrat - sans distinguer, comme le fait notre Code Civil (art. 900) les actes onéreux et les libéralités : en droit romain, c'est seulement en matière de legs et d'institution d'héritier que ...

"... les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois et aux moeurs, sont réputées non écrites"

. Classification :

On peut classer les conditions de différentes façons :

1) Conditions positives - conditions négatives

Positive : si tel événement se produit.

Négative : si tel événement ne se produit pas.

Il est ordinairement facile de constater qu'une condition positive est remplie : "si Titius a un fils" : dès la naissance de cet enfant la condition est réalisée. Par contre, il faut souvent attendre longtemps pour savoir si une condition négative est remplie : "si Titius n'a pas d'enfant" : il faut attendre le décès de Titius pour pouvoir dire qu'il n'a pas eu d'enfant et qu'il n'en aura pas.

2) Conditions casuelles - potestatives - mixtes.

- Casuelle :

C'est un événement qui dépend entièrement soit du hasard, soit d'un tiers.

- Potestative :

La condition purement potestative est celle qui consiste à faire dépendre l'obligation du seul bon vouloir du débiteur : "Vous me donnerez 10 si vous voulez" : une telle condition rend le contrat sans valeur : le promettant n'est pas obligé : il n'y a aucune contrainte contre lui.

Par contre la condition potestative simple est valable, et même très fréquente : c'est un fait que doit accomplir, soit le débiteur, soit le créancier. La stipulation *poenae* faite pour obtenir un *facere* du débiteur est une stipulation sous condition potestative.

- Mixte :

C'est un événement qui dépend à la fois de la volonté d'une des parties et d'un élément extérieur, par exemple d'un tiers : comme la condition "de se marier".

3) Si l'on envisage les effets de la condition, on distingue la condition suspensive et la condition résolutoire.

## § 1 - CONDITION SUSPENSIVE

La condition suspensive s'est introduite assez facilement dans les contrats de formation assez tardive : contrats *re* de bonne foi et contrats consensuels. A l'époque classique, il est possible de l'insérer dans la stipulation et même dans le *mutuum*, mais cela ne fut pas admis sans difficulté - et l'on discutait encore sur les effets de cette modalité : Julien mit fin à ces hésitations.

Les effets de la condition suspensive doivent être examinés en se plaçant successivement à différents moments (1). Ils soulèvent le délicat problème de la formation successive des actes juridiques.

### A/ Pendente conditione :

Quels sont les effets de la condition, en attendant qu'on sache si elle est réalisée ou si elle fait défaut ?

- La doctrine, sur ce point, a évolué.

- 1) Au début de l'Empire, Labéon analyse ainsi la situation : tant que la condition n'est pas réalisée, il n'existe encore aucune obligation, puisqu'on ne sait même pas si elle existera jamais. Si par conséquent le débiteur empêche la condition de se réaliser, le créancier ne peut pas exercer contre lui un recours en s'appuyant sur le contrat : si le débiteur a agi de façon déloyale, il faudra venir au secours du créancier au moyen d'une action particulière "*in factum*" (D. 18.1.50 : *praescriptis verbis agi posse*).
- 2) Au 1<sup>er</sup> s., Julien parvint à analyser de façon plus satisfaisante les effets de la condition : il est bien exact, pense ce juriste, que l'obligation n'existe pas encore, mais il y a déjà, en vertu du contrat, un *vinculum*; un engagement pris par le débiteur, un lien : cet engagement est conditionnel, il n'en existe pas moins.

Cette distinction entre l'obligation et le *vinculum* permet d'arriver aux solutions suivantes :

---

(1) Il faut tenir compte en cette matière des textes concernant les legs conditionnels : une obligation conditionnelle résulte souvent d'un testament qui oblige l'héritier à exécuter tel legs si telle condition se réalise (legs *per damnationem* sous condition).

a) L'obligation  
n'existe pas encore :

Par conséquent, si le créancier agit, il perd son procès, car il agit en justice, alors qu'il n'a encore aucun droit.

La *litis contestatio* qu'il fait ne l'empêche pas d'agir à nouveau si dans la suite la condition se réalise, car la *litis contestatio* n'a pas pu éteindre un droit qui n'existait pas encore.

Si le débiteur exécute par erreur, il paie l'indu et peut exercer la *condictio indebiti*. La novation d'une obligation conditionnelle n'a d'effet qu'au moment où la condition se réalise : il faut qu'une première dette existe pour qu'elle puisse être transportée dans une nouvelle obligation (D. 46.2-14.1).

b) Mais il y a déjà un *vinculum* :

Le débiteur ne peut pas se dégager à sa guise : s'il rend la condition irréalisable, le créancier peut se servir de l'action même du contrat pour obtenir des dommages-intérêts (JULIEN : D. 35.1.24 : règle admise en matière de legs et étendue à la stipulation = D. 50.17.161 : fiction que la condition est réalisée).

L'identité des parties est déjà fixée dès le jour du contrat : on doit apprécier leur capacité à ce moment-là, et non au moment de l'arrivée de la condition. Si un fils de famille devient créancier sous condition, puis change de *pater* (par adoption), c'est le père qui avait la puissance au jour du contrat qui profite de la créance, bien que le fils ne soit plus dans sa *familia* le jour où la condition se réalise.

L'obligation conditionnelle peut être garantie par des cautions, par une hypothèque : le débiteur peut être libéré par *acceptilatio* (POMPONIUS : 46.3.16).

3) Dans la Compilation, Justinien explique autrement le mécanisme de la condition suspensive : il applique la théorie des droits en suspens (1).

Tant que la condition n'est pas réalisée, l'obligation n'existe pas, mais il existe déjà au profit du créancier un espoir ("*spes debitorum iri*") : l'espoir qu'il y aura une dette.

---

(1) Théorie exposée dans I.J. 3.14.25. Les textes du Digeste qui parlent de "*spes obligationis*" paraissent être interpolés (GAIUS : D. 35.2-73.1; ULP. : D. 50.16.54).

Cet espoir figure dans le patrimoine du créancier, a une valeur appréciable en argent (on en tient compte pour le calcul de la quotité disponible en matière testamentaire) (D. 35.2.73-1 *itp* ?).

Cet espoir permet au créancier de prendre déjà des mesures conservatoires. Certes il ne peut pas exercer l'action pour réclamer l'exécution et dans le droit de Justinien, le créancier qui agit alors que la condition est encore en suspens, commet une *plus petitio temporis*. Il ne peut pas faire vendre les biens du débiteur, puisqu'il ne peut pas demander l'exécution; mais, pour assurer la conservation de son espoir, il peut déjà obtenir une *missio in bona* sur les biens du débiteur, si celui-ci devient insolvable : il peut aussi se prémunir contre l'insolvabilité des héritiers du débiteur en demandant la séparation des patrimoines (D. 42.4.6 *pr itp*, en contradiction avec *ht.* 14.2; 42.6.4 *pr itp*).

Enfin cet espoir, qui figure dans le patrimoine du créancier, se transmet à ses héritiers : la créance conditionnelle est transmissible (solution dont le caractère classique est très douteux) (D. 18.6 - 8 *pr itp*).

#### B/ Conditio deficit :

La condition ne se réalise pas : en ce cas l'opération est réduite à néant. Le *vinculum* lui-même ou l'espoir (dans le droit de Justinien) s'évanouissent, avec tous les droits qui avaient pu en découler : ainsi les cautions sont libérées. L'acte fait sous condition ne produit aucun effet : il n'y a jamais eu d'obligation.

#### C/ Conditio existit :

La condition se réalise. L'obligation prend alors naissance, si toutefois les conditions générales, concernant son objet, sont à ce moment-là réunies. Si par exemple l'objet dû a péri par cas fortuit, la condition aura beau se réaliser, l'obligation ne pourra pas naître, parce qu'elle n'a pas d'objet, au moment où elle pourrait commencer à se former (voir ce que nous avons dit à propos des risques dans la vente).

Les juristes classiques ne reconnaissent pas un effet rétroactif à la condition suspensive : l'obligation commençait à produire ses effets à partir de l'arrivée de la condition et non à partir du jour du contrat : ainsi dans le cas d'une vente faite sous condition suspensive, l'acheteur n'a pas droit aux fruits produits par la chose entre le jour du contrat et l'arrivée de la condition (D. 18.6-8 *pr*).

Dans le droit de Justinien, la théorie des droits en suspens devait conduire à envisager tout autrement l'effet de la condition suspensive : dès le jour du contrat, le créancier a déjà un droit (*spes debiti-tum iri*) : un droit en suspens.

L'arrivée de la condition confirme ce droit, transforme l'espoir en un droit effectif : ce droit existait déjà, en puissance, dès le jour du contrat. L'arrivée de la condition aura par conséquent un effet rétroactif : ainsi l'hypothèque qui garantit une créance conditionnelle, une fois la condition réalisée, prend rang au jour du contrat; le créancier peut exercer l'action Paulienne relativement aux actes frauduleux accomplis par le débiteur entre le jour du contrat et l'arrivée de la condition.

Les textes du Digeste expliquent parfois ces solutions en recourant à une fiction : "*perinde ac si*", "*quasi jam contracta emptione in praeteritum*"; tout se passe "comme si" le contrat avait été conclu purement et simplement. Ces textes paraissent avoir été interpolés (GATUS : D. 20.4-11.1; PAUL : D. 18.6-8 pr).

Les Compilateurs n'ont d'ailleurs pas poussé jusqu'au bout l'idée de rétroactivité : ils ne l'admettent qu'en ce qui concerne les effets, mais ne l'appliquent pas toujours quand il s'agit d'apprécier les conditions de validité : comme les jurisconsultes classiques, ils continuent à se placer au jour de l'arrivée de la condition, et non au jour du contrat - pour déterminer le caractère possible ou non de l'objet : par exemple une personne achète sa propre chose sous condition - puis cette chose a cessé de lui appartenir; on devrait considérer l'obligation comme impossible, si l'on admettait la rétroactivité de la condition et si l'on se plaçait au jour du contrat pour apprécier la situation juridique de l'objet : or le Digeste soutient le contraire (D. 18.1.61).

La doctrine byzantine des droits en suspens a été reprise par Pothier et c'est par son Intermédiaire qu'elle est passée dans notre Code Civil : l'article 1179 reconnaît un effet rétroactif à la condition suspensive. C'est une conception d'une technique juridique peu satisfaisante, puisqu'elle est obligée de recourir à une fiction. Le Code Allemand de 1900 l'a abandonnée.

## § 2 - CONDITION RESOLUTOIRE

Le droit romain ignore la condition résolutoire à proprement parler. Il la transforme en condition suspensive, ou considère que le contrat est modifié par un pacte de résolution sous condition suspensive.

Les exemples les plus remarquables se présentent en matière de vente : cf. supra pp. 206 sq.

## TITRE SECOND

### PLURALITE DE SUJETS

#### . Principe de la division des dettes et créances :

Lorsqu'une dette existe au profit de plusieurs co-crédanciers ou à la charge de plusieurs co-débiteurs, les obligations sont conjointes. Les obligations conjointes en principe se partagent : chaque co-débiteur ne peut être poursuivi que pour sa part, chaque co-crédancier ne peut agir que pour sa part.

C'est notamment ce qui se produit lorsqu'un créancier ou un débiteur décèdent, laissant derrière eux plusieurs héritiers : les créances et les dettes de l'hérédité sont partagées, de plein droit, entre les héritiers, en vertu d'une règle qui remonte aux XII Tables.

Mais on rencontre parfois un régime tout différent, régime qui aboutit à ceci que l'un des co-crédanciers puisse exiger la totalité de la dette, ou que la totalité de la dette puisse être réclamée de l'un quelconque des co-débiteurs. Dans ce régime, l'obligation n'est pas partagée. En latin, on emploie le mot "*solidum*" pour exprimer l'idée de "dette entière" : c'est de là que vient notre mot français "solidarité".

Le principe de la division de plein droit des dettes et créances était écarté en droit romain dans les hypothèses suivantes :

#### 1) Obligations indivisibles :

Certaines obligations (comme par exemple l'obligation "de ne pas faire") sont par nature indivisibles. On se trouve ici dans la nécessité d'admettre que la prestation entière puisse être exigée par l'un des co-crédanciers ou à l'un des co-débiteurs.

#### 2) Obligations corréales :

Le principe de la division de la dette peut être écarté par la convention des parties : il se produit alors ce que nous appelons, en droit moderne, une solidarité conventionnelle entre créanciers ou entre co-débiteurs (solidarité active, solidarité passive).



En droit romain, les créanciers solidaires portent le nom de "*duo rei*" ou "*correi stipulandi*", et les débiteurs solidaires celui de "*duo rei*" ou "*correi promittendi*" : c'est pourquoi on donne le nom de "corréalité" au régime de la solidarité conventionnelle en droit romain.

### 3) Obligations *in solidum* :

Il existe en droit romain, des cas de solidarité légale entre co-débiteurs : dans certaines hypothèses, les co-débiteurs sont tenus chacun par le tout "*in solidum*", sans qu'il soit besoin d'une convention des parties pour obtenir ce résultat.

## CHAPITRE I : PLURALITE DE CREANCIERS

La solidarité entre créanciers n'est jamais légale : elle ne peut être que conventionnelle.

### § 1 - CORREALITE ACTIVE

#### Forme :

Dans l'ancien droit romain, la corréalité active résultait d'une stipulation faite selon des formes solennelles qui indiquaient clairement le but que les parties se proposaient d'atteindre : les créanciers, réunis en présence du débiteur, lui posaient tous successivement la même question, puis le débiteur répondait par une seule phrase qui s'adressait à tous les créanciers. Chaque stipulant (*reus stipulandi*) était créancier de la même chose et pouvait l'exiger entièrement du débiteur : mais comme le débiteur n'avait fait qu'une seule réponse, il ne devait la chose qu'une fois.

A l'époque classique, la corréalité active pouvait être introduite dans toutes sortes de contrats, par une simple clause qui n'était soumise à aucune formalité.

• Effets :

Les effets de la corréalité active sont bien connus : l'un quelconque des co-créanciers peut exiger du débiteur la dette entière, mais en obtenant paiement, ou en faisant *litis contestatio*, il éteint la dette à l'égard de tous les autres créanciers solidaires.

Lorsqu'il s'agit d'expliquer ces effets (le problème est le même pour la solidarité passive) des interprétations divergentes existent entre les auteurs modernes. Windscheid soutient qu'en cas de solidarité (active ou passive) il n'y a qu'une seule obligation avec pluralité de sujets; une seule obligation, et voilà pourquoi le paiement, la *litis contestatio*, l'éteignent *erga omnes*; plusieurs sujets : et voilà pourquoi l'un quelconque des créanciers peut agir.

Cette façon de comprendre la solidarité n'était certainement pas celle des jurisconsultes romains : ils considèrent qu'il y a plusieurs obligations : ce qui le prouve bien, c'est que la créance de l'un des *correi* peut être pure et simple, civile, et la créance de l'autre conditionnelle ou naturelle. Si le débiteur est un pupille, il lui faudra, pour s'obliger envers deux créanciers corréaux, deux fois l'auctoritas du tuteur, ce qui implique l'idée d'une pluralité d'obligations.

Les Institutes de Justinien définissent la situation en des termes célèbres :

*"In utraque obligatione una res vertitur"* = dans chacune des obligations, une seule et même chose sert d'objet.  
(Inst. 3.16.1)

Il y a donc :

1) Pluralité de liens :

Chaque *correus* peut exiger la totalité, en vertu de l'obligation que le débiteur a contractée envers lui.

2) Unité de prestation :

*"Una res vertitur"* : la chose n'est due qu'une fois : et voilà pourquoi le paiement fait à l'un libère le débiteur d'une façon absolue à l'égard de tous les créanciers corréaux.

Il résulte de ceci que certaines causes d'extinction sont opposables à tous tandis que d'autres n'ont qu'un effet relatif, selon qu'elles affectent le lien ou la dette : le problème se pose dans les mêmes termes pour la solidarité passive, comme nous le verrons plus loin.

Enfin les créanciers corréaux qui sont privés de leurs droits du fait que l'un d'entre eux a reçu paiement ou fait *litis contestatio* n'ont, du chef de la corréalité elle-même, aucun recours contre lui. Ils n'ont de recours que dans les cas où il existe entre eux des rappports de droits antérieurs (mandat ou société ou indivision) qui peuvent justifier l'exercice de l'action de mandat, de société, ou

La corréalité active ne semble pas avoir été d'utilisation très fréquente : elle se rencontre surtout en matière de société, présentant l'avantage de permettre à l'un des associés d'agir pour le compte de tous.

## § 2 - ADSTIPULATIO

Il ne faut pas confondre la situation de l'*adstipulator* avec celle des créanciers corréaux. L'*adstipulator* est un agent d'affaires que l'on faisait intervenir à côté de soi dans le contrat, pour obtenir certains résultats pratiques : on pouvait s'absenter, l'*adstipulator* avait qualité pour recevoir paiement ou poursuivre le débiteur en justice : on pouvait aussi valider grâce à ce procédé une *stipulatio "post mortem creditoris"*, comme nous l'avons déjà vu.

L'*adstipulatio* présente les caractéristiques suivantes :

- 1) C'est une créance *verbis* accessoire à une créance principale, elle-même *verbis*. L'*adstipulator* est un créancier "adjoint", dans une stipulation. De là découlent diverses conséquences :
  - a) Il faut qu'il y ait une créance principale et celle-ci doit résulter d'un contrat *verbis*. Il faut que cette stipulation principale soit régulière en la forme, mais peu importe qu'elle fasse naître une obligation valable (ce peut être une stipulation *post mortem*). La créance de l'*adstipulator* résulte d'une stipulation distincte, qui peut être valable alors que la stipulation principale ne l'est pas.
  - b) L'*adstipulator* intervenant à titre "accessoire", il ne peut stipuler plus mais il peut stipuler moins que le créancier principal.
  - c) L'*adstipulator* est créancier : ce n'est pas un simple *adjectus solutionis gratia*. Il peut non seulement recevoir paiement, mais éteindre la dette en faisant *litis contestatio*, ou en consentant une *acceptilatio*.

*tio* (fraude contre laquelle la loi *Aquilia* avait prévu une sanction). A cet égard, l'*adstipulator* a des droits comparables à ceux d'un créancier corréal.

- 2) Autre caractéristique essentielle : l'*adstipulator* est muni de droits qui sont strictement personnels : le créancier a choisi tel agent d'affaires et nul ne peut remplir cette fonction à sa place :
  - a) Le droit de l'*adstipulator* s'éteint à son décès, est intransmissible à ses héritiers.
  - b) On ne peut pas choisir comme *adstipulator* un esclave, car la créance de l'esclave profiterait à son maître : or c'est l'*adstipulator* en personne et lui seul qui peut avoir des droits à l'égard du débiteur. De même si l'on prend un fils de famille comme *adstipulator*, la créance de celui-ci ne commence à produire d'effets que lorsqu'il devient *sui juris* : elle ne profite jamais à son *pater*.

A l'époque classique, les rapports entre le créancier principal et l'*adstipulator* entrent dans les cadres du mandat. Le créancier est toujours censé avoir donné mandat à son *adstipulator* : il en résulte qu'il peut lui demander des comptes au moyen de l'action *mandati*.

## CHAPITRE II : PLURALITE DE DEBITEURS

### § 1 - LA CORREALITE PASSIVE (solidarité conventionnelle)

Lorsqu'une même chose est due par plusieurs co-débiteurs, il est très avantageux pour le créancier d'établir entre eux le régime de la solidarité : il pourra s'adresser à l'un d'eux pour obtenir le paiement complet en une seule fois. Lorsqu'un créancier doit diviser ses poursuites, la part du débiteur insolvable ne lui est pas payée : avec la solidarité au contraire, le créancier n'a qu'à s'adresser à celui des débiteurs qui est solvable pour obtenir un paiement complet.

Aussi la solidarité entre co-débiteurs était-elle souvent demandée par les créanciers.

. Forme :

A l'époque ancienne elle résultait d'une stipulation faite d'une façon particulière : le créancier, en présence de tous les co-débiteurs, posait à chacun la même question : "Maevius, me promets-tu 10.000 sesterces ?" "Et toi Selus, me promets-tu les mêmes 10.000 sesterces ?". Après quoi Maevius et Selus répondaient chacun : "Je te les promets".

Ce formalisme avait l'avantage d'indiquer très clairement ce qu'on avait voulu faire : la chose n'était due qu'une fois, puisque les deux promesses portaient sur la même prestation : mais chaque débiteur avait donné une réponse à une question distincte qui le concernait personnellement : chaque débiteur s'était engagé pour la totalité envers le créancier.

Ce procédé formaliste est encore mentionné par Justinien dans ses Institutes (3.16 pr). Mais dès l'époque classique, il était possible d'établir la solidarité par un simple pacte joint aux contrats de bonne foi. Papinien parle même d'une solidarité résultant d'une simple clause annexée à une stipulation écrite (D. 45.2.11.1).

Enfin, on pouvait par une clause insérée dans un testament, rendre les co-héritiers solidairement responsables de l'exécution d'un legs *per damnationem*.

. Effets :

A/ Rapports  
entre le créancier  
et les co-débiteurs solidaires :

Les effets de la corréalité passive s'expliquent de la même façon que ceux de la corréalité active : pluralité de liens, unité de prestation due.

1) Pluralité de liens :

Chaque co-débiteur est tenu pour le tout envers le créancier: celui-ci peut donc exiger paiement complet de l'un quelconque des co-débiteurs; il peut exercer l'action pour le tout contre l'un d'eux.

Le bénéfice de division, imaginé par Hadrien en faveur des cautions, ne s'applique pas aux débiteurs corréaux : car ce serait aller à l'encontre du but même de la solidarité : si le créancier a fait établir entre les co-débiteurs le régime de la solidarité, c'est pour n'avoir pas à partager ses poursuites.

Le créancier, s'il ne peut être contraint à diviser ses poursuites, pourrait-il, de son plein gré, de sa propre initiative, les partager ? A défaut de bénéfice de division existe-t-il une "faculté" de division ? Un texte de Papinien (D. 45.2.11 pr) reconnaît cette faculté au créancier quand il s'agit de co-débiteurs d'un genre assez particulier : les "*mutui fidejussores*", qui correspondent aux ἀλληλεγγύοι du droit gréco-égyptien.

Justinien, par la nouvelle 99 de 529, prit des dispositions dont le sens a été longtemps discuté et qui, selon Collinet, paraissent bien aboutir à ceci : Justinien a accordé au créancier la faculté de diviser les poursuites entre les débiteurs corréaux - faculté qui n'existait avant lui que s'il s'agissait d'ἀλληλεγγύοι (1). Par ailleurs, Justinien a étendu aux ἀλληλεγγύοι le bénéfice de division (2).

- 
- (1) C'est ainsi que le C.C. comprend la solidarité passive : elle comporte un cautionnement réciproque sans bénéfice de division (art. 1203) mais avec faculté de division reconnue au créancier (art. 1210).
- (2) Sur l'ἀλληλεγγύη ou *mutua fidejussio* : COLLINET : "Etudes historiques sur le droit de Justinien" I, 1912, pp. 124 sq.; Eva CANTARELLA : "*La fidejussione reciproca*" 1965 et c.r. BOULVERT : R.H.D. 1967, pp. 304 sq.
- L'ἀλληλεγγύη apparaît dans la pratique égyptienne à l'époque Ptolémaïque : elle fut très employée à l'époque romaine, surtout au II<sup>e</sup> s. de notre ère. C'est un cautionnement réciproque : les co-débiteurs se portent garants les uns des autres; leur situation est différente de celle des co-débiteurs corréaux du droit romain : chaque co-débiteur est d'abord débiteur principal pour sa part virile, mais aussi caution des autres débiteurs : le créancier peut donc agir pour le tout contre un des débiteurs (en lui réclamant sa part de la dette, puis le reste, comme caution), mais il peut aussi, s'il y trouve intérêt, ne réclamer à chaque co-débiteur que sa part : l'ἀλληλεγγύη lui laisse cette faculté de division.
- Au II<sup>e</sup> s., les jurisconsultes romains n'ignorent pas cette institution orientale et Papinien, qui lui donne le nom de "*mutua fidejussio*", constate l'existence de cette faculté de division.
- Justinien, dans la nouvelle 99, étend aux ἀλληλεγγύοι le bénéfice de division; ils peuvent forcer le créancier à diviser ses poursuites entre les co-débiteurs solvables. Les co-débiteurs solidaires à la façon romaine (*correi debendi*) continuent, d'après les textes du Digeste, à ne pas pouvoir exiger du créancier la division des poursuites, mais ne peuvent s'opposer à cette division si le créancier le préfère (faculté de division reconnue par D. 19.2.47, texte de MARCELLUS itp.).

2) Unité de prestation :

"*Una res vertitur*". La chose promise par tous les co-débiteurs n'est due qu'une fois.

Si par conséquent un mode d'extinction des obligations affectant la dette vient à jouer entre le créancier et l'un des co-débiteurs, tous les autres sont libérés : mais certains modes d'extinction affectent le lien et non la dette et ont pour cette raison un effet relatif.

Ont un effet absolu : le paiement, la *litis contestatio*, la novation, la remise de dette par *acceptilatio* ou pacte de remise *in rem*. En cas de perte fortuite de l'objet dû, tous les co-débiteurs sont libérés : par contre si la chose périt par la faute de l'un des co-débiteurs, tous, même ceux qui n'ont pas commis de faute, restent tenus : "*alterius factum alteri nocet*" = la faute de l'un nuit à l'autre (POMPONIUS, D. 45.2.18).

Ont un effet relatif : la *capitis deminutio* qui libère un débiteur, la confusion, le pacte de remise *in personam*. De même certaines causes de survie de l'obligation ont un effet relatif : la mise en demeure d'un débiteur ne modifie pas la situation des autres : si par conséquent la chose périt fortuitement après la mise en demeure d'un des co-débiteurs, celui-ci reste tenu, mais les autres, qui ne sont pas en demeure, sont libérés. L'interruption de la prescription par des poursuites n'a d'effet qu'à l'égard du co-débiteur cité en justice.

Ce qu'il y a de caractéristique dans ce régime de la solidarité romaine, c'est que le créancier, en faisant *litis contestatio* pour le tout avec un des co-débiteurs, éteint la dette et libère les autres : il les libère, même si le débiteur poursuivi est insolvable et ne le paie pas. "*Electione liberantur*" : les débiteurs corréaux sont libérés par le choix que fait le créancier.

On désigne sous le nom de solidarité parfaite cette sorte de solidarité. C'est un régime qui risque d'être assez dangereux pour le créancier. S'il choisit mal, s'il poursuit celui des co-débiteurs qui est insolvable, il n'obtient pas satisfaction et ne peut plus inquiéter les autres. On comprend pourquoi les créanciers cherchaient parfois à diviser les poursuites (faculté de division dont nous avons parlé à propos des ἀλληλεγγύοι).

Justinien, par la célèbre constitution de 531 (C. 8.40.28.2) a aboli l'effet extinctif de la *litis contestatio* : le créancier qui n'obtient pas satisfaction du co-débiteur qu'il poursuit, peut se retourner contre les autres. C'est ce qu'on appelle une solidarité imparfaite : dans ce régime, les co-débiteurs solidaires ne sont

plus libérés "*electione*", mais "*solutione*", non plus en vertu du choix, mais par le paiement. De plus, Justinien, nous l'avons vu, accorde au créancier la faculté de diviser la dette (1).

B/ Rapports  
entre les débiteurs corréaux :

Le débiteur qui a été obligé de payer la totalité de la dette a-t-il un recours contre les autres débiteurs corréaux ?

La stipulation a bien établi un engagement de chacun envers le créancier, mais aucun engagement des uns envers les autres : ils ne se sont réciproquement rien promis.

Si un recours existe, il ne prend pas racine dans l'acte qui établit le régime de la solidarité, mais dans les rapports juridiques antérieurs qui peuvent exister entre les co-débiteurs et qui les ont amenés à s'engager ensemble. S'ils sont associés, celui qui paie pour les autres peut exercer contre l'action *pro socio*. A défaut de Société, on peut parfois considérer qu'il y a eu mandat et donner au débiteur qui a payé l'action *mandati contraria* contre les autres (considérés comme ses mandants).

Enfin le bénéfice de cession d'actions, institution d'abord établie en faveur des cautions, a été étendu aux débiteurs corréaux et les effets de la corréalité s'en sont trouvés modifiés : le débiteur solidaire poursuivi en paiement de la totalité de la dette peut exiger du créancier qu'il lui cède ses droits et actions; il se trouve ainsi subrogé dans les droits du créancier à l'égard des autres co-débiteurs.

§ 2 - OBLIGATIONS *IN SOLIDUM*  
(solidarité légale)

Le régime de la solidarité entre co-débiteurs présente de tels avantages pour le créancier que la loi l'établit dans des hypothèses pour favoriser le créancier : il existe une solidarité légale.

- 
- (1) Justinien est arrivé à donner à la solidarité passive les traits qu'elle a dans le Code Civil français :
- a) art. 1204 : les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'agir ensuite contre les autres (plus d'effet extinctif de la *litis contestatio*).
  - b) la solidarité comporte une part de cautionnement mutuel, d'où (art. 1203) : les co-débiteurs solidaires ne peuvent pas opposer au créancier le bénéfice de division, mais (art. 1210) le créancier peut, s'il le désire, diviser la dette à l'égard de l'un des co-débiteurs.



• Sources :

1/ La solidarité légale résulte le plus souvent de délits.

- a) D'ordinaire il ne s'agit pas du paiement de la *poena* : car lorsqu'un délit est commis par plusieurs co-auteurs, chacun doit payer la *poena* complète : les actions pénales se cumulent en cas de pluralité de délinquants. Mais la solidarité intervient quand il s'agit de l'obligation de réparer les conséquences du délit : les voleurs poursuivis par la *condictio furtiva* sont tenus solidairement.
- b) Certaines actions pénales ne se cumulent pas en cas de pluralité de délinquants, mais ceux-ci sont alors tenus solidairement du paiement de la *poena* : ainsi en matière d'action *metus*, d'action *doli*, d'action *rationibus distrahendis* (contre le tuteur infidèle).

2/ La solidarité légale existe à la suite de certains contrats ou quasi-contrats :

- en matière d'action *tutela* (en cas de co-tutelle);
- responsabilité des administrateurs des biens d'une cité;
- en matière de dépôt, de commodat, de *mandatum credendae pecuniae* (forme de cautionnement).

• Effets :

Le régime que le Digeste décrit en cas de solidarité légale est celui de la solidarité imparfaite : la *litis contestatio* faite avec un des débiteurs ne libère pas les autres : ils ne sont libérés que par le paiement parfait : mais le caractère classique de cette solution est discutable.

- La solidarité légale ne comporte aucun recours au profit de celui qui paie car il ne peut invoquer aucun rapport licite de droit avec les autres co-débiteurs : on ne peut ni valablement s'associer ni valablement donner mandat pour commettre un délit, un dol ou une faute.

Quant au bénéfice de cession d'actions, on ne l'accorde qu'au débiteur qui n'a commis aucun dol.

Les effets de la solidarité légale peuvent s'expliquer ainsi :

- Il y a pluralité de liens : chaque co-débiteur répond des conséquences de son délit ou de sa faute;

- Il y a pluralité d'objets : chacun est personnellement tenu de la somme à laquelle a droit la victime. Mais comme il s'agit d'une réparation du préjudice, le paiement fait par l'un libère les autres.

## CINQUIEME PARTIE

### LES SURETES

ooo Le droit de créance est dépourvu d'efficacité si le débiteur est insolvable; le créancier peut se prémunir contre ce risque en se faisant donner des garanties. Elles sont de deux sortes.

Les unes consistent à multiplier le nombre des personnes qui répondent de l'exécution : ce sont des sûretés personnelles.

Les autres procurent au créancier un droit particulier sur une chose, affectée en garantie de la dette : le créancier, en cas de vente des biens du débiteur, est assuré de ne pas avoir à partager cette chose avec les autres créanciers. Ce sont là des sûretés réelles.

Les romains ont d'abord donné toutes leurs préférences aux sûretés personnelles : au début de l'Empire les sûretés réelles n'étaient encore employées que comme un pis aller, quand on n'arrivait pas à trouver de cautions. Mais la pratique du cautionnement s'avéra de plus en plus difficile : primitivement il existait des liens assez étroits entre les membres de certains groupes sociaux : il était difficile de refuser à un parent, à un voisin, l'appui de son crédit. Quand ces liens se relâchèrent, le cautionnement demeura encore d'usage courant parce que les mœurs politiques de la République amenèrent les hommes influents à se créer une clientèle en cautionnant, à l'occasion, les dettes de leurs électeurs.

Mais sous l'Empire, ce dernier facteur cessa de jouer. Il devenait difficile de trouver des cautions : pour ne pas décourager les bonnes volontés, la législation fit en sorte que ce service devint moins périlleux pour ceux qui voulaient bien le rendre : mais en adoucissant le sort des cautions, on rendait cette forme de garantie moins efficace : les créanciers commencèrent à préférer les sûretés réelles. Celles-ci, qui avaient d'abord été organisées de façon très défectueuses, se perfectionnèrent quand on sentit le besoin d'y recourir plus souvent; à la fin de l'époque classique, l'hypothèque était devenue l'instrument de crédit le plus sûr et le plus commode. Au milieu du II<sup>e</sup> s., Pomponius pouvait déjà faire cette constatation : "*plus cautionis in re est quam in persona* = une garantie réelle offre plus de sûreté qu'une garantie personnelle" (D. 50.17-25).

Le cautionnement continua cependant à jouer un rôle important dans certains milieux d'affaires (commerce, banque); on l'employait aussi quand on cherchait moins une garantie pécuniaire qu'une garantie de moralité; ainsi les stipulations prétoriennes continuèrent à être garanties par des *sponsores*.

## TITRE PREMIER

### LES SURETES PERSONNELLES : LE CAUTIONNEMENT

°°° : La notion de cautionnement englobant toutes les formes de garanties personnelles est très tardive; le mot lui-même n'a pas de correspondant en latin. L'expression "*adpromissio*", loin de convenir à toutes les formes de cautionnement, ne peut correctement concerner que deux d'entre elles : la *sponsio* et la *fidepromissio* (pas même tous les modes de cautionnement *verbis*, comme on le croit parfois à tort).

Les romains ont imaginé de très nombreux procédés destinés à créer des engagements à côté de celui du débiteur :

Ils ont d'abord connu deux procédés "*verbis*" : la *sponsio* et la *fidepromissio*.

Un troisième procédé *verbis*, plus commode et plus efficace que les deux précédents, fut introduit à la fin de la République ou début de l'Empire : la *fidejussio*.

A côté de ces trois modes solennels, le droit classique connaît trois procédés non formels : l'un se réalise en utilisant ingénieusement le contrat consensuel de mandat, c'est le *mandatum credendae pecuniae*. Deux pactes prétoriens servent à créer une garantie personnelle : le *receptum* des banquiers et le constitut *debiti alieni*.

Jamais la jurisprudence classique ne songea à faire entrer tous ces procédés dans les cadres d'une notion unique; jamais elle ne songea à les soumettre à des règles d'ensemble; cette unification n'a été tentée qu'à la fin de l'évolution du droit romain, par Justinien.

## CHAPITRE I : LE CAUTIONNEMENT SOLENNEL (VERBIS)

### § 1 - SPONSIO ET FIDEPROMISSIO

La *sponsio* est le procédé le plus ancien : il ne peut être employé qu'entre citoyens romains. Il fallut imaginer pour les pèlerins un autre procédé bâti sur le même type, la *fidepromissio*, dans laquelle l'engagement de la caution se fait en invoquant la *fides*, le respect de la parole donnée, qui a une valeur internationale. Les cautions ainsi engagées par des contrats *verbis* s'appellent les unes "*sponsores*", les autres "*fidepromissores*".

Il existe entre ces deux vieux procédés de grandes ressemblances (Gaius III.118). La *sponsio* et la *fidepromissio* sont, du côté passif, ce qu'est l'*adstipulatio* du côté actif : il s'agit là d'une promesse *verbis* jointe à une promesse *verbis* principale. Le terme, d'ailleurs sans valeur technique, d'*adpromissio*, qui est le pendant de l'*adstipulatio*, convient à ces deux modes de cautionnement.

. Forme  
et conditions  
de validité

Ces deux formes de cautionnement *verbis* ne peuvent garantir que des dettes elles-mêmes.

Nous pensons qu'à l'origine, pour éviter que la novation ne se produise, il fallait engager les *adpromissores* en même temps que le débiteur principal. Ernst Lévy soutient même qu'il n'y avait alors aucune différence entre ce genre de cautions et les co-débiteurs solidaires (1). Mais corréalité et cautionnement correspondent à des situations concrètes différentes, à des buts différents, et nous croyons que ces différences se manifestaient dans les formes employées : les *correi* s'engageaient ensemble par une seule stipulation comportant plusieurs promettants, tandis que la stipulation faite avec des cautions s'ajoutait à celle qu'on venait de faire avec le débiteur principal. Après avoir passé le contrat *verbis* avec le débiteur principal, le créancier s'adressait aux cautions présentes en ces termes : "*spondesne idem*" ou "*fidepromittesne idem*" : promets-tu la même chose ?"

---

(1) E. LEVY : "*Sponsio, fidepromissio, fidejussio*" (1907); DE MARTINO : "*Studi sulle garanzie personali*" I.1937; II.1938; J. MACQUERON : "Le cautionnement", Aix 1951.

Dès l'époque républicaine il devint possible d'engager des *sponsores* ou des *fidepromissores* par un acte distinct, un certain temps après le débiteur principal. Il n'est plus même nécessaire qu'ils promettent "*idem*"; ils peuvent promettre moins, mais ne peuvent promettre plus que le débiteur principal : Gaius en donne pour raison que l'obligation des *sponsores* et *fidepromissores* "*accessio est principalis obligationis*" et que l'accessoire ne peut comporter plus de choses que le principal (G. 3. 126) (1).

En réalité, l'engagement de ces sortes de cautions n'a pas vraiment un caractère accessoire car sa validité ne dépend pas de celle de l'obligation principale : il faut bien une stipulation principale, mais il n'est pas indispensable que celle-ci fasse naître une obligation valable (même solution en matière d'*adpromissio* et de novation) : cas de la stipulation faite par un pupille ou une femme sans leur tuteur, et stipulation *post mortem*. Par contre, la validité du cautionnement est discutée si la stipulation principale est une *sponsio* faite par un esclave ou un pérégrin (2).

#### • Effets :

Primitivement, la condition des *sponsores* et *fidepromissores* était tout à fait comparable à celle des débiteurs corréaux : c'est pourquoi certains auteurs (E. Lévy, Giffard) soutiennent qu'à l'origine il n'y avait aucune différence entre cautionnement et solidarité conventionnelle : les deux choses auraient été primitivement confondues. Nous allons voir que ce n'est pas tout à fait exact.

Comme des *correi debendi* les cautions sont obligées pour le tout : le créancier peut demander la totalité de la dette soit au débiteur, soit à l'une des cautions : il a la faculté de choisir (*electio*). Les cautions n'ont aucunement à l'époque ancienne un caractère subsidaire : leur engagement est sur le même plan que celui du débiteur : au point de vue des effets, l'engagement des cautions valait "à titre principal".

Comme en matière de corréalité, le créancier qui faisait la *litis contestatio* avec le débiteur ételignait la dette et libérait toutes les cautions; en la faisant avec l'une des cautions, il libérait le débiteur et toutes les autres cautions.

Comme des co-débiteurs solidaires, les *sponsores* et *fidepromissores* pouvaient se prévaloir des différentes causes d'extinction de l'obligation, sauf de celles qui avaient un caractère relatif et personnel.

---

(1) FLUME : "*Studien zur Akzessorietät ...*" 1932; FEENSTRA : "Le caractère accessoire des différents types de cautionnement *verbis*", Etudes Macqueron, Aix 1970, pp. 301 sq.

(2) Cf. supra, p. 323, n. 1.

Cette situation juridique de la caution est assez surprenante : la caution intervient pour rendre service au débiteur et l'affaire que celui-ci conclut ne l'intéresse pas personnellement : il est contraire aux réalités concrètes de le placer juridiquement dans la même situation que le débiteur. Cette anomalie s'est cependant maintenue en droit romain à travers les siècles pour toutes les cautions engagées "*verbis*". C'est seulement Justinien, dans la Nouvelle 4 de 535, qui est parvenu à donner à l'obligation de la caution un caractère subsidiaire, en contraignant le créancier à poursuivre d'abord le débiteur et à n'inquiéter les cautions que pour leur demander ce que le débiteur insolvable n'a pas pu fournir lui-même.

Mais avant que fût organisé ce "bénéfice d'ordre et de discussion", les moeurs parvenaient à corriger les singularités du droit : dès l'époque républicaine, on considérait qu'il n'était pas convenable de s'en prendre aux cautions quand on pouvait obtenir satisfaction du débiteur. D'autre part, il était déshonorant pour le débiteur de laisser ses cautions payer à sa place. Divers passages de Cicéron nous permettent de comprendre comment, en fait, le créancier procédait, lorsque le débiteur paraissait peu pressé de s'acquitter : il menaçait la caution en lui adressant une sommation (*appellare sponsores*), mais se gardait bien de faire avec elle la *litis contestatio* qui aurait libéré le débiteur. La caution, menacée, faisait pression sur le débiteur pour qu'il exécute. Le rôle des cautions, en fait, était beaucoup moins de payer à la place du débiteur que d'inciter celui-ci à remplir ses engagements (1).

Mais l'engagement des *sponsores* et *fidepromissores* s'éteignait par leur décès; cette particularité est remarquable. Nous avons vu qu'une règle symétrique existe pour l'*adstipulatio* : ceci confirme ce que nous avons dit tout à l'heure, que la *sponsio* et la *fidepromissio* sont le pendant de l'*adstipulatio* et méritent le nom d'"*adpromissio*".

D'autre part, l'intransmissibilité de l'obligation des plus anciennes cautions semble bien indiquer que, dès l'origine, les romains ont su distinguer cautionnement et corréalité - car rien ne permet de supposer que l'obligation des *correi promittendi* ait été primitivement intransmissible.

Le régime primitif du cautionnement ne comportait, au profit de la caution qui avait dû payer, aucun recours contre le débiteur.

#### Lois sur le cautionnement :

Le régime sévère que le vieux droit romain appliquait aux cautions

---

(1) MACQUERON : "Le cautionnement moyen de pression", Annales Faculté de Droit, Aix, 50, 1958, pp. 5-36.

fut adouci par une série de lois de l'époque républicaine (1).

Les raisons qui ont provoqué cette intervention du législateur sont faciles à soupçonner. Les liens de famille s'étant relâchés, ce n'était plus parmi leurs proches que les débiteurs cherchaient des *garants* : les patrons, les hommes politiques étaient très souvent appelés à cautionner les dettes de leurs clients : ils parvinrent à faire voter des lois dont le but était de rendre moins périlleux les services qu'ils ne pouvaient guère refuser de rendre à leur clientèle. Ajoutons à cela qu'à l'époque où ils trouvaient facilement des cautions dans leurs familles, les débiteurs avaient sans doute à cœur de n'attirer aucun ennui à ceux de leurs proches qui avaient bien voulu cautionner leurs dettes; ils n'eurent sans doute plus les mêmes scrupules quand leurs cautions étaient des hommes politiques en quête d'une clientèle électorale !

Pour toutes ces raisons, il devint nécessaire de prendre des mesures en vue d'améliorer le sort des cautions : tel est bien le but des nombreuses lois sur le cautionnement qui ont été votées pendant l'époque républicaine.

#### 1/ La loi *Publilia de sponsu* :

Cette loi ne concerne que les *sponsores* : elle date sans doute d'une époque où le cautionnement par *fidepromissio* n'était pas encore connu : elle semble se situer vers la fin du III<sup>e</sup> s. avant J.C.

Elle a organisé un recours au profit du *sponsor* qui a payé, à la place du débiteur, une certaine quantité d'airain (*aes depensum*) : en vertu de cette loi, le *sponsor* qui n'arrivait pas à se faire rembourser par le débiteur pouvait exercer sur lui la *manus injectio depensi* : c'était une *manus injectio pro judicato*, sans jugement préalable.

Après la disparition des actions de la loi, cette *manus injectio* fut remplacée par une action *depensi*, action récursoire contre le débiteur. Elle existait encore à l'époque classique : c'était une action à litiscrescence (en souvenir de l'ancienne *manus injectio*) (2).

---

(1) TRIANTAPHYLOPOULOS : "*Lex Cicereia*" Athènes 1957 (2 volumes en grec avec résumé en allemand). "Législation romaine sur le cautionnement" R.H.D. 1961, pp. 501 sq.; "*Sponsor*", R.I.D.A. 1961, pp. 373 sq.

(2) La *manus injectio* est une action de la loi : il faut être citoyen pour l'employer : or bien souvent les *fidepromissores* sont des pérégrins : nous ignorons comment ils pouvaient obtenir remboursement.



2/ Loi Appuleia :

(fin du III<sup>e</sup>-début du II<sup>e</sup> s. av. J.C.)

Elle concerne l'hypothèse où plusieurs *sponsores* ou *fidepromissores* garantissent la même dette. Celle des cautions qui a été obligée de payer toute la dette peut, grâce à cette loi, exercer un recours contre les autres cautions, pour exiger de chacune sa contribution. Si l'une des cautions est insolvable, ce n'est pas le créancier qui en souffre, mais les autres cautions, le partage de la dette se faisant entre moins de personnes.

3/ Loi Furia de sponsu :

Cette loi est postérieure à la loi *Appuleia*. Elle concerne les *sponsores* et *fidepromissores* d'Italie, à l'exclusion de ceux des provinces : cette loi est donc postérieure à la création de la première province (Sicile en 241) : on peut même penser que c'est une mesure de circonstance, votée au moment où Hannibal essayait d'ameuter les Italiens contre Rome (vers 216-217).

- a) Cette loi obligeait le créancier à diviser ses poursuites entre les cautions encore vivantes au jour de l'échéance. L'insolvabilité de l'une des cautions était, cette fois, supportée par le créancier. La division de la dette entre les cautions s'opérait *ipso jure*, de plein droit : si le créancier exige d'une caution plus que sa part, celui-ci obtient restitution par une *manus injectio*, qui après la loi *Valia* est devenue *pura* (G. 4.22, ne parle que des *sponsores*).
- b) Cette loi organisait une très courte prescription en matière de cautionnement : au bout de deux ans (*biennium*) les cautions étaient libérées. Cette mesure permettait aux grands personnages de Rome de cautionner beaucoup de monde, les engagements pris se trouvant effacés au bout de deux ans.

4/ Loi Cicereia :

Elle appartient à une époque où la procédure formulaire existe déjà (elle organise un "*praejudicium*", qui s'intente par formule); elle se situe probablement dans la deuxième moitié du II<sup>e</sup> s. av. J.C.

Cette loi oblige le créancier à "*praedicere*", à faire une déclaration au moment où un *sponsor* ou un *fidepromissor* s'engage envers lui : il doit faire connaître le montant de la dette et préciser combien de cautions il compte recevoir pour garantir cette dette (Gaius III.123).

Si cette déclaration n'est pas faite, la caution, dans un délai de 30 jours, peut introduire une action préjudicielle, un *praejudicium*, en vue de faire constater que la déclaration exigée par la loi n'a pas été faite : et sur cette constatation, la caution est libérée.

Quel était le but de cette déclaration imposée au créancier ? - On a souvent prétendu qu'elle était exigée en vue d'assurer la bonne application de la loi *Furia* : pour éviter de partager ses poursuites, le créancier aurait pu essayer de faire en sorte que les actions s'ignorent les unes les autres. Mais cette explication ne tient pas devant le texte de Gaius : il n'est pas question de faire connaître les cautions déjà engagées, mais celles que l'on va engager (*accepturus sit*).

E. Lévy prétend que c'est avec cette loi que l'on a commencé à distinguer nettement les cautions des débiteurs corréaux : la loi oblige le créancier à répartir les rôles entre des co-débiteurs qui sont tous présents devant lui ; il faut qu'il déclare quel est le débiteur, quelles sont les cautions. Des lois ayant déjà organisé un régime spécial pour les cautions, il devenait utile que le créancier fasse savoir quels étaient parmi les co-débiteurs, ceux qui pourraient profiter de ces lois.

Cette hypothèse est ingénieuse, mais suppose qu'il n'y avait aucune différence de forme entre la stipulation principale et celle qui engageait les cautions, ce qui ne nous paraît pas démontré. A notre sens, aucune explication satisfaisante n'a encore été donnée de l'utilité de cette "*praedictio*" imposée au créancier.

#### 5/ Loi Cornelia :

C'est, semble-t-il, une loi de Sylla (82) : si l'on admet cette date, la loi ne concernait que la *sponsio* et la *fidepromissio*, et son application à la fidéjussion (qui n'existait pas encore) viendrait d'une interprétation jurisprudentielle de l'époque impériale.

Cette loi interdit de cautionner un même débiteur envers un même créancier, dans la même année, pour plus de 20.000 sesterces. Si le créancier a engagé une caution pour une somme supérieure, il doit réduire ses poursuites à 20.000 sesterces, sous menace de *plus petitio*.

Toutes ces lois, et surtout la loi *Furia*, avaient tellement adouci le sort des cautions que le créancier n'avait plus une garantie suffisante. De plus, ces vieilles formes de cautionnement ne pouvaient garantir qu'une seule sorte de dettes : les dettes provenant d'un contrat *verbis*.

Une nouvelle forme de cautionnement, encore solennelle, mais plus efficace et plus commode, fut imaginée : la fidéjussion.

## § 2 - LA FIDEJUSSIO

Ce mode de cautionnement, qui semble inconnu de Cicéron, mais qui est déjà étudié par Labéon, a fait son apparition dans les dernières années de la République ou au début de l'Empire.

### Forme :

C'est encore un procédé solennel, un contrat *verbis*. Le fidéjussur s'engage ainsi : le créancier lui pose la question : "*Id fide tua esse jubesne ?*" - à quoi il répond : "*jubeo*" (acceptes-tu sous ta foi que cela soit ainsi ? - je l'accepte).

Dans la pratique, la fidéjussio résultait le plus souvent d'une mention écrite au bas de l'acte concernant la dette principale, avec les mots "*id fide sua esse jussit N.*" (cf. Textes Girard, pp. 846-849, triptyques datés de 162, de 142).

Cette forme de cautionnement se caractérise par les mots *fides* et *jubere*.

### - Fides :

La caution donne sa parole en des termes qui sont susceptibles d'engager des pérégrins. La fidéjussio appartient au *jus gentium*.

### - Jubere :

Donner son *jussus* : c'est approuver et prendre sous sa responsabilité. On rencontre cette notion de *jussus* lorsqu'un *pater* autorise son fils à faire un acte juridique : le *pater* devient ainsi responsable de la dette entière, en vertu de l'action *quod jussu*. De même le fidéjussur répond - et pour le tout - de la dette contractée avec son *jussus*. Il est difficile de savoir quelle a été la plus ancienne des deux applications de la même idée.

Le formalisme de la fidéjussio en fait un acte très différent de la *sponsio* et de la *fidepromissio*. Ce n'est pas une promesse jointe à une autre promesse *verbis* : ce n'est pas une "*adpromissio*". Le fidéjussur, par un acte distinct, prend sous sa responsabilité "*id*" : "cela", et ce "cela", ce peut être une dette provenant de toutes sortes de sources (1).

---

(1) En se basant sur GAIUS (3.116), on a souvent fait remarquer que le *sponsor* promet *idem*, tandis que le fidéjussur promet "*id*", et on a voulu y voir une différence essentielle entre les deux procédés de cautionnement mais c'est une illusion : il arrive que le fidéjussur promette *idem* - (Triptyque de Transylvanie de 142. Textes Girard, p. 844).

. Conditions de validité :

Avec la fidéjusslon, on peut garantir n'importe quelle sorte de dette, provenant de toutes sortes de contrats, quasi-contrats et même des dettes delictuelles. Le fidéjussur ne s'engage pas nécessairement en même temps que le débiteur principal : il peut garantir une dette déjà née et même une dette future.

Mais il faut qu'il y ait une dette principale valable : sur ce point la fidéjusslon s'écarte encore de la *sponsio* et de la *fidepromissio*: l'engagement du fidéjussur a un caractère accessoire très net. La dette principale peut être civile ou prétorienne, pure et simple ou sous condition : on peut même se contenter d'une dette naturelle : mais il faut une dette principale pour qu'on puisse accepter un fidéjussur.

Si la dette principale, valable à l'origine, vient à s'éteindre, le fidéjussur est libéré : le paiement, la *litis contestatio*, l'*acceptilatio*, la novation, la compensation, la perte fortuite de l'objet dû, libèrent le fidéjussur. Mais la *capitis deminutio* qui libère le débiteur ne libère pas le fidéjussur. Celui-ci reste tenu si la perte de l'objet dû a été causée par sa faute (l'action, en principe éteinte, est "restituée" contre lui).

- Si la dette principale est paralysée par une exception, que le débiteur principal aurait pu opposer, le fidéjussur peut-il s'en prévaloir ? Les textes font à cet égard une distinction entre les "exceptions" *"rei cohaerentes"* que le fidéjussur peut opposer (exception de dol, de violence, du senatusconsulte Velléien) et les exceptions *"personae cohaerentes"* qui restent personnelles au débiteur (pacte de remise *in personam*, bénéfice de compétence).

. Effets :

La fidéjusslon présentait l'avantage pour le créancier d'échapper aux dispositions des lois républicaines trop favorables aux cautions : on rendit, il est vrai, la loi *Cicereia* et la loi *Cornelia* applicables à la fidéjusslon, mais elle est toujours restée complètement à l'abri des dispositions si gênantes de la loi *Furia* : la division des poursuites selon le système de la loi *Furia*, et la libération des cautions par deux ans, n'ont jamais été appliquées aux fidéjussurs.

De plus, la mort du fidéjussur n'éteint pas son obligation, qui est transmissible.

De tels avantages firent bientôt de la fidéjusslon le mode de cautionnement le plus employé. La jurisprudence classique et la législation impériale ont encore perfectionné ses effets.

A/ Droits du créancier  
en présence d'un fidéjusseur unique :

L'engagement du fidéjusseur est accessoire, mais il n'est pas subsidiaire : le créancier jouit encore ici de la faculté de choisir; il peut, s'il le préfère, s'adresser au fidéjusseur. Mais en faisant *litis contestatio* avec lui, il libère le débiteur. A l'inverse, s'il poursuit le débiteur, le fidéjusseur est libéré.

Cette liberté de choix fut finalement assez mal vue : les jurisconsultes considèrent que le créancier agit de façon injurieuse pour le débiteur s'il s'adresse à la caution alors que le débiteur est solvable : l'action d'injures peut être en ce cas exercée par le débiteur contre le créancier (1).

Au surplus ce choix n'est pas sans danger pour le créancier; s'il choisit mal, il ne lui reste aucun espoir de réparer son erreur : la *litis contestatio* a éteint sa créance.

. Les effets de la *litis contestatio*  
Procédés pour l'éviter :

Il serait évidemment bien préférable de permettre au créancier d'essayer d'abord ce que vaut le débiteur, puis, s'il n'a pas obtenu satisfaction, de se retourner contre la caution : en un mot, il faudrait donner à l'engagement de la caution un caractère subsidiaire.

- La *litis contestatio* était en droit romain l'obstacle technique qu'il fallait vaincre pour arriver à ce résultat souhaitable.

Différents procédés furent imaginés pour y parvenir.

- 1) Le moins hardi, et sans doute pour cela le plus ancien, consiste à recourir à un mandat. Le fidéjusseur attaqué donne mandat au créancier d'agir contre le débiteur. Si le débiteur ne paie pas, l'exécution du mandat cause un préjudice au mandataire (le créancier). Il ne peut plus faire valoir la fidéjussion (le fidéjusseur étant libéré par la *litis contestatio* faite avec le débiteur) mais il peut encore exercer l'action *mandati contraria* contre le fidéjusseur (devenu son mandant). on respectait ainsi l'effet extinctif de la *litis contestatio* tout en permettant au créancier d'agir contre le débiteur avant d'attaquer la caution. Mais l'inconvénient de ce procédé réside dans le fait que le mandat est un contrat fragile (prend fin par le décès, par la révocation).

---

(1) GAIUS (D. 47.10.19) : les jurisconsultes ont ainsi donné une portée juridique à ce qui, au temps de Cicéron, était déjà une règle de bienséance, comme nous l'avons signalé à propos de la *sponsio*.

- 2) Un procédé plus brutal consiste à s'en prendre directement à la *litis contestatio*; par une clause insérée dans la fidéjussion la caution s'engage à ne pas opposer au créancier l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Il y avait là un pacte : cela permettait au créancier d'opposer une "réplique de pacte" à la caution, si celle-ci, poursuivie après le débiteur, s'avisait d'invoquer l'exception "*rei in iudicium deductae*".

Justinien prétend (2) que ces clauses étaient devenues courantes. Qu'elles aient pu être employées à la Basse-Epoque, c'est vraisemblable; mais à l'époque classique, il paraît douteux que les particuliers aient pu écarter par une convention l'effet extinctif de la *litis contestatio*, règle de procédure d'ordre public.

- 3) Enfin il était possible de donner à l'engagement de la caution un caractère subsidiaire en combinant la stipulation de telle façon que le créancier ne puisse poursuivre la caution qu'après avoir expérimenté l'insolvabilité du débiteur principal. Le créancier stipulait en ces termes : "Me promets-tu ce que je ne pourrais pas obtenir de Titius ?". Les textes donnent parfois à cette stipulation le nom de "*fidejussio indemnificata*" : il est fort douteux que les auteurs classiques aient vu dans cette stipulation une variété de fidéjussion. Ulpien se contente de dire que c'est une stipulation sous condition suspensive (sous condition que Titius ne paie pas toute la dette), et dont l'objet est *incertum* (la partie de la dette que Titius n'aura pas lui-même payée).

Nous verrons plus loin que Justinien mit fin à toutes les difficultés issues de la *litis contestatio*, en abolissant purement et simplement son effet extinctif : il devenait alors aisé de donner au cautionnement un caractère subsidiaire. C'est ce que fit Justinien en créant le bénéfice d'ordre ou de discussion, par la Nouvelle 4 de 535.

#### B/ Droits du créancier en présence de plusieurs fidéjusseurs

Lorsque plusieurs fidéjusseurs garantissent ensemble une même dette le créancier peut exiger la totalité (*solidum*) de l'un quelconque d'entre eux et la *litis contestatio* qu'il fait avec l'un libère à la fois le débiteur principal et toutes les autres cautions. Tout le poids de la dette pouvait être par conséquent supporté par un seul fidéjusseur : la loi *Appuleia* et la loi *Furia*, qui de deux façons différentes avaient organisé une répartition de la charge entre les cautions, ne concernaient pas la fidéjussion.

. Bénéfice de division :

Ce régime fut trouvé trop sévère et l'on revint, avec le bénéfice de division, à l'idée qui avait autrefois inspiré la loi *Furia*, mais en l'améliorant. Un bénéfice fut établi en faveur des fidéjusseurs par un rescrit (*epistula*) d'Hadrien (entre 119 et 138) : la jurisprudence l'étendit à d'autres cautions, notamment aux *sponsores* et *fidepromissores* des provinces (qui ne pouvaient pas invoquer la loi *Furia*, celle-ci ne concernant que les cautions italiennes).

Comme la loi *Furia*, le Bénéfice créé par Hadrien aboutit à répartir la charge entre les cautions, mais d'une façon plus satisfaisante pour le créancier, et par des moyens moins radicaux (1).

- 1) En vertu du Bénéfice, le créancier est contraint de partager ses poursuites entre cautions présentes et solvables au jour de l'échéance : l'insolvabilité de l'une des cautions aggrave la situation des autres, mais ne nuit pas au créancier. Le bénéfice s'écarte en cela du système de la loi *Furia*.
- 2) D'autre part, il s'agit d'un bénéfice : une faveur que les cautions doivent demander si elles désirent en profiter : tandis qu'avec la loi *Furia*, la division s'opérait de plein droit.

Le fait qu'il s'agit d'un bénéfice conduit aux conséquences suivantes :

- a) La caution peut y renoncer : une clause de renonciation au bénéfice peut être insérée dans le document écrit qui sert à prouver la fidéjussion).
  - b) Si la caution, par erreur ou négligence, oublie d'invoquer le bénéfice et paye la dette entière, elle n'a pas payé l'indû : la *condictio indebiti* lui est refusée.
- 3) La procédure pour obtenir le bénéfice est la suivante :
- a) La caution poursuivie pour le tout invoque le bénéfice : si la solvabilité des autres cautions n'est pas contestée par le créancier, celui-ci doit partager ses poursuites : le magistrat lui accorde plusieurs formules, une contre chacune des cautions,

---

(1) Sur l'application du bénéfice de division aux "*mutui fidejussores*" et la nouvelle 99, cf. supra p. 457, note 2.

en limitant à l'égard de chacune l'effet de la *litis contestatio*. Ce résultat était obtenu en insérant dans chaque formule une "*praescriptio pro actore*".

- b) Mais le créancier auquel on oppose le Bénéfice peut refuser de diviser son action en prétendant que les autres cautions ne sont pas solvables. Dans ce cas, la formule est délivrée pour le tout contre la caution, mais avec une "*exceptio*" : cette *exceptio* autorise le défendeur à prouver que les autres cautions sont solvables, et s'il apporte cette preuve, il obtient son absolution : le créancier a eu tort de refuser le bénéfice de division ; il perd son procès et même son action, car il a fait *litis contestatio* pour le tout.

C/ Recours accordés  
au fidéjusseur qui a payé :

Le fidéjusseur qui a payé ne peut invoquer ni la loi *Publilia* pour se retourner contre le débiteur, ni la loi *Appuleia* pour demander aux autres cautions une contribution : ces deux lois ne concernaient pas la fidéjussion.

• Recours contre le débiteur :

De la fidéjussion elle-même, le fidéjusseur ne peut tirer aucun recours : mais dans la plupart des cas, la jurisprudence parvient à lui en donner un contre le débiteur : si en effet la caution s'est engagée sur les instances du débiteur, on peut dire que celui-ci lui a donné mandat de le faire - et si le mandat cause un préjudice au mandataire, celui-ci peut exercer l'action *mandati contraria* contre son mandant. A défaut de mandat, on peut encore invoquer la *negotiorum gestio*, si le fidéjusseur s'est engagé de sa propre initiative, pour rendre service au débiteur. En somme il n'est dépourvu de recours que s'il s'est engagé contre le gré du débiteur, ou dans une intention libérale, car dans ces hypothèses, il ne peut plus être question d'une *negotiorum gestio*.

Mais le recours contre le débiteur présente trop souvent un caractère tout platonique : car le débiteur est généralement insolvable, quand le créancier fait payer les cautions.

• Le Bénéfice  
de Cession d'actions :

Un recours bien plus efficace consiste à subroger le fidéjusseur dans les droits et actions du créancier auquel il a donné satisfac-



tion : cette subrogation permet à la caution de se retourner contre le débiteur, contre les autres cautions, et même de faire valoir les sûretés réelles dont pouvait disposer le créancier.

Cette solution est équitable : Il est juste que la caution qui a payé bénéficie de toutes les garanties qu'avait le créancier lui-même; aussi dans notre droit moderne cette subrogation est-elle devenue légale, elle a lieu "de plein droit" (art. 1251 C.C.).

En droit romain, cette subrogation ne s'opère pas de plein droit : elle résulte d'un bénéfice, que la caution doit demander en temps utile au moment où elle paie, ou en cas de procès, avant de faire *litis contestatio*.

La subrogation se réalise dans la forme ordinaire d'une cession de créance, par *procuratio in rem suam*. Elle nécessite, comme on le voit, un acte passé entre le créancier et la caution : elle n'est pas légale mais conventionnelle. Mais le créancier ne peut pas refuser de faire le nécessaire pour qu'elle puisse se réaliser.

Le Bénéfice de Cession d'action (à la différence du Bénéfice de Division) n'a pas été introduit par voie législative : c'est une création due à l'ingéniosité des juriconsultes, au début du II<sup>e</sup> s. de notre ère : Julien en connaît déjà l'emploi (D. 46.1.17) dans le cas où la dette est garantie par plusieurs fidéjusseurs.

Papinien l'admet, au profit d'un fidéjusseur unique, pour qu'il puisse plus facilement exercer un recours contre le débiteur. Ce bénéfice fut accordé non seulement aux fidéjusseurs, mais aussi à d'autres sortes de cautions, aux *mandatores credendae pecuniae*, et même aux co-débiteurs solidaires (C. 8.39.1, datée de 287, 1<sup>re</sup> p.).

Pour organiser ce bénéfice, les juriconsultes eurent à vaincre deux difficultés :

1) Comment contraindre le créancier à céder ses droits ?

On y est arrivé au moyen de l'exception *doli* : le créancier commet un dol en refusant de céder des actions dont il n'a plus besoin : s'il persiste dans son refus et poursuit la caution, celle-ci obtient son absolution, en prouvant devant le juge que le créancier a fait preuve de mauvaise volonté. Bien entendu, il importe que la caution prenne, *in jure*, la précaution de demander la cession d'action et fasse insérer l'exception dans la formule : il serait trop tard d'en parler pour la première fois *in judicio*.

2) Comment assurer la survie des droits et actions du créancier ?

En recevant paiement, ou en faisant *litis contestatio*, le créancier éteint ses droits : que peut-il alors céder à la caution, puisqu'il n'a plus rien à lui offrir ?

Les juristes ont tourné cette difficulté au moyen d'une fiction : la caution est censée acheter au créancier ses droits et actions et la somme qu'il verse pour payer la dette est censée être le prix de cet achat.

Mais, comme toute fiction, il faut se garder de l'invoquer au-delà des besoins pour lesquels on la fait intervenir : le créancier n'est pas à tous égards un vendeur : la garantie qui existe d'ordinaire à la charge d'un vendeur de créance n'est pas imposée au créancier qui cède ses droits à une caution. Le créancier doit céder ses droits tels qu'ils sont : on ne lui en demande pas davantage. Il ne répond pas de la validité des actions qu'il cède; il n'a commis aucun dol si par négligence il a laissé s'éteindre des garanties qui eussent été précieuses pour la caution.

Le Bénéfice de Division fit perdre au Bénéfice de Cession d'actions beaucoup de son intérêt pratique, en contraignant le créancier à répartir la dette entre les cautions solvables.

## CHAPITRE II : MODES NON SOLENNELS DE CAUTIONNEMENT

Ces procédés non solennels sont au nombre de trois :

- . *mandatum credendae pecuniae*;
- . *constitut debiti alieni*;
- . *receptum* des banquiers.

### § 1 - MANDATUM CREDENDAE PECUNIAE (1) :

Ce cautionnement est réalisé au moyen d'un contrat consensuel : le mandat. Je vous donne mandat de prêter de l'argent à Titius. Vous prêtez cet argent et cela vous rend créancier envers Titius "*ex mutuo*". Mais si Titius ne vous rembourse pas, l'affaire tourne à votre préjudice et vous pouvez vous plaindre auprès de moi de tout le dommage que vous a causé l'exécution du mandat que je vous ai donné : vous avez contre moi l'action *mandati contraria*.

---

(1) BORTOLUCCI : B.I.D.R. 27, 1914, pp. 129 sq.; CONSTANTAKY : th. Paris 1932; ARANGIO-RUIZ : "*Il mandato*" 1949, pp. 118 sq.

Pratiquement, celui qui donne mandat de prêter joue le rôle d'un garant : le "*mandator*" est une sorte de caution.

La validité de ce genre de mandat fut longtemps discutée : demander à quelqu'un de faire un placement avec ses propres fonds, ce n'est pas donner mandat, c'est donner un conseil ! Servius Sulpicius (fin République) pensait qu'il n'y avait là qu'un simple conseil que l'on n'était pas forcé de suivre : quant au donneur de conseils, il est irresponsable de la qualité de ses conseils. C'est Sabinus (sous Tibère) qui fit admettre la validité de ce mandat, parce que, dit-il, "c'est l'intervention du *mandator* qui a déterminé le prêt" : on a prêté parce qu'on comptait sur la garantie du *mandator*. Il n'en demeure pas moins que ce mandat, dans lequel le mandataire conserve tout le profit de l'opération (si elle tourne bien), est, comme le dit encore Celsus, "*extra formam mandati*", en dehors des cadres normaux du mandat (D. 17.1.48).

#### . Caractères :

- 1) Sans forme : *consensu* : Possible entre absents, à distance et accessible aux pérégrins.
- 2) Ne sert pas à garantir uniquement des prêts d'argent (*credendae pecuniae*), mais toutes sortes de dettes ayant un objet certain.
- 3) La caution s'engage avant la naissance de la dette principale. C'est le *mandator* qui prend l'initiative de l'opération, incite le capitaliste à prêter son argent.
- 4) L'engagement que prend le *mandator* ne dépend pas de la validité de la dette principale. Le mandat reste en soi valable, alors même qu'en exécution des instructions reçues, le mandataire fait un prêt dénué de valeur. L'engagement du *mandator* n'a pas un caractère accessoire.

#### . Effets :

##### A/ Droits du créancier :

Le créancier a contre le *mandator* (c'est-à-dire la caution engagée par mandat de crédit) l'action *mandati* : action de bonne foi, transmissible, perpétuelle.

- 1) Le *mandator* est responsable du préjudice causé au mandataire par l'exécution du mandat. Si le créancier (mandataire) obtient remboursement le *mandator* est quitte. Mais la *litis contestatio* faite avec le débi-

teur ne libère pas le *mandator* : car l'action *mandati* n'a rien de commun avec l'action qui a été intentée contre le débiteur principal. Le créancier peut, ou s'adresser d'abord au débiteur, et s'il n'obtient pas satisfaction, se retourner contre le *mandator*. Mais est-il obligé de procéder ainsi ?

- 2) Bien que la question soit discutée, nous ne le croyons pas : à l'époque classique, l'engagement du *mandator* n'avait pas un caractère nettement subsidiaire : le créancier n'avait pas besoin d'essayer l'insolvabilité du débiteur pour poursuivre le *mandator*; il suffisait que le débiteur n'exécute pas au jour convenu pour que le créancier pût prétendre qu'il subissait un dommage dont le *mandator* était responsable.
- 3) S'il y a plusieurs *mandatores* pour la même dette, l'extension, en leur faveur, du Bénéfice de Division fut admise, avant l'époque de Justinien - mais elle ne l'était pas encore au temps de Modestin (III<sup>e</sup> s.) (D. 46.1-41.1)

#### B/ Recours du *mandator* :

Le Bénéfice de Cession d'actions s'applique ici très facilement : le mandant peut exiger de son mandataire la cession des actions, au moyen de l'action *mandati* et le créancier (traité comme mandataire) est responsable envers la caution (mandant) des actions qu'il a laissé s'éteindre par sa faute : il a mal exécuté le mandat.

#### § 2 - CONSTITUT DEBITI ALIENI

Pacte prétorien déjà étudié : son utilisation comme procédé de cautionnement à l'époque classique reste discutable (1). S'il existait, ce mode de cautionnement, d'après les principes qui gouvernent le constitut, devait présenter les particularités suivantes :

- Il suppose une dette d'argent - ou de corps certain - antérieure - valable (une obligation naturelle, à l'époque classique, ne suffit pas).

Mais une fois l'engagement pris par pacte de constitut, peu importe ce que devient la dette principale : la *litis contestatio* avec le débiteur ne libère pas la caution. Celle-ci n'est libérée que par le paiement.

---

(1) L'existence du constitut *debiti alieni* est attestée par les Sentences de PAUL : S.P. 2.2.1, mais le texte paraît envisager un paiement par subrogation plus qu'un cautionnement.

A l'époque classique, l'obligation du constituant s'éteint par son décès et l'action de constitut était annale.

Le créancier avait une faculté d'option (*electio*); Il pouvait à son choix s'adresser soit au débiteur, soit au constituant. Enfin les cautions engagées par constitut ne pouvaient pas invoquer le Bénéfice de Division qui n'avait pas été créé pour elles.

### § 3 - RECEPTUM DES BANQUIERS

Pacte prétorien déjà étudié.

Cette forme de cautionnement est assez particulière, la caution est ici un banquier. Le banquier peut garantir toutes sortes de dettes, portant sur toutes sortes de choses.

Son engagement a un caractère abstrait : Il vaut par lui-même sans être influencé par la validité de la dette qu'il s'agit de garantir.

o

## CHAPITRE III : LE CAUTIONNEMENT DANS LE DROIT DE JUSTINIEN

La législation de Justinien, abondante et minutieuse en cette matière, manifeste deux tendances essentielles.

### § 1 - UNIFICATION DU DROIT

La matière du cautionnement était à l'époque classique touffue et conçue sans plan d'ensemble.

Justinien procéda d'abord à une simplification en ne conservant que trois procédés : un solennel, la fidéjussion et deux non-solennels, le mandat de crédit et le constitut : le *receptum* a été aboli, mais certaines règles du *receptum* sont passées dans le constitut : possibilité de garantir toute sorte de dettes : l'obligation de la caution est perpétuelle et transmissible.

Une certaine unification des règles concernant le cautionnement a été réalisée :

- a) Au point de vue des conditions de validité : l'engagement de la caution a toujours un caractère accessoire : il faut une dette principale valable (au moins naturelle) - et la caution ne peut s'engager à plus que le débiteur principal (*in durioram causam*).
- b) Au point de vue des effets : que l'on emploie un mode de cautionnement ou un autre, l'engagement de la caution est toujours transmissible et perpétuel (sous réserve de la prescription trentenaire, bien entendu).

La constitution de 531 ayant aboli l'effet extinctif de la *litis contestatio*, les cautions ne sont plus libérées "*electione*", mais seulement par le parfait paiement,

## § 2 - ADOUCISSEMENT DU SORT DES CAUTIONS

A/ Les cautions bénéficient d'un délai de grâce de quatre mois.

B/ Bénéfice d'ordre ou de discussion :

La nouvelle 4, de 535, a organisé une procédure d'ordre : le créancier doit poursuivre d'abord le débiteur principal, s'il est présent. S'il n'obtient pas entière satisfaction, il peut réclamer ce qui reste dû - le *reliquum* - aux cautions; et il ne doit agir contre les tiers détenteurs, pour exécution des sûretés réelles, qu'après avoir épuisé tous ses droits contre les cautions.

C'est la nouvelle 4 qui a donné à l'obligation des cautions un caractère nettement subsidiaire : les cautions ne peuvent plus être poursuivies que dans le cas où le débiteur ne parvient pas à désintéresser lui-même le créancier : l'abolition de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, réforme réalisée en 531, permet d'atteindre en 535 ce résultat.

La nouvelle 4 refuse le bénéfice de discussion aux banquiers qui cautionnent des dettes par constitut : par contre la nouvelle 136 autorise les banquiers à obtenir des cautions qui garantissent leurs créances, qu'elles renoncent à l'avance à la nouvelle 4.

C/ Bénéfice de division :

Justinien l'accorde indistinctement à toutes les cautions, même à celles qui s'engagent par constitut (constitution de 531). La nouvelle 99 (539) étendit même ce bénéfice aux cautions solidaires appelées ἀλληλεγγύοι ou *mutui fidejussores*.

## TITRE SECOND

### LES SURETES REELLES

Le droit romain a connu trois sortes de sûretés réelles :

La fiducia cum creditore, qui est la plus ancienne; le pignus ou gage; enfin l'hypothèque, que certains auteurs modernes prétendent très tardive, mais que nous croyons au contraire classique.

#### § 1 - LA FIDUCIE

Nous avons déjà étudié la fiducie à propos des contrats *re* : la fiducia cum creditore est une sûreté réelle.

Procédé incommode: nécessite le transfert de la chose, en propriété, par un mode formaliste. Le débiteur qui donne une chose en fiducie épuise d'un seul coup tout le crédit qu'il peut tirer de sa chose.

Ce procédé se conserva malgré tout longtemps : il était employé fréquemment au I<sup>o</sup> s. de notre ère, comme le prouvent les Tablettes d'Herculanum et de Pompéi; au III<sup>o</sup> s., Paul en étudiait encore le fonctionnement de façon détaillée (S.P. 2.13). La fiducie présentait en effet de sérieux avantages : en obtenant la propriété de la chose offerte en garantie, le créancier jouissait de la situation juridique la plus favorable. Le pacte joint à la fiducie lui accordait le droit de vendre la chose et de se payer sur le prix obtenu. Il devait remettre sans délai le reliquat (*superfluum*) au débiteur : celui-ci avait l'action *fiduciae* pour l'exiger (S.P. h.t. 1 et 2).

D'autre part, la fiducie pouvait fort bien laisser au débiteur l'usage et la jouissance de la chose (comme le prouve l'acte de fiducie de Pompéi) : le débiteur, bien que dépourvu de la propriété, pouvait vendre la chose, payer avec le prix ce qui était dû au créancier, exiger de celui-ci la "*remancipatio*" pour pouvoir rendre ensuite l'acheteur propriétaire (S.P. h.t. 3).

La fiducie a complètement disparu, dans la législation de Justinien, à cause des liens qui la rattachaient à la mancipation.

#### § 2 - PIGNUS

Le pignus peut être envisagé sous deux aspects : c'est, d'une part, une constitution de gage, une garantie offerte au créancier; mais, d'autre part, celui qui reçoit la chose en gage, contracte l'obligation de la resti-

tuer, quand il aura reçu paiement : le *pignus* est à cet égard un contrat que nous avons signalé parmi les contrats *re*.

Le *pignus* ne nécessite aucune formalité : la chose est remise au créancier gagiste par une simple tradition, qui ne le rend pas propriétaire, mais possesseur.

Il a le droit de conserver la chose jusqu'à parfait paiement : si le débiteur, resté propriétaire, intente contre lui la revendication, il le repousse par une *exceptio doli*. Si le débiteur reprend frauduleusement la chose, il commet un *furtum possessionis*. Contre les tiers, le créancier peut se défendre au moyen des interdits possessores.

Mais, sauf convention particulière, le créancier gagiste ne doit pas se servir de la chose, ni en conserver les fruits : et s'il s'avisait de la vendre, il commettrait un *furtum*. Le droit de vendre, le *jus distrahendi*, n'existe au profit du créancier gagiste que si une clause expresse du contrat de gage lui reconnaît cette faculté (*pactum de vendendo*). C'est seulement vers la fin du II<sup>e</sup> s. que, sous l'influence de l'hypothèque, le droit de vendre devint un effet naturel du gage.

Le gage n'était pas dans l'esprit des romains, un procédé destiné à procurer au créancier une satisfaction indirecte, mais simplement un moyen de pression sur le débiteur : celui-ci, privé de sa chose tant qu'il ne payait pas, était incité à payer pour la retrouver (1).

Comme la fiducia, le gage épuise en une seule fois tout le crédit que le débiteur peut tirer de la chose. D'autre part, le débiteur ne peut plus se servir de la chose. Peu avantageux et gênant pour le débiteur, incommode pour le créancier qui n'y trouve même pas un moyen de satisfaction, le *pignus* était une forme de garantie très défectueuse.

### § 3. - HYPOTHEQUE

Cette garantie réelle est beaucoup plus savante que les deux précédentes.

- Avec l'hypothèque, le débiteur offre une sûreté à son créancier, sans se dépouiller ni de la propriété, ni même de la possession.

- Le créancier obtient sur la chose un droit réel tout particulier : un droit réel sur la propriété d'autrui (*jus in re aliena*), spécialement aménagé en vue d'affecter la chose en garantie d'une dette.

- Ce droit réel se manifeste si à l'échéance le débiteur ne paie pas : le créancier exerce en ce cas son droit réel sur la chose et même, s'il le faut, contre des tiers détenteurs. Il se fait mettre en possession de la

---

(1) Nous avons constaté que le cautionnement avait été, lui aussi, d'abord compris de cette façon (p. 466).



chose, la vend, se paie sur le prix de vente, et s'il reste un reliquat, le rend au débiteur.

Ce procédé est avantageux :

1/ Pour le créancier :

Le créancier est nanti d'un droit réel opposable aux tiers qui ont acquis la chose postérieurement à la constitution de l'hypothèque. Et il se paie sur la chose, sans craindre le concours des autres créanciers. L'hypothèque est à la fois une garantie et un procédé de satisfaction indirecte.

2/ Pour le débiteur :

Le débiteur donne une garantie sans se démunir de la chose : il continue à en jouir, à en recueillir les fruits.

De plus, il n'épuise pas son crédit d'un seul coup : car il peut hypothéquer la chose plusieurs fois, en offrant au créancier hypothécaire un second droit sur le reliquat de la vente que fera éventuellement le premier créancier. Si l'on procède à la vente de la chose hypothéquée, le produit de cette vente profite aux créanciers hypothécaires successifs, selon la règle "*prior tempore prior jure*".

Nous n'entrerons pas dans le détail du fonctionnement de cette garantie (1) : nous nous bornerons à retracer brièvement son histoire.

. Caractère classique :

L'hypothèque n'a pas été dotée du premier coup ni des perfectionnements que représentent le droit de suite, le droit de vendre, le droit de préférence - ni même de son nom.

Ce nom d'origine grecque a incité certains auteurs (2) à prétendre qu'il s'agissait d'une institution tardive, introduite à l'imitation du droit grec. En réalité, il n'y a guère de ressemblance entre l'*ὑποθήκη* du droit grec et l'hypothèque romaine : l'hypothèque romaine est une garantie, l'institution grecque qui porte ce nom est plutôt une sorte de dation en paiement : dans le système grec, le créancier non payé devient propriétaire de la chose et garde pour lui la totalité du prix, s'il la vend. Par contre, si la chose périt, le débiteur est libéré, tandis qu'en droit romain, si la chose hypothéquée périt, le créancier perd sa garantie, mais conserve sa créance.

---

(1) Sur ce point, on peut consulter avec fruit l'ouvrage ancien d'un professeur aixois : JOURDAN : "L'hypothèque", 1876.

(2) FEHR : "*Beiträge zur Lehre von römischen Pfandrecht*", Uppsala 1910.

Il est au surplus bien audacieux de suspecter d'interpolation tous les textes qui parlent de l'hypothèque : il faut en effet supposer que les compilateurs ont été jusqu'à interpoler le titre de l'ouvrage écrit par Gaius : "*De formula hypothecaria*" ! (D. 20.1.4; 15-20.3.2-20.4.11) et par Marclien : "*Ad formulam hypothecariam*" (25 fragments au Digeste, cf. Pallogénésie 17 à 41 et frg. Sinaï 5 qui, lui, n'a pas pu être interpolé par les Compilateurs !).

L'hypothèque romaine a d'abord fonctionné comme un *pignus* perfectionné, et sous le nom de *pignus*; puis ce genre de gage présentant des caractéristiques très spéciales, on sentit le besoin de lui donner un nom; au II<sup>e</sup> s. on commença à employer le mot grec "hypothèque". C'est à peu près tout ce que l'hypothèque romaine doit aux grecs : son nom.

### . Origine :

L'hypothèque romaine n'est pas autre chose qu'un *pignus* sans tradition - sans déplacement immédiat de la possession (1).

L'idée de donner au créancier une garantie sans le mettre en possession apparaît dès une époque ancienne dans des cas particuliers, où le débiteur ne pouvait pas se dessaisir de la chose : cas du locataire qui offre en garantie des loyers les meubles qui garnissent l'appartement : le bailleur peut s'opposer à leur déménagement, surveiller les portes et fenêtres (*perclusio*) tant qu'il n'est pas payé.

C'est dans le cas du fermier qu'apparaît la première ébauche de l'hypothèque : en garantie des fermages, le *colonus* offre au propriétaire le matériel agricole qu'il apporte sur le fonds, ses "*invecta illataque*" : il en a besoin, il ne peut pas s'en démunir. Et l'on ne pouvait pas songer à faire une "*perclusio*" pour empêcher ces sortes d'objets de sortir de la ferme. S'intéressant à ce cas particulier, un préteur, dès l'époque républicaine, organisa, au profit du propriétaire du fonds, un interdit pour se faire mettre en possession effective des "*invecta illataque*" quand le *colonus* cessait de payer son fermage : cet interdit "*adipiscendae possessionis*" porte le nom de son inventeur : c'est l'interdit Salvien.

Puis un autre préteur fit mieux encore : il donna au propriétaire du fonds une action réelle pour "révendre" les *invecta illataque* contre quiconque les aurait en main : c'est l'action Servienne.

Avec cette action prétorienne apparaît en droit romain un droit réel nouveau qui n'est ni la propriété, ni une servitude : droit réel prétorien, qui permet à son titulaire d'exercer un droit de suite sur les choses qui garantissent les fermages.

---

(1) Nous adoptons, pour l'origine de l'hypothèque, les conclusions de HERZEN, "Origine de l'hypothèque romaine", 1899.

Cette innovation, réalisée dans un cadre modeste et très spécial, présente au point de vue historique une importance extraordinaire : l'hypothèque est sortie de là.

La jurisprudence en effet ne tarda pas à donner une action "sur le modèle de l'action Servienne", une action *quasi Serviana* (1), dans toutes sortes de cas où un débiteur offrait une chose en garantie, sans en faire tradition au créancier. Cette action *quasi Serviana* prendra bientôt le nom d'action "*pigneraticia in rem*" et finalement celui d'"action hypothecaria".

L'existence du *pignus* sans tradition semble attestée dès le 1<sup>o</sup> s. de notre ère : on n'employait pas alors le mot "hypothèque", mais on disait "*rem obligare*", "obliger une chose", expression que l'on rencontre dans la loi *Julia de fundo dotali* (sous Auguste). Cassius (1<sup>o</sup> s.) parle d'un "*pignus*" établi, sans possession, sur une forêt (PAUL citant CASSIUS : D. 13.7-18.3).

• Le jus distrahendi :

Le premier progrès avait donc consisté à admettre la possibilité d'un *pignus*, sans qu'on fasse tradition de la chose entre les mains du créancier. Le second progrès, décisif celui-là, consista à reconnaître au créancier le droit de vendre, le *jus distrahendi*. Il n'avait d'abord découlé, comme dans le véritable *pignus*, que de clauses expresses. Ces clauses devinrent de style. Vers la fin du 11<sup>o</sup> s., le droit de vendre n'avait plus besoin d'être mentionné formellement dans le contrat de gage : il allait de soi.

Dès lors on va pouvoir hypothéquer la chose successivement au profit de plusieurs créanciers : le droit de préférence s'organise - de même aussi la possibilité de donner en garantie, non seulement des meubles et des immeubles, mais aussi des créances (*pignus nominis*) ou même un autre gage (*pignus pignoris*) : tout ce qui peut être vendu peut être hypothéqué (2).

C'est vers cette époque (fin 11<sup>o</sup> s.) que l'on commence à se servir du mot hypothèque pour désigner ce *pignus* d'un genre très spécial.

---

(1) L'expression "*actio quasi Serviana*", employée par Justinien (I.J. 4.6.7) et dans deux textes du Digeste, est suspecte, mais l'extension donnée à l'action *Serviana*, sous un nom ou un autre, n'est pas douteuse.

(2) En droit français, l'hypothèque ne peut avoir pour objet que des immeubles.

• Succès de l'hypothèque :

A un moment où les garanties personnelles devenaient difficiles à trouver, l'hypothèque, avec les immenses avantages qu'elle présentait, devait avoir bientôt un grand succès.

Ce droit réel prétorien s'établissait sans formalité : par simple pacte.

Bientôt le législateur en vint à accorder de plein droit une hypothèque à certains créanciers : certaines de ces hypothèques sont spéciales (hypothèque du légataire sur les biens de la succession) - d'autres sont générales (hypothèque du fisc, du pupille, de la femme dotale).

- Le défaut de l'hypothèque romaine est son manque de publicité. Dans les provinces orientales, il existait au début de l'Empire une certaine publicité des hypothèques établies sur des immeubles, grâce aux registres fonciers (βιβλιοθήκη ἐγθεσέων) dont il est question dans l'édit du préfet d'Egypte en 89.

Mais ces registres tombèrent en désuétude au III<sup>e</sup> siècle.

- A défaut de publicité, le droit romain prévoyait une mesure pénale : le fait de vendre ou d'hypothéquer une chose déjà hypothéquée, sans faire connaître cette situation, constitue le délit de stellionat : mais les peines étaient insuffisantes.

Une constitution de Léon en 472 mit fin à la fraude qui consistait à antidater l'acte de constitution d'hypothèque : cette constitution donne préférence aux hypothèques dont la date est rendue certaine par le procédé de l'insinuation.

o  
o o  
o o o  
o o  
o

TABLE DES MATIERES

	page
INTRODUCTION : LA NOTION D'OBLIGATION <u>ET SES ORIGINES</u>	
§ 1 : DEFINITION DE L'OBLIGATION .....	1
§ 2 : ORIGINE DE LA NOTION D'OBLIGATION .....	6
A/ Théorie de <i>Schuld</i> et <i>Haftung</i> .....	6
B/ Le <i>nexum</i> .....	9
C/ Actes pourvus d'une sanction religieuse .....	18
D/ Apparition de l'obligation .....	19
§ 3 : EVOLUTION DES OBLIGATIONS .....	21
A/ Mode de formation .....	21
B/ Effets .....	24
 <u>1ère PARTIE : LES SOURCES DES OBLIGATIONS</u>	
 CLASSIFICATION DES OBLIGATIONS <u>D'APRES LEURS SOURCES</u>	
§ 1 : CLASSIFICATION BIPARTITE .....	28
§ 2 : CLASSIFICATION TRIPARTITE .....	32
§ 3 : CLASSIFICATION QUADRIPARTITE .....	33
 <u>TITRE I : LES DIFFERENTES SORTES DE CONTRATS</u>	
 <u>CLASSIFICATION DES CONTRATS</u> .....	35
 CHAPITRE I : <u>LES CONTRATS SOLENNELS</u> .....	38

	page
SECTION I : <u>CONTRATS VERBIS</u> .....	40
§ 1 : DIFFERENTS TYPES DE STIPULATIONS .....	40
§ 2 : FORMALISME DE LA STIPULATION .....	45
§ 3 : ROLE PRATIQUE DE LA STIPULATION .....	53
§ 4 : AUTRES CONTRATS <i>VERBIS</i> .....	54
SECTION II : <u>CONTRATS LITTERIS</u> .....	
§ 1 : FORME DE L' <i>EXPENSILATIO</i> .....	57
§ 2 : DOMAINE D'APPLICATION .....	62
§ 3 : DESTINEES .....	64
CHAPITRE II : <u>LES CONTRATS RE</u> .....	66
SECTION I : <u>LE MUTUUM</u> .....	67
§ 1 : ORIGINE .....	67
§ 2 : ELEMENTS ESSENTIELS .....	68
§ 3 : EFFETS .....	77
§ 4 : REGLEMENTATION DU PRÊT A INTERET .....	78
§ 5 : <i>NAUTICUM FOENUS</i> .....	82
SECTION II : <u>LES CONTRATS RE DE BONNE FOI</u> .....	84
§ 1 : LA FIDUCIE .....	84
§ 2 : DEPOT, COMMODAT, GAGE .....	92
CHAPITRE III : <u>LES CONTRATS CONSENSU</u> .....	96
SECTION I : <u>LA VENTE</u> .....	99
§ 1 : ORIGINE DE LA VENTE CONSENSUELLE .....	99
§ 2 : ELEMENTS ESSENTIELS .....	104

	page
§ 3 : EFFETS .....	118
1/ Obligations du vendeur .....	119
A) Responsabilité contractuelle .....	119
B) Délivrance .....	121
C) Eviction .....	125
D) Vices cachés .....	132
2/ Obligations de l'acheteur .....	139
. Les risques .....	142
. Garanties du vendeur .....	147
§ 4 : VENTES SOUS CONDITION RESOLUTOIRE .....	151
SECTION II : <u>LE LOUAGE</u> .....	155
§ 1 : UNITE OU TRICHOTOMIE ? .....	155
§ 2 : HISTOIRE DU LOUAGE .....	159
§ 3 : ELEMENTS CONSTITUTIFS .....	161
§ 4 : EFFETS .....	163
§ 5 : RESPONSABILITE CONTRACTUELLE .....	167
SECTION III : <u>LA SOCIETE</u> .....	169
§ 1 : ORIGINE .....	169
§ 2 : ELEMENTS CONSTITUTIFS .....	172
§ 3 : EFFETS .....	174
§ 4 : EXTINCTION .....	175
SECTION IV : <u>LE MANDAT</u> .....	175
§ 1 : ORIGINE .....	176
§ 2 : ELEMENTS ESSENTIELS .....	177

	page
§ 3 : EFFETS .....	182
§ 4 : EXTINCTION .....	183
CHAPITRE IV : <u>LES PACTES</u> .....	184
SECTION I : <u>PACTES ADJOINTS</u> .....	186
SECTION II : <u>PACTES PRETORIENS</u> .....	190
§ 1 : PACTE DE SERMENT .....	190
§ 2 : CONSTITUT .....	192
§ 3 : <i>RECEPTUM</i> .....	195
. <i>Arbitrii</i> .....	195
. <i>Nautarum</i> .....	196
. <i>Argentarii</i> .....	197
SECTION III : <u>PACTES LEGITIMES</u> .....	199
§ 1 : COMPROMIS .....	199
§ 2 : DONATION .....	199
§ 3 : DOT .....	203
CHAPITRE V : <u>LES CONTRATS INNOMES</u> .....	203
§ 1 : ORIGINE ET HISTOIRE .....	205
§ 2 : DROIT DE JUSTINIEN .....	209
§ 3 : ETUDE DE QUELQUES CONTRATS INNOMES .....	211
<u>TITRE II : THEORIE GENERALE DES CONTRATS</u>	
CHAPITRE I : <u>LA CONVENTION</u> .....	214
DIVISION I : <u>LE CONSENTEMENT</u> .....	215



	page
. Pollicitation .....	215
. Les vices du consentement .....	220
§ 1 : ERREUR .....	220
§ 2 : DOL ET VIOLENCE .....	223
§ 3 : LA LESION .....	232
DIVISION II : <u>L'OBJET DE L'OBLIGATION</u> .....	234
§ 1 : CLASSIFICATION DES OBLIGATIONS D'APRES LEUR OBJET .....	234
§ 2 : CONDITIONS DE L'OBJET .....	238
DIVISION III : <u>LES CAUSES DE L'OBLIGATION</u> .....	240
§ 1 : CONTRATS FORMELS .....	240
§ 2 : CONTRATS NON FORMELS .....	245
CHAPITRE II : <u>LA PREUVE DES CONTRATS</u> .....	247
§ 1 : PREUVE PAR TEMOINS .....	250
§ 2 : ECRITS PROBATOIRES .....	252
§ 3 : FORCE PROBANTE DES INSTRUMENTS .....	262
§ 4 : <i>QUERELA NON NUMERATAE PECUNIAE</i> .....	266
<u>TITRE III : LES DELITS</u>	
<u>LES OBLIGATIONS DELICTUELLES</u> .....	270
CHAPITRE I : <u>INJURIA</u> .....	277
CHAPITRE II : <u>FURTUM</u> .....	284
SECTION I : <u>SYSTEME DES XII TABLES</u> .....	285

	page
SECTION II : <u>DROIT CLASSIQUE ET DROIT DE JUSTINIEN</u> .....	292
SECTION III : <u>LA CONDICTIO FURTIVA</u> .....	300
CHAPITRE III : <u>DELIT DE LA LOI AQUILIA (DAMNUM)</u> .....	303
SECTION I : <u>LA LOI AQUILIA</u> .....	304
SECTION II : <u>LA NOTION DE DAMNUM INJURIAE</u> .....	310
SECTION III : <u>L'ACTION DIRECTE</u> .....	315
SECTION IV : <u>LES EXTENSIONS DE L'ACTION LEGIS AQUILIAE</u> .....	318
CHAPITRE IV : <u>LA RAPINA</u> .....	322
CHAPITRE V : <u>DELITS PRETORIENS</u> .....	324
CHAPITRE VI : <u>LES ACTIONS NOXALES</u> .....	324
§ 1 : FONDAMENT DE LA NOXALITE .....	325
§ 2 : CONDITIONS .....	327
§ 3 : EFFETS .....	329
§ 4 : DROIT DE JUSTINIEN .....	331
<u>TITRE IV : VARIAE CAUSARUM FIGURAE</u> .....	331
CHAPITRE I : <u>OBLIGATIONS QUASI-CONTRACTUELLES</u> .....	331
SECTION I : <u>L'ENRICHISSEMENT INJUSTE</u> .....	332
. THEORIE DES <i>CONDICTIONES</i> .....	332
. LA <i>CONDICTIO INDEBITI</i> .....	336

	page	
SECTION I : <u>LA GESTION D'AFFAIRES</u> .....	339	
CHAPITRE II : <u>OBLIGATIONS QUASI-DELICTUELLES</u> .....	344	
 <u>2ème PARTIE : LES EFFETS DES OBLIGATIONS</u>		
 <u>TITRE I : L'INEXECUTION DES OBLIGATIONS</u>		
CHAPITRE I : <u>LES OBLIGATIONS NATURELLES</u> .....	349	
§ 1 : ORIGINE ET HISTOIRE DES OBLIGATIONS NATURELLES .....	350	
§ 2 : PRINCIPAUX CAS DES OBLIGATIONS NATURELLES .....	354	
§ 3 : EFFETS DES OBLIGATIONS NATURELLES .....	356	
CHAPITRE II : <u>FRAUS CREDITORUM</u> <u>ET ACTION PAULIENNE</u> .....	357	
§ 1 : ORIGINE ET HISTOIRE .....	359	
§ 2 : L'ACTION PAULIENNE .....	363	
CHAPITRE III : <u>RESPONSABILITE CONTRACTUELLE</u> .....	370	
§ 1 : EPOQUE CLASSIQUE .....	371	
§ 2 : BAS-EMPIRE .....	378	
 <u>TITRE II : PERSONNES A L'EGARD DESQUELLES</u> <u>LES OBLIGATIONS PRODUISENT LEURS EFFETS</u> .....		381
CHAPITRE I : <u>PROMESSES ET STIPULATIONS POUR AUTRUI</u> .....	382	
§ 1 : PROMESSE POUR AUTRUI .....	383	
§ 2 : STIPULATION POUR AUTRUI .....	386	

	page
CHAPITRE II : <u>LA CESSION DE CREANCES</u> .....	393
§ 1 : PAR STIPULATION NOVATOIRE .....	393
§ 2 : PAR PROCURATION: <i>IN REM SUAM</i> .....	394
§ 3 : PERFECTIONNEMENTS .....	395
§ 4 : MESURES HOSTILES .....	397
§ 5 : TRANSFERT DE DETTES .....	398
CHAPITRE III : <u>LA REPRESENTATION</u> .....	398
<u>3ème PARTIE : EXTINCTION DES OBLIGATIONS</u>	
. HISTOIRE ET CLASSIFICATION .....	405
CHAPITRE I : LE PAIEMENT <u>(SOLUTIO)</u> .....	408
§ 1 : OBJET DU PAIEMENT ET <i>DATIO IN SOLUTUM</i> .....	408
§ 2 : CONDITIONS TENANT AUX PERSONNES .....	411
§ 3 : CONDITIONS DE TEMPS ET DE LIEU .....	411
§ 4 : PREUVE DU PAIEMENT .....	412
CHAPITRE II : <u>LA REMISE DES DETTES</u> .....	412
§ 1 : <i>SOLUTIO PER AES ET LIBRAM</i> .....	413
§ 2 : <i>ACCEPTILATIO</i> .....	415
§ 3 : REMISE DE DETTE <i>LITTERIS</i> .....	417
§ 4 : PROCEDES NON FORMALISTES .....	418



	page
CHAPITRE II : <u>PLURALITE DE DEBITEURS</u> .....	456
§ 1 : CORREALITE PASSIVE .....	456
§ 2 : OBLIGATION <i>IN SOLIDUM</i> .....	460
<u>CINQUIEME PARTIE : LES SURETES</u> .....	463
<u>TITRE I : SURETES PERSONNELLES</u> .....	464
CHAPITRE I : <u>LE CAUTIONNEMENT <i>VERBIS</i></u> .....	465
§ 1 : <i>SPONSIO ET FIDEPROMISSIO</i> .....	465
§ 2 : FIDEJUSSIO .....	471
CHAPITRE II : <u>MODES NON SOLENNELS</u> .....	478
§ 1 : <i>MANDATUM CREDENDAE PECUNIAE</i> .....	478
§ 2 : <i>CONSTITUT DEBITI ALIENI</i> .....	480
§ 3 : <i>RECEPTUM DES BANQUIERS</i> .....	481
CHAPITRE III : CAUTIONNEMENT <u>DANS LE DROIT DE JUSTINIEN</u> .....	481
<u>TITRE II : SURETES REELLES</u> .....	
§ 1 : FIDUCIE .....	483
§ 2 : <i>PIGNUS</i> .....	483
§ 3 : HYPOTHEQUE .....	484

TABLE ALPHABETIQUE

Abandon noxal 330

*Absolutio* 260

*Acceptilatio* 306, 415

*Accessio* 440

Acte notarié 358

*Actio* : *adjectitiae qualitatis* 400; *de modo agri* 133; *depositi* 92; *doli* 228, 373, 460; *empti* 100, 123, 124, 130, 134; *exercitoria* 400; *ex stipulatu* 54, 131, 134; *fiduciae* 89; *furti* 289, 290, 291, 297; 297; *injuriarum* 282, 283; *institoria* 400; *quasi institoria* 403; *legis Aquiliae* 309; *legis Aquiliae utilis, in factum* 318, 319; *metus* 230, 460; *neg. gestorum* 339; *de pauperie* 326, 330; *de peculio* 351, 401; *praescriptis verbis* 206, 209; *quanti minoris* 136, 198; *quod jussu* 400; *redhibitoria* 136, 198; *Serviana, quasi Serviana* 485, 486.

Actions : arbitrales 360, 368; de bonne foi 24, 39, 61, 77, 89, 92, 97, 227, 376, 431; *certae, incertae* 372, 373; décrétales 318; de droit strict 273, 300, 304; *in factum* 89, 92, 319, 376; infamantes 88, 94, 174, 182, 283, 298, 299, 323, 343, 377; noxales 283, 289, 310, 317, 324; mixtes 275, 318, 323; paulienne 357; pénales 273, 317; reimpersécutolres 273, 300, 304, 317; utiles 391, 395, 403, 410.

*Addictus* 10, 17, 286, 290

*Adpromissio* 463, 464, 466, 470

*Adstipulatio* 306, 310, 391, 411, 416, 454

*Aes alienum* 14

*Aestimatum* 211

Affranchi 54

*Animus* 295

*Appellare* 466

*Arbitrium* 25, 160

*Argentarius* 432

Arrhes 114

*Auctoritas* 100, 126

Bénéfice de cession d'actions 459, 475, 479; de compétence 174, 200; de discussion 466, 481; de division 457, 479, 481

*Bonus pater familias* 377, 379, 380

Table alphabétique (2)

- Bonorum emptor* 361, 363, 432; *b. distractio* 363, 364; *b. venditio* 26, 358 à 361
- Casus* 302, 314
- Cause 240
- Cautio* 48; *c. discreta* 269
- Cession de créances 393
- Chirographe 61, 250
- Clause de dol 373, 384; stipulatoire 51
- Colon 164
- Commendatio* 94
- Commodat 95; 294, 299
- Compensatio* 430
- Completio* 260
- Complicité 295
- Compromis 199
- Concilium* 294, 296
- Concours d'infractions 274
- Condamnation *in bonum et aequum* 283; au *quanti ea res erit* 306; au *quanti interest* 298, 309, 316; au *quanti plurimi* 306, 309, 316
- Condictio* 39, 53, 55, 62, 77, 78, 106, 110, 123, 194, 205, 209, 242, 332; *c. furtiva* 301, 333, 460; *c. ex lege* 199; *c. incerti* 209, 334; *c. indebiti* 373; *c. ob rem dati* 206, 209
- Condition 445, résolutoire 151, 449; suspensive 447
- Confusion 437
- Constitut 152, 387
- Contrarius actus* 405
- Contractus* 22, 29, 67
- Contrats 35; *consensu* 96; *litteris* 56; *re* 66; *verbis* 40; Innomés 203; unilatéraux 36, 39, 61; synallagmatiques 36, 97; Imparfaits 94, 182; *intuitu personae* 98, 172; du *jus gentium* 22, 35, 44, 93, 98, 103, 170; solennels 38; de travail 155, 157, 162
- Convention 203, 214
- Corréalité 452
- Culpa* 309, 313, 372, 375, 377
- Curator bonorum* 361, 364
- Custodia* 95, 120, 167, 298, 373



Table alphabétique (3)

- Datio* 205; *in solutum* 409  
*Damnatus* 11, 12  
*Damnatio* 303, 308, 311 n.1, 312, 320  
*Dare, facere, praestare* 5, 234  
Délégation 76, 428  
Délits : prétoriens 324; privés 270; publics 271, 299  
*Denuntiatio* 396  
Dépôt 94; irrégulier 94, 294  
*Dictio dotis* 56  
Dol 223, 299, 314, 373, 433  
Donation 199, 241, 212  
Droits en suspens 448  
Edit : des Ediles 135; *de feris* 346; *de dejectis, de suspensis* 345  
Echange (cf. *permutatio*)  
Esclave 47, 87, 278, 283, 286, 289, 306, 307, 351, 354  
Enrichissement Injuste 31, 33, 67, 69, 70, 332  
Erreur 220  
Eviction 126, 134, 384  
*Exceptio : doli* 229, 433, 476; *pacti* 185, 188, 189, 191, 444  
*Expensilatio* 56  
*Expromissio* 425  
Extinction des obligations 405  
Femme 69, 112, 399, 423, 466  
Fiction 477  
*Fidejussio* 40, 43, 470; *indemnitatis* 473  
*Fidepromissio* 40, 44, 464  
*Fides* 16, 18, 24, 44, 464, 470  
Fiducie 84, 482  
Fils de famille 69, 392, 399  
*Foenus* 80; *nauticum* 82  
Formalisme 39  
*Fraus* 25, 358; *f. creditorum* 357; *patroni* 360  
*Furtum* 284, 337; *manifestum* 285; *possessionis* 293; *usus* 94, 95, 294  
Gage (cf. *pignus*)  
Gestion d'affaire 339, 411

Table alphabétique (4)

- Gratuité 95, 180  
Homicide 277  
Hypothèse 484  
*Imperitia* 375  
Inaliénabilité 107  
*In diem addictio* 151  
*Injuria* 277, 309, 314, 327; *injuria judicis* 345  
*In rem versum* 353, 401  
Insinuation 113, 261, 487  
*Instrumentum* 113, 252; *perfectum* 114, 260; cf. *cautio*  
Interdit : fraudatoire 359; Salvien 486  
Intérêts (cf. *foenus*)  
*Judicis postulatio* 19, 41, 310  
*Jusjurandum* 18, 42, 54, 190  
*Jus distrahendi* 96, 483, 484, 487  
*Jus poenitendi* 115, 117, 165, 210  
*Jussus, jussum* : 75, 400, 425, 429, 470  
Légitime défense 313  
Legs de dette 351  
Lésion 232  
*Lex : commissoria* 116, 151; *locationis* 160; *venditionis* 103  
*Litis-contestatio* 325 à 329; 395, 454, 458, 460, 465, 466, 471, 472, 473, 476, 478, 481  
Litiscrescence 309, 310, 337, 419  
*Litterarum obligatio* 64, 65  
Louage 155 : *rei* 156, 163; *operarum* 156, 165; *operis faciendi* 156, 166 375  
Loi : *Appuleia* 468; *Aquilia* 303; *Cicereia* 468; *Cincia* 200, 240; *Cornelia de cred. pecunia* 469; *de injuriis* 283; *de sicariis* 318; des Douze Tables 278, 286, 303, 304, 326; *Furia de sponsu* 468; *Julia de vi* 292; *Marcia* 82; *Poetelia Papiria* 16; *Publilia* 467  
*Mancipium* 3, 84, 100 n.1  
Mancipation 85, 124  
Mandat 175, 472, 475; de crédit 178, 477; *post mortem* 184  
*Manus injectio* 3, 13, 15, 19, 287, 309, 357

Table alphabétique (5)

*Membrum ruptum* 279

*Metus* 223, 230

*Modus* 212, 440

*Mora* 302

*Mutuum* 31, 67, 73

*Nexum* 10, 413, 415

*Nomina trocaria, transcriptia* 57, 58

*Notitia* 420

*Noxa, noxia* : 287, 288, 303, 326, 327, 328

*Obligare* 8, 9; *Rem oblig.* 9, 487

Obligations : conjointes 451, de *dare, facere* : 387; *ex delicto* 9, 23; 273  
honoraires 23; *in solidum* 452, 459; *juris gentium* 350; na-  
turelles 4, 70, 349; quasi-contractuelles 331; quasi-délic-  
tuelles 344; solidaires 455.

*Operae* 157, 165

*Oportere* 19

*Opus* 156, 166

Otage 7, 13%

Pacte 37, 185, 186, 275; de serment 190; *fiduciae* 85; de *non petendo* 416

*Partiarius* 161

*Patientia* 329 n.1

*Pecudes* 306, 307

*Pensiones* 408

*Permutatio* 211

Perquisition 289

*Pignoris capio* 100, 159

*Pignus* 95, 141, 163, 482

*Poena* 272, 304

*Prohibitio* 215

*Potentis* 397

*Praejudicium* 469

*Praescriptio per actore* 475

Précaire 212

Préjudice moral 322

Prescription extinctive 437

Table alphabétique (6)

- Preuve 49, 61, 73, 113, 247
- Prix 110
- Procuratio* 176, 181, 340; *in rem suam* 394, 476
- Promesse : unilatérale 198, 202 (cf. *pollicitatio*); pour autrui 383, 386;  
pour les héritiers 385
- Pupille 34 n.1, 69, 112, 353, 392, 423, 466
- Querela* : *n.n. dotis* 270; *n.n. pecuniae* 266; *n.n. solutionis* 270
- Rapina* 322
- Rectification 183, 342
- Réalisme 66
- Receptum* : *arbitri* 195; *argentarii* 197; *nautarum* ... 196
- Récupérateurs 282, 323
- Remise de dettes 412
- Rente viagère 444
- Représentation 177, 399
- Responsabilité contractuelle 94, 95, 120, 167, 175, 182, 343, 370
- Restitutio in integrum* 230, 231, 356, 359, 361
- Rétention 141, 150
- Risques 142, 164, 211
- Sacralité 18, 19, 42
- Sacramentum* 19, 289, 310
- Scientia* 310, 329, 366
- Schuld-Haftung* 6
- Sénatus-consulte : Macédonien 69, 392; Néronien 255; Trébellien 395, 472.
- Serment (cf. *jusjurandum*)
- Signum* 254
- Société 169
- Solidarité 451
- Solutio* 408, 413
- Soluti retentio* 352
- Sponsio* 20, 41, 464
- Stipulation 40, 48, 102; aquillienne 417; *doli* 373, 384; novatoire 393;  
*poenae* 383, 388, 389; (cf. éviction, vices)

Table alphabétique (7)

*Subscriptiones* 258

*Tabulae* 253

Témoins 250

Terme 442, 443

*Testatio* 256

Tradition 71 à 74, 100, 122, 148

Transaction 213

Transfert de dette 398

*Usureceptio* 87

*Vadimonium* 9

*Venditio spei* 105

→ Vente 99 à 155

Vices 136

*Vindex* 384

Violence (cf. *metus*)

ooooo

o



## ERRATA ET ADDENDA

- p. 6, ligne 8 : lire : A/ Théorie de *Schuld und Haftung*.
- p. 84, § 1 : lire : action *fiduciae*.
- p. 85, ligne 9 : lire : (tous du 1er siècle).  
note 2 : "*uti lingua ...*"
- p. 90 : Ajouter cette note : Au 1er siècle de notre ère son utilisation est fréquente : cf. Fiducie de Pompéi et Table de Bétiqne (T. GIRARD, pp. 819, 822); Fiducie d'Herculanum (T.H. n° 65 et allusions dans T.H. n° 66, 72, 73, 74).
- p. 299, note 2 : Il ne faut pas croire qu'avec l'action noxale l'esclave s'en tire à bon compte. L'esclave suspecté de vol risquait le pire. Son maître pouvait le livrer à la victime en vue de lui faire subir la *quaestio* (torture). La victime pouvait trouver plus simple de le déférer au préfet des Vigiles qui infligeait facilement la peine de mort (cf. POMPONIUS D. 12.4.15, texte étudié par H.S. WOLF dans *Fest. von Lübtow*, 1970, pp. 537-sq. : dans le cas envisagé la victime n'a pas respecté les droits du maître et les jurisconsultes s'occupent du recours qu'il peut exercer, l'esclave ayant été exécuté par décision du préfet. C'est évidemment une hypothèse où le maître n'a pas abandonné l'esclave *noxaliter*, car s'il l'abandonne il n'a plus aucun droit sur lui.
- p. 329, note 1 : lire : Instigation par les uns ...

